

TELLES

TELLES DE ABREU | ADVOGADOS

Organizadores:

*Paulo Oliveira
Gabriel Prado Leal*

Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros

*Perspectivas Atuais do Direito Público
- O Direito em Tempos de Crise*

TELLES DE ABREU E ASSOCIADOS
Sociedade de Advogados, RL

Reg. na Ordem de Advogados nº 23/92
Capital Social. €24 000,00
NIPC. PT 502 790 652

PORTO

R. da Restauração, 348
4050-501 Porto · Portugal
t. +351 220 308 800
f. +351 220 308 898/9

LISBOA

Av. António Augusto de Aguiar, 15/5º
1050-012 Lisboa · Portugal
t. +351 210 308 830
f. +351 210 308 839

telles@telles.pt
www.telles.pt

MEMBER OF
MARCALLIANCE ∞
FOR GLOBAL LAW
& TAX PRACTICES

CAPÍTULO 6

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

Pedro Matias Pereira¹

SUMÁRIO: 1. O papel da jurisprudência europeia como fonte de Direito da União Europeia: a Europa dos juizes e a europeização dos direitos administrativos nacionais — 2 O dever de resolução de contratos públicos: 2.1. A solução da nova diretiva sobre contratação pública; 2.2. A origem jurisprudencial da solução: proc. C-504/04, Comissão/República Federal da Alemanha; 2.2.1. O caso em análise: os factos e a tramitação processual relevantes; 2.2.2. Apreciação jurídica do caso sub iudice: as conclusões da Advogada Geral e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de julho de 2007 — 2.3. A solução da diretiva: uma concentração (críticável) da jurisprudência do TJUE; 2.3.1. Crítica de uma solução imperfeita — **3. Dever de anulação de atos administrativos válidos:** 3.1. A solução do artigo 168º, nº 7 do (novo) Código de Procedimento Administrativo; 3.2. A origem jurisprudencial da solução: a jurisprudência Kühne & Heitz; 3.2.1. O caso Kühne & Heitz; 3.2.2. A divergência entre a jurisprudência Kühne & Heitz e a solução do NCPA; 3.3. Crítica da solução; em especial a sua inconstitucionalidade — **4. Reflexão final — 5. Referências Bibliográficas.**

1. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA COMO FONTE DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: A EUROPA DOS JUÍZES E A EUROPEIZAÇÃO DOS DIREITOS ADMINISTRATIVOS NACIONAIS

O Tribunal de Justiça da União Europeia² tem sido, reconhecidamente, um dos propulsores da integração jurídica da União, dado que, em face da margem de apreciação permitida pelos Tratados da União, lhe coube, desde cedo, encontrar soluções para problemas concretos que não obtinham resposta direta naqueles textos. Este papel assumido pelo TJUE tornou-o alvo da crítica já que o acusavam de encetar um (censurável) ativismo judicial, criando uma “Europa de juizes”³; a verdade, no entanto, é que a modernidade do Direito da União

1 Professor Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Grupo de Contratação Pública do CEDIPRE. Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado.

2 Doravante, abreviadamente, “TJUE”.

3 Sobre essa crítica e a sua filiação em conceções que rejeitam o processo de integração europeia, v. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2013. pp. 379-381; o Autor entende, bem ao contrário, que o TJUE tem assumido “o papel de locomotiva da integração jurídica e de, dessa forma ter suprido, com o seu labor — repete-se: sem se substituir ao legislador —, a inércia e a paralisia dos órgãos políticos das Comunidades e, depois, também da União”. Referindo como o Tribunal quase assumiu o “papel de legislador, em vários domínios (atitude esta reforçada pela inércia das instituições com competências legislativas da União, limitadas de forma frequente na sua atuação pela aplicação da

PEDRO MATIAS PEREIRA

Europeia⁴ assim o exigia, estando o Tribunal, pelas suas próprias características (organização, garantias de independência e qualidade), em condições privilegiadas para contribuir na determinação do sentido do Direito da UE⁵.

No presente texto veremos como o papel do TJUE na interpretação do Direito da UE tem levado a alterações no direito administrativo dos Estados-Membros que podemos incluir no movimento geral de *europização* dos ordenamentos jurídicos nacionais⁶, fundamentado no *princípio da cooperação leal* que regula a interação entre as ordens jurídicas nacionais e a ordem jurídica da UE.

O presente texto pretende abordar duas soluções de direito administrativo interno que são diretamente tributárias de importante jurisprudência do TJUE que, fixando pontos de referência para as ordens jurídicas internas, acaba por *criar direito administrativo*.

A primeira dessas soluções não está ainda prevista na legislação portuguesa, mas, decorrendo de uma diretiva, não tardará a entrar, sob a forma de norma escrita, no ordenamento jurídico-positivo de Portugal; falamos da previsão de um dever de rescindir contratos públicos como decorrência da verificação, pelo TJUE, de infração grave ao Direito da UE no âmbito do processo de adjudicação desse tipo de contratos.

A segunda solução que iremos analisar está já presente no ordenamento jurídico português e relaciona-se com a obrigação de conformar um caso administrativo decidido e confirmado por decisão judicial com uma posterior (e diferente) interpretação do Direito da UE pelos tribunais da União. Na prática, a solução do direito português passa por prever um dever de a Administração Pública anular um ato administrativo que foi julgado válido (por sentença transitada em julgado de um tribunal administrativo); para que esse dever surja é necessário, como veremos, que se esteja perante uma errada interpretação do Direito da UE,

regra da unanimidade), ao recorrer a uma interpretação teleológico-sistemática (também dita funcional) das disposições do Tratado”, v. OLIVEIRA PAIS, Sofia. *Estudos de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina. 2015. p. 65.

4 Doravante, abreviadamente, “UE”.

5 Neste sentido, v. MOURA RAMOS, Rui. «As Comunidades Europeias — Enquadramento normativo-institucional», in: *Estudos de Direito Comunitário*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1999. p. 93. Nota o Autor como, nas específicas condições referidas no texto, o TJUE tem sido um “importantíssimo elemento de criação do Direito Comunitário” — afirmação que, como se comprova no desenvolvimento do tema deste texto, se mantém perfeitamente atual.

6 Refletindo como a europeização resulta, em parte, de “um movimento de integração na construção da Administração Pública Europeia e no ordenamento jurídico europeu”, v. TAVARES DA SILVA, Susana. *Um novo Direito Administrativo*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2010. pp. 37-38. Distinguindo, como figuras afins da europeização, a *harmonização* e a *convergência*, v. VILHENA DE FREITAS, Lourenço. *Os Contratos de Direito Público da União Europeia no quadro do Direito Administrativo Europeu*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora. 2012. pp. 35-37.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

analisada, claro, sobre o prisma da interpretação desse direito pelos tribunais da União que sobrevem à decisão do tribunal nacional que julgou o ato válido.

De modo a analisar criticamente as soluções encontradas pelos legisladores português e europeu para concretizar a jurisprudência do TJUE procederemos a uma análise integrada das normas jurídicas em causa com a referida jurisprudência, identificando os seus pontos de contato e as suas dissonâncias, avaliando se estas colocam (ou não) em causa os objetivos que presidiriam à sua consagração e que visam um desígnio comum: impedir que se mantenham situações — resultantes de contrato público ou de ato administrativo validado por decisão judicial — contrárias ao Direito da UE. Vejamos, então, como é que esse desígnio será, na prática, alcançado.

2. O DEVER DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS

As novas diretivas da contratação pública⁷ fazem o direito europeu dos contratos públicos transpor o umbral da regulação substantiva dos contratos públicos. Fizeram-no, concretamente e no que a este estudo diz respeito, quanto a um poder de conformação da relação contratual que constituiu um dos fundamentos da emancipação da figura do contrato administrativo⁸: o poder de resolução unilateral.

Com as novas diretivas deixámos, então, de ter um direito europeu (constituído) tendencialmente pré-contratual⁹ — quer quanto aos procedimentos de seleção propriamente ditos, quer quanto ao contencioso desses procedimentos de seleção — para passarmos a ter um direito europeu que regula diretamente aspetos substantivos do contrato administrativo. Trata-se de uma alteração de

7 Fazemos menção ao conjunto de diretivas publicadas no JO L/94, de 28 de Março de 2014: a Diretiva 2014/24/UE (relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE); Diretiva 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão) e 2014/25/UE (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais que revoga a Diretiva 2004/17/CE), todas de 26 de Fevereiro de 2014.

8 Notando como “é o contrato administrativo, instituto jurídico que ao preservar certas especificidades próprias da actividade administrativa, reserva à Administração, ainda que enquanto parte contratual, poderes específicos de direito público que permitirá vencer as resistências quanto à contratualização na Administração Pública”, v. o nosso trabalho, *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. p. 15. Notando, ainda antes da aprovação das diretivas, como os limites impostos pelo direito europeu “vem traduzir-se numa profunda inflexão de algumas das características típicas e clássicas que, historicamente, marcaram a construção e a autonomização conceitual e de regime daquela figura — o regime da sua execução, designadamente o de modificação — com a concomitante retracção da *autonomia pública contratual* que lhe estava associada”, v. MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*. Coimbra: Almedina. 2014. p. 392.

9 Neste sentido, v. TREUMER, Steen. «Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive», in: *Public Procurement Law Review*. 2014. p. 148.

PEDRO MAÍAS PEREIRA

paradigma já que o direito europeu da contratação pública, assentando, em primeira linha, na ideia de não discriminação em razão da nacionalidade — como pressuposto da construção de um mercado único — tendia a relegar a matéria da regulação substantiva do contrato para as legislações nacionais¹⁰.

É uma mudança de paradigma que já estava, no entanto, pré-anunciada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça que tem levado a que “paulatinamente, [o direito europeu da contratação pública vá] abandonando o paradigma inicial de regulamentação limitada aos processos de selecção do contratante, para abranger a disciplina de aspectos claramente relacionados com a execução do contrato”¹¹.

A jurisprudência do TJUE tem vindo, aliás, a ser uma das mais fortes influências na evolução do direito europeu dos contratos públicos, inspirando, como veremos de seguida, uma importante novidade da nova diretiva sobre contratação pública¹².

2.1. A solução da nova diretiva sobre contratação pública

A nova diretiva sobre contratação pública¹³ começa por expressar, logo no seu considerando 112, a necessidade, sentida algumas vezes pelas entidades adjudicantes, de se proceder a uma “rescisão antecipada de contratos públicos a fim de cumprir obrigações decorrentes do direito da União em matéria de contratação

10 Neste sentido, notando que é nos procedimentos de contratação pública que as entidades adjudicantes nacionais podem sentir-se mais tentadas a favorecer concorrentes nacionais, v. CARANTA, Roberto. «The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works», in: *Common Market Law Review*. vol. 52, nº 2. abril 2015. pp. 448-449.

11 Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. «Acórdão *Pressetext*: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*. nº 73, janeiro/fevereiro. 2009. p. 14. Notando como a jurisprudência existente será determinante para a interpretação das novas regras, ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement — Regulation in the EU and UK*. 3. ed. Sweet & Maxwell. 2014. p. 597. Assinalando, como a jurisprudência do Tribunal de Justiça é o *primum movens* de muitas das alterações às regras europeias da contratação pública — notando, em especial, o surgimento da regulação dos contratos de concessão de serviços —, v. CARANTA, Roberto, «The changes...», cit., pp. 409-410. Por isso se pode dizer que as soluções da nova diretiva não são totalmente inovadoras — neste sentido, também, CHARREL, Nicolas e GASPAR, Thomas. «Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution», in: *Contrats Publics, Les nouvelles directives «marchés» (2de partie)*. nº 144, maio 2015. p. 58, esclarecendo que se trata mais de uma codificação de modificações substanciais anteriormente avançadas pela jurisprudência comunitária do que propriamente de novidades nesta matéria.

12 Notando a forte relação entre a nova diretiva e a jurisprudência do Tribunal de Justiça que tem, também neste âmbito, clarificado aspetos fundamentais do direito europeu da contratação e dos contratos públicos, v. TREUMER, Steen. «Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive», in: *Modernising Public Procurement: The New Directive*. Copenhaga: Djof Publishing. 2014. pp. 17-19.

13 Trataremos da Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, embora solução semelhante com a aqui analisada esteja também presente na Diretiva 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

pública”. Por essa razão, conclui-se, também, que os Estados-Membros devem assegurar a existência de legislação nacional que assegure essa possibilidade.

No artigo 73º concretiza-se melhor esta questão, estabelecendo-se um dever de os Estados Membros assegurarem, em geral, que as entidades adjudicantes tenham a possibilidade (*rectius*, o poder) de rescindir um contrato público durante a sua vigência pelo menos nas circunstâncias enunciadas no referido preceito. O artigo refere-se, em concreto, às seguintes situações:

- o contrato tenha sido objeto de uma modificação substancial que, nos termos do artigo 72º, obrigue à adoção de novo procedimento de adjudicação¹⁴;
- se se verificar que o cocontratante, na data da adjudicação do contrato, se encontrava afetado por motivos que determinariam a sua exclusão — previstos no artigo 57º da diretiva;
- se se verificar que o contrato não poderia ter sido adjudicado ao cocontratante por se ter apurado uma “infração grave das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados [e das diretivas relativas à contratação pública]” constatada em ação de incumprimento iniciada pela Comissão Europeia, ao abrigo do artigo 258º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Importa, para a economia deste estudo, analisar a hipótese do ponto (iii) *supra*, que responde — embora de forma imperfeita, como veremos — à necessidade de pôr fim, através de resolução unilateral, a um contrato adjudicado de forma ilegal já que a alínea c) do artigo 73º exige a previsão, nas legislações nacionais, de fundamentos autónomos de resolução relacionados com a infração das obrigações que decorrem dos Tratados e da nova diretiva que venha a ser constatada pelo TJUE em procedimento iniciado pela Comissão ao abrigo do artigo 258º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁵.

2.2. A origem jurisprudencial da solução: proc. C-504/04, *Comissão/ República Federal da Alemanha*

2.2.1. O caso em análise: os factos e a tramitação processual relevantes

As disposições da diretiva constituem um desenvolvimento do Direito da UE a problemas colocados num processo de infração grave contra a República

¹⁴ Sobre o tema da modificação de contratos, identificando os casos em que as alterações ao contrato se classificam como substanciais — obrigando, na sequência da jurisprudência *Pressetext*, a novo procedimento de adjudicação, determinando, por outro lado, a resolução do contrato em que ela deveria ser introduzida —, v. o nosso «Modificação e rescisão de contrato», em coautoria com Carla MACHADO, no prelo (a publicar na *Revista dos Contratos Públicos*, nº 12, CEDIPRE).

¹⁵ Doravante, abreviadamente, “TFUE”.

PEDRO MATIAS PEREIRA

Federal da Alemanha — *Comissão/ República Federal da Alemanha*, processo C-503/04, com Acórdão de 18 de julho de 2007¹⁶.

Neste processo, estava em causa a obrigação de o referido Estado-Membro proceder à resolução de dois contratos públicos que haviam sido adjudicados sem observância do procedimento imposto pela diretiva 92/50/CE, nomeadamente sem ter sido utilizado e publicitado no Jornal Oficial da União Europeia¹⁷ o (necessário e obrigatório) procedimento de concurso público; ao invés, os contratos — um relativo à adjudicação de um contrato de evacuação de águas residuais do Município de Bockhorn e outro tendo como objeto a eliminação de detritos residuais através de tratamento térmico para a cidade de Braunschweig — foram adjudicados através de procedimentos de negociação com operadores escolhidos pelas entidades adjudicantes e sem que fosse dado aos procedimentos ou à decisão de adjudicação publicidade a nível internacional¹⁸.

Essas violações do Direito da UE foram julgadas em dois processos (os processos C-20/01 e C-28/01) em que as partes eram a Comissão Europeia e a República Federal da Alemanha e que, depois de apensados, deram origem ao Acórdão de 10 de abril de 2003.

Depois disso, a Comissão instou a República Federal da Alemanha a que retirasse desse julgamento as devidas consequências, tendo em atenção a sua obrigação de repor a situação conforme ao Direito da UE, nomeadamente anulando os contratos ilegalmente adjudicados que, com prazos de execução de 30 anos, se haveriam de manter em execução durante várias décadas.

16 Referindo como a disposição da alínea c) do artigo 73º da nova diretiva obriga os Estados Membros a preverem mecanismos para cumprirem com os requisitos fixados na “bem conhecida” ação de incumprimento contra a Alemanha, em que o Tribunal de Justiça afastou a possibilidade de a “santidade” do contrato servir para manter em vigor contratos ilegalmente adjudicados, v. CARANTA, Roberto. «The changes ...», cit., p. 449.

17 Doravante, abreviadamente, “JOUÉ”.

18 O caso da adjudicação da cidade de Braunschweig, encerrando o mesmo problema de incumprimento das diretivas, era um pouco mais complexo: o incumprimento não se devia a uma adjudicação completamente à margem das normas comunitárias, mas ao facto de se ter enquadrado o fornecimento numa disposição que permitia o recurso ao procedimento de negociação não concorrencial com fundamento na existência de um único operador; o Tribunal considerou que tal situação não se verificava de facto, ou seja, não era uma daquelas situações em que um único operador do mercado é apto a prestar os serviços (ou a executar a obra ou fornecer o bem) pretendidos pela entidade adjudicante. Aliás, estas “derrogações” (nas palavras do Tribunal de Justiça) à regra da adoção de procedimentos concorrenciais, devem, de acordo com a jurisprudência, ser objeto de *interpretação estrita*, cabendo o ónus da prova de que se encontram efetivamente reunidas as circunstâncias excecionais à entidade adjudicante — cf., entre outros, Acórdão do Tribunal de Justiça, *Comissão/Itália*, de 14.09.2004, proc. C-385/02; na jurisprudência portuguesa, v. o Acórdão do Tribunal de Contas — 1ª Secção — Plenário 13/14, de 8 de julho de 2014, proc. 1613/13, Recurso Ordinário 01/14, por nós anotado para a *Revista dos Contratos Públicos*, nº 9. 2014.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

A República Federal da Alemanha entendeu que não deveria anular esses contratos, referindo que havia tomado medidas para que os incumprimentos se não repetissem no futuro e invocando o seu entendimento de que os poderes do Tribunal de Justiça se limitariam à concessão de indemnizações.

Estas posições divergentes foram sendo expressas no âmbito do procedimento previsto no artigo 260º do TFUE (ex-artigo 228º do Tratado da Comunidade Europeia¹⁹) e, mantendo-se as posições iniciais, a Comissão propôs a competente ação por incumprimento das disposições do Tratado ao abrigo do n.º 2 do mencionado artigo 260º, pedindo, além da declaração de incumprimento das obrigações emergentes do Acórdão de 10 de abril de 2003, a condenação no pagamento de sanções pecuniárias compulsórias superiores a € 150.000 por dia de atraso no cumprimento das medidas necessárias para dar cumprimento ao referido Acórdão.

Em 2005 e já no decurso da ação por incumprimento, a República Federal da Alemanha informou que as entidades adjudicantes haviam celebrado acordos de anulação dos contratos em questão, solicitando o cancelamento do processo. A Comissão entendeu, no entanto, manter a sua ação inicial, agora restrita à obtenção da declaração de que, no momento devido, a República Federal da Alemanha não havia dado cumprimento ao Acórdão do Tribunal de Justiça, ao que o Governo alemão haveria de responder com o argumento da falta de necessidade de proteção jurídica.

2.2.2. A apreciação jurídica do caso sub iudice: as conclusões da Advogada Geral e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de julho de 2007

Nas suas Conclusões (apresentadas a 28 de março de 2007) a Advogada Geral Verica Trstenjak haveria de sustentar que o momento determinante para avaliar da necessidade de uma pronúncia do Tribunal é, neste tipo de ações de incumprimento, o termo do prazo fixado no parecer fundamentado previsto no artigo 258º do TFUE (ex-artigo 226º do TCE)²⁰, pelo que a anulação posterior dos contratos não deveria determinar o não conhecimento do mérito da ação.

Quanto ao mérito da questão, a Advogada Geral dá também razão à Comissão entendendo que “os efeitos do incumprimento do direito comunitário subsistem durante todo o período de execução do contrato celebrado [que totalizariam 30 anos] em violação da legislação relativa às adjudicações”²¹.

¹⁹ Doravante, abreviadamente referido como “TCE”.

²⁰ Esta opinião da Advogada-Geral já encontrava acolhimento no Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de julho de 2006, *Comissão/Itália*, proc. C-119/04.

²¹ Cf. § 68º das mencionadas Conclusões da Advogada-Geral.

PEDRO MATIAS PEREIRA

Na opinião da Advogada Geral, as medidas postas em prática pela República Federal da Alemanha antes de iniciada a ação de incumprimento — consistentes em recomendações para que se evitassem futuros incumprimentos —, não eram “adequadas para impedir uma violação do direito comunitário já iniciada e continuada”²², sendo que os impedimentos referidos pelo Estado-Membro, decorrentes de impedimentos resultantes de normas de direito interno, seriam “contrários à necessidade de uma aplicação uniforme do direito comunitário em todos os Estados-Membros da União Europeia”²³, o que resulta na desconsideração dos argumentos relativo à confiança das partes²⁴.

Por outro lado, a Advogada-Geral antecipava também que, considerando as jurisprudência do Tribunal de Justiça no sentido de os efeitos das adjudicações que se revelem contrários ao direito da União Europeia deverem ser feitos cessar, o Tribunal afirmaria a existência de uma *obrigação de princípio de pôr termo ao contrato*²⁵. Isso fundar-se-ia, de acordo com as Conclusões apresentadas, no princípio da eficácia prática (ou *effet utile*) das diretivas relativas à contratação pública, que só é suficientemente assegurado se a violação das mesmas for feita cessar através da cessação do contrato ilegalmente adjudicado, uma vez que a violação permanece enquanto o contrato continuar a ser executado. Além disso, o reconhecimento dessa obrigação de anular o contrato aportaria um importante efeito dissuasor e seria proporcional, tendo em vista o caso concreto (de contratos que permaneceriam em vigor por três décadas).

Por fim, a Advogada Geral não encontra oposição à existência de uma obrigação de resolver o contrato no facto de a diretiva 89/665/CEE²⁶ prescrever que “os Estados-membros podem prever que, após a celebração do contrato na sequência

22 Cf. § 72º das mencionadas Conclusões da Advogada-Geral.

23 Cf. § 73º das mencionadas Conclusões da Advogada-Geral.

24 Também nesse sentido, referindo como “o Estado-Membro não pode invocar com êxito as consequências de um procedimento ilícito para colocar em questão a obrigação jurídica em si”, cf. § 83º das Conclusões do Advogado-Geral Siegbert Alber, apresentadas em 19 de janeiro de 1999, no processo C-328/96, *Comissão/Austria*.

25 Suposição fundada mas que, naquele momento, ia contra o dogma, assumido na maioria dos Estados-Membros, de que não se poderia interferir num contrato em execução com fundamento em incumprimento das diretivas relativas à contratação pública; dando conta da existência desse dogma, cf. PRIESS, H.J., «Setting Aside Concluded Contracts», *working paper* apresentado na «Global Revolution III», que decorreu em Junho de 2006 na Universidade de Nottingham, no Reino Unido; daí a ideia sugestiva dos contratos já celebrados corresponderem a “vacas sagradas”, como sugerido no impressionante título do texto de TREUMER, Steen, “Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules — the end of the status of concluded public contracts as sacred cows”, in: *Public Procurement Law Review*. n.º 6. 2007. pp. 371-386.

26 Trata-se da diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos, conhecida como “diretiva Recursos”, alterada pela última vez pela diretiva 2007/66/CE, de 11 de dezembro de 2007.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

da atribuição de um contrato de direito público, os poderes da instância de recurso responsável se limitem à concessão de indemnizações a qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação²⁷. Essa disposição relacionar-se-ia unicamente com a tutela de indivíduos afetados por adjudicações ilegais, não limitando a tutela dos interesses da União Europeia, que estavam a ser prosseguidos, no processo em análise, pela Comissão (na sua veste de *guardiã dos Tratados*).

Passando à análise do Acórdão, o Tribunal de Justiça começa por considerar admissível a ação de incumprimento por, de harmonia com decisões anteriores, a data de referência para apreciar a existência de um incumprimento nos termos do artigo 228º do TCE (atual artigo 260º do TFUE) se situar no momento em se extingue o prazo fixado no parecer da Comissão²⁸; no caso concreto, o Estado-Membro não tinha, nessa data, tomado a medida de resolução dos contratos necessária, na perspetiva da Comissão, à execução de Acórdão anterior.

Aderindo às Conclusões da Advogada Geral, o Tribunal considera também que faltou efetividade às medidas tomadas inicialmente pela República Federal da Alemanha, que tinham um escopo meramente preventivo da repetição de situações similares. Destarte, considerando os objetivos da diretiva 92/50/CEE (aplicável, à data dos factos, ao tipo de adjudicações *sub iudice*)²⁹, concluiu o Tribunal que, enquanto não foram anulados os contratos, esteve em causa a proteção do livre acesso aos contratos públicos (enquanto concretização da liberdade de prestação de serviços) pelo que o incumprimento das normas comunitárias destinadas a defendê-la não cessaram antes que os contratos fossem anulados pelas autoridades nacionais. Incumprimento que tinha efeitos particularmente perniciosos uma vez que, a manter-se a intenção inicial do Estado-Membro, a restrição no acesso àqueles contratos perduraria pelos 30 anos dos respetivos prazos de execução.

A conclusão de que violação do direito comunitário permaneceria por todo esse tempo não é posta em causa, assevera o Tribunal, pela possibilidade de serem limitados os poderes das instâncias de recursos nacionais à concessão de

²⁷ Cf. artigo 2º, nº 6 da diretiva referida.

²⁸ O Tribunal invoca, a este propósito, o Acórdão de 18 de julho de 2006, *Comissão/Itália*, proc. C-119/04. Além desse aresto, note-se que tal conclusão já resultaria de jurisprudência anterior, nomeadamente, do Acórdão de 27 de novembro de 1990, *Comissão/Grecia*, proc. C-200/88, do Acórdão de 31 de março de 1992, *Comissão/Itália*, proc. C-362/90; e do Acórdão de 7 de março de 2002, *Comissão/Espanha*, proc. C-29/01. Por outro lado, o Tribunal também já rejeitara uma questão prévia de inadmissibilidade da ação de incumprimento baseada na alegada cessação da infração, numa situação em que os processos de adjudicação de contratos públicos tinham integralmente decorrido antes do termo do prazo fixado no parecer fundamentado, considerando então que, como os contratos não tinham sido totalmente executados antes da referida data, a ação era admissível (cf. Acórdão de 28 de outubro de 1999, *Comissão/Austria*, proc. C-328/96).

²⁹ Trata-se da diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.

PEDRO MATIAS PEREIRA

indemnizações (como decorreria do supramencionado nº 6 do artigo 2º da diretiva 89/665), uma vez que tal “não pode, sem diminuir o alcance das disposições do Tratado que estabelecem o mercado interno, ter como consequência que o comportamento da entidade adjudicante relativamente a terceiros deva ser considerado conforme ao direito comunitário após a conclusão desses contratos”³⁰.

De facto, o Tribunal distingue, nesta parte, dois planos: (i) o plano da relação entre cada Estado-Membro e os lesados pela violação de normas comunitárias, autorizando-se, com vista à proteção da confiança dos cocontratantes, que os efeitos dessa violação sejam puramente indemnizatórios para os lesados com a manutenção do contrato ilegalmente adjudicado; (ii) o plano das relações entre os Estados-Membros e a União, onde o preceituado no nº 6 do artigo 2º da diretiva 89/665/CEE não encontra aplicação, nomeadamente quando à insusceptibilidade de o Estado-Membro ser acionado por incumprimento, nos termos do artigo 260º do TFUE³¹.

Quanto aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, ao princípio *pacta sunt servanda* e ao direito de propriedade, o Tribunal assume — mas aparentemente apenas para efeitos do raciocínio que empreende — que tais princípios e direito podem ser opostos às entidades adjudicantes, mas conclui que o Estado-Membro não poderá prevalecer-se disso para se eximir das suas responsabilidades de execução de um Acórdão que declara um seu incumprimento. Concluindo da mesma forma — pela sua irrelevância, portanto — quanto à existência de um regime de propriedade que impedisse a resolução do contrato, pois esse regime interno não pode justificar a persistência de um incumprimento, aproveitando ainda para recordar (*rectius*, reiterar) que “um Estado-Membro não pode defender-se por excepção invocando disposições, práticas ou situações da sua ordem jurídica interna para justificar a inobservância das obrigações resultantes do direito comunitário”³².

Nessa sequência, o Tribunal, desconsiderando ainda os argumentos em matéria de limitação dos efeitos de um acórdão no tempo (por entender que esta não

30 Cf. § 33º do Acórdão sob análise que remete diretamente para o Acórdão de 10 de abril de 2003 (cf., nesse aresto, o § 39º).

31 A reforçar esta distinção de planos, temos também o decidido no Acórdão de 10 de abril de 2003, onde o Tribunal desconsiderou os argumentos relativos ao reconhecimento, pelo Estado-Membro, do incumprimento verificado e do direito dos particulares lesados à reparação do prejuízo eventualmente sofrido, invocando, para o efeito, o decidido no Acórdão de 22 de junho de 1993, *Comissão/Dinamarca*, proc. C-243/89, onde se pode ler que, “no quadro de uma acção por incumprimento, proposta nos termos do artigo 169º do Tratado pela Comissão, em que a apreciação da respectiva oportunidade lhe compete em exclusivo, cabe ao Tribunal de Justiça declarar se existe ou não o incumprimento censurado, mesmo que o Estado em causa já não o conteste e reconheça o direito à reparação do prejuízo eventualmente sofrido por esse facto pelos particulares. Se assim não fosse, os Estados-membros, ao reconhecerem o incumprimento e ao admitirem a responsabilidade que daí pode decorrer, seriam livres, em qualquer momento durante um processo por incumprimento pendente no Tribunal de Justiça, de lhe pôr termo sem que a existência do incumprimento e o fundamento da sua responsabilidade tivessem sido apurados judicialmente”.

32 Cf. § 38º do Acórdão sob análise.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

permite, de qualquer forma, justificar a inexecução de um acórdão que declara um incumprimento do tipo que estava em causa no processo *sub iudice*, decidiu declarar que “não tendo tomado, à data em que se extinguiu o prazo estabelecido no parecer fundamentado emitido pela Comissão de harmonia com o disposto no artigo 228º CE [atual artigo 260º do TFUE], as medidas necessárias à execução do acórdão de 10 de Abril de 2003, *Comissão/Alemanha*, já referido, (...), a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do referido artigo”.

Tem sido notado que a parte decisória do Acórdão é bastante curta e a argumentação utilizada algo lacónica, o que resultaria da tentativa de obter a unanimidade entre os juízes, limitando-se, com isso, o arrazoado da decisão³³. Independentemente dos motivos que presidiram à reduzida argumentação, a verdade é que a formulação genérica do Acórdão veio permitir uma maior margem de discricionariedade aos tribunais nacionais que viessem a ter que decidir questões deste tipo.

2.3. A solução da diretiva: uma concretização (criticável) da jurisprudência do TJUE

A alínea *c* do artigo 73º da nova diretiva sobre contratação pública vem, então, trazer para um plano de (inequívoco) direito constituído o fim de qualquer pretensão que os Estados-Membros pudessem ter no sentido de manter em vigor um contrato ilegalmente adjudicado, considerando-os imunes às vicissitudes da sindicância jurisdicional do TJUE sobre o procedimento adjudicatário prévio.

Esta norma vem confirmar uma das interpretações que havia sido aventada para o Acórdão tirado no processo C-503/04, concretamente, que a obrigação de resolver o contrato se coloca apenas em casos de *violação grave* das normas relativas à contratação pública ou das obrigações decorrentes dos Tratados, por ser uma violação dessa magnitude que esteve em causa naquele processo, *in casu*, a falta absoluta do procedimento de contratação devido³⁴ (e também,

33 Cf. TREUMER, Steen. «Towards an...», cit., p. 375; o Autor especula que enquanto alguns juízes estariam hesitantes quanto ao reconhecimento de uma obrigação de resolução de contratos (porque se desviaria da *opinio iuris* geral), outros estariam muito mais convencidos dela e pretenderiam ir mais longe na argumentação, avançando outras indicações; pois então, perante uma situação deste tipo, o texto final do acórdão seria uma forma de compromisso, mantendo-o no campo do vetor fundamental deste caso: reconhecer a existência de uma obrigação dos Estados-Membros resolverem contratos celebrados na sequência de procedimentos de adjudicação desconformes com as normas europeias aplicáveis.

34 Aventando e propendendo para esta interpretação precisamente por ter estado em causa — no processo C-503/05 — a mais séria das violações das normas relativas à contratação pública (concretamente, um procedimento de adjudicação sem publicação de anúncio e, portanto, não concorrencial e onde não forma aplicadas quaisquer regras das regras sobre contratação pública), v. TREUMER, Steen. «Towards an...», cit., p. 377; outra hipótese seria considerar que o Tribunal de Justiça teria enunciado uma regra de carácter geral, só não havendo obrigação de resolver o contrato, então, em circunstâncias excecionais.

PEDRO MATIAS PEREIRA

diga-se, por terem estado em causa contratos que permaneceriam em execução por décadas).

Mas, confirmando a referida interpretação, a norma sob análise também confirma que o dever de resolver o contrato não se confina aos casos de falta de procedimento adjudicatório, pois, se fosse esse o caso, a diretiva teria certamente circunscrito o âmbito daquela obrigação de resolução a ser transposta para as legislações nacionais. Permanece, portanto, uma significativa margem de apreciação que o TJUE terá na análise das situações que obrigarão as entidades adjudicantes a resolver contratos já celebrados; essa margem será progressivamente depurada à medida que o TJUE vá qualificando como constituindo infração grave os casos levados até si. Também as decisões das instâncias de controlo nacionais — nos casos em que não submetam a questão ao TJUE através do reenvio prejudicial — serão importantes para determinar os casos de *infração grave* (tanto às disposições da diretiva como dos Tratados).

Terminado o processo de transposição, o direito português da contratação pública verá inscrito na Parte III do Código dos Contratos Públicos esta causa específica de resolução do contrato. No entanto, não nos parece que isso signifique que os contraentes públicos tenham que prescindir da sua margem de apreciação quanto à opção de resolução (ou de não resolução) que, de acordo com a interpretação do interesse público, venham a tomar³⁵, embora possa exigir, em casos de *não-resolução*, um acrescido dever de fundamentação.

2.3.1. Crítica de uma solução imperfeita

A solução da diretiva parece-nos, apesar de tudo, imperfeita: se o que se pretende é permitir a resolução de contratos que sejam adjudicados em desrespeito das regras da contratação pública — por o procedimento correto não ter sido adotado ou por nele se terem cometido outras ilegalidades graves — então esse poder não deveria ficar dependente de decisões das instâncias jurisdicionais. É que a fiscalização jurisdicional do contrato em ações de incumprimento ao abrigo do artigo 258º do TFUE pode não chegar a ser feita, apesar de a invalidade do ato de adjudicação ser conhecida da entidade adjudicante ou até estar estabelecida em decisões das instâncias nacionais.

Na verdade, se as legislações nacionais optarem por versões minimalistas do poder de pôr termo a contratos adjudicados em violação das regras da contratação

³⁵ Sobre a possibilidade de atenuação de sanções contratuais — incluindo a resolução-sanção — no contexto da emergência da função de gestão dos contratos administrativos, v. o nosso trabalho, «Gestão do contrato administrativo: a aplicação de sanções», in: *Revista dos Contratos Públicos*. nº 10. CEDIPRE. 2014. pp. 69-99.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

pública, dar-se-á o curioso caso de apenas um caso de invalidade decorrente de procedimento adjudicatório poder — sem aquele determinado tipo de decisão jurisdicional prévia — justificar a resolução do contrato; trata-se da perceção, por parte da entidade adjudicante, de que o seu cocontratante estava, à data de adjudicação, em situação de impedimento, nos termos da alínea *b*) do artigo 73º da diretiva.

Ora, se no caso concreto de *cocontratante impedido* a diretiva prescinde de qualquer decisão jurisdicional prévia sobre o incumprimento de regras de contratação pública, qual a razão determinante para tratar de forma (tão) diferente outros incumprimentos que podem ter sido inclusivamente verificados por decisões de instâncias jurisdicionais nacionais?

Para nos mantermos em questões relacionadas com o cocontratante, basta imaginar o caso de o cocontratante escolhido em procedimento concorrencial sujeito a fase de prévia qualificação — no caso da legislação portuguesa, o “curso limitado por prévia qualificação” — ter adulterado os documentos relativos à sua prestação de contas, assim contaminando a análise da capacidade financeira e, por força disso, a ordenação da lista de candidatos admitidos a apresentar proposta. Também aqui o cocontratante será escolhido em violação das regras da contratação pública que ocorre durante a fase procedimental adjudicatória.

Outro exemplo: se a circunstância que se vem a verificar já em fase de execução do contrato não disser respeito à existência de um impedimento, mas à falta de uma determinada habilitação — por que se usou um documento falso, por exemplo — também aí o contraente público não fica legitimado, nos estritos termos da diretiva, a rescindir o contrato, mesmo que haja decisão de instância jurisdicional nacional a reconhecer a ilegalidade.

Diferentes exemplos poderiam ser dados para demonstrar que não há diferença substancial que legitime a diferenciação feita pela diretiva no que diz respeito à previsão de motivos com gravidade suficiente que devem permitir — obrigando a que a lei nacional o permita — a resolução do contrato, sem necessidade de decisão jurisdicional do TJUE emitida na sequência de ação de incumprimento iniciada pela Comissão que conclua pela grave violação de regras de contratação pública ou de obrigações do Tratado. É que, como afirma Steen Treumer, a ideia de que apenas um incumprimento reconhecido pelo Tribunal de Justiça tem relevância autónoma para determinar uma resolução do contrato seria, além de surpreendente, demonstradora da falta de coerência do sistema de reposição da legalidade³⁶.

³⁶ Cf. TREUMER, Steen. «Towards an obligation...», cit., p. 382. No mesmo texto, o Autor discute, com interesse para as soluções que, nas legislações nacionais podem vir a ser concretamente adotadas, a questão de saber se há um direito ou obrigação de rescindir contratos em casos em que a violação das normas ainda não foi reconhecida por decisão jurisdicional.

PEDRO MATIAS PEREIRA

Outra perplexidade que nos assalta é a da difícil compaginação deste novo poder de resolver o contrato *apenas em casos de infração grave* e o poder, previsto na alínea *a*) do artigo 73º, de se proceder a uma resolução do contrato quando ocorra uma modificação substancial que deveria ter dado lugar a um novo procedimento e este não tenha sido concretamente adotado³⁷.

A questão aqui é que a modificação substancial do contrato — não submetendo as “prestações modificadas” a novo procedimento adjudicatório — não nos parece ser diferente das adjudicações de contratos públicos que são realizadas em violação das regras previstas na diretiva para quaisquer outros procedimentos adjudicatórios³⁸. Ora, havendo identidade de razões para sancionar com a resolução do contrato quaisquer violações de regras determinantes do procedimento de adjudicação, entende-se que deveria a diretiva ter também previsto como fundamento para a resolução do contrato, a violação das regras do procedimento de adjudicação (e não apenas a falta de procedimento em caso de modificação substancial do contrato)³⁹.

De qualquer forma, a verdade é que, como nota Pedro Gonçalves a transposição da norma de que vimos cuidando poderá significar que os contraentes públicos passarão a ter o “poder de ‘anular’ um contrato, ou seja, determinar a sua extinção por razões de legalidade”⁴⁰.

3. DEVER DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS VÁLIDOS

Uma das inovações mais significativas do novo Código de Procedimento Administrativo português⁴¹ é a matéria da revogação e da anulação do ato admi-

37 O nº 4 do artigo 72º da diretiva concretiza a noção de “modificação não substancial”, enunciando as condições não cumulativas que determinam que uma alteração seja considerada substancial. A modificação não substancial do contrato constitui, nos termos da alínea *e*) do nº 1 do mesmo artigo, uma cláusula geral de permissão de modificação do contrato. Portanto, as alterações que não forem substanciais (de acordo com a concretização do nº 4) estarão também autorizadas ao abrigo da referida cláusula geral. As modificações substanciais — aquelas que não estão cobertas pelo disposto nos dois primeiros números do artigo do artigo 72º — ficarão sujeitas à adoção de um novo procedimento de contratação, não sendo, então, possível introduzi-las, sem mais, no contrato em execução, antes obrigando a entidade pública contratante a iniciar um novo procedimento de procura pública, nos termos do nº 5 do artigo 72º da diretiva. O incumprimento do dever de levar a cabo uma *reprocura* pública gera a obrigação de resolver o contrato que tiver sido, então, ilegalmente modificado (quando o que se impunha era num novo concurso para as prestações alteradas com a modificação contratual). Sobre o tema da modificação substancial do contrato, v. o nosso «Modificação e ...» (em coautoria com Carla MACHADO), cit., sobretudo ponto 2.4.

38 Levantando a questão, v. ARROWSMITH, Sue. *The Law...*, cit., p. 604.

39 Solução que estaria em consonância com a privação de efeitos do contrato, previsto no artigo 2º-D da Diretiva 89/665/CEE (alterada, como já se reverfiu pela Diretiva 2007/66/CE, de 11 de dezembro de 2007).

40 Cf., do Autor citado, *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina. 2015, p. 605.

41 Código aprovado pela Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro. A ele nos referiremos, doravante e abreviadamente como “NCPA”.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

nistrativo, área em que se impunha resolver um erro de várias décadas, consistente em conferir a mesma denominação — de revogação — a duas figuras jurídicas distintas (e com regimes jurídicos diferentes)⁴².

Na verdade, apesar de terem o fito de fazer cessar (total ou parcialmente) os efeitos de um ato administrativo, as figuras são estruturalmente diferenciadas:

- a revogação (anteriormente designada de “revogação por invalidade” ou “revogação *stricto sensu*”) é um ato de administração ativa, pois, através dela, o órgão competente para a emissão do ato, *reexerce* a sua competência, revogando o ato que emitiu e fá-lo por razões de mérito;
- já a anulação (anteriormente “revogação por invalidade”) consiste um ato da administração de controlo, exercendo-se, assim, um poder-dever autónomo e distinto da competência para a emissão do ato controlado e que tem em vista a reintegração da legalidade administrativa, posta em crise com ato sob anulação, pelo que a anulação visa retirar efeitos ao ato com fundamento na respetiva invalidade⁴³.

Com o NCPA distinguem-se, então, as duas figuras que recebem regimes diferenciados e complexos.

No regime da anulação administrativa, merece especial atenção — enquanto confirmação da tendência para a consagração, no direito interno português, de solução implicada pelo Direito da UE — *o dever de anular um ato administrativo na sequência de sentença de Tribunal da UE*, previsto no n.º 7 do artigo 168.º do NCPA.

42 Dizemos “erro” porque, com Filipa URBANO CALVÃO, entendemos que “a radical diversidade de função e fundamento entre as duas figuras (...) mereceria uma designação que fizesse sobressair aquelas diferenças” — cf., da Autora citada, «Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código de Procedimento Administrativo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*. n.º 54, novembro/dezembro. 2005. p. 35. O que não significa que, nas soluções adotadas na regulamentação da duas figuras — muito mais no que na sua distinção —, não se nos suscitem dúvidas sobre se não se estará perante um “retrocesso na afirmação da identidade nacional”, sentido em que se manifesta claramente, entre outros Autores, SALGADO MATOS, André em «O projecto de revisão do Código de Procedimento Administrativo: uma revolução legislativa anunciada e as suas consequências», in: *Projeto de Revisão do Código de Procedimento Administrativo — Colóquio* (coord. Rui CHANCERELLE DE MACHETE *et alli*). Lisboa: Universidade Católica Editora. 2013. p. 31.

43 Diferença conceptual que se exprime, por exemplo, no facto de o superior hierárquico ter o poder de anular o ato do subordinado, mesmo quando ele tenha competência exclusiva (cf. artigo 169.º, n.º 3 do NCPA). Analisando o problema de “se ter unificado, sob o mesmo conceito e (parcialmente sobre o mesmo) regime, a revogação *stricto sensu*, por inconveniência, e a revogação anulatória, que tem como fundamento a anulabilidade do acto administrativo, quando se impunha (...) a sua diferenciação”, tudo ainda à luz da anterior redação do CPA, v. ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário / GONÇALVES, Pedro Costa / PACHECO DE AMORIM, João. *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, 2.ª reimpressão. Coimbra: Almedina. 2010. pp. 667 e ss..

PEDRO MATIAS PEREIRA

É de notar que este dever se encontra previsto sem que tenha surgido um dever geral de anulação de atos ilegais, já que, nos restantes números do artigo 168º (nºs 1 a 5), a referência é sempre a um poder de anular, mesmo quando se verifica que um ato enferma de ilegalidade⁴⁴. O que, evidentemente, não equivale a reconhecer uma *permissão de inércia da Administração perante atos ilegais*, ou seja, apesar de não se tratar de um poder vinculado (a Administração não tem que anular o ato) ela tem o dever de sobre ele atuar (através de convalidação, sanção ou anulação)⁴⁵ de tal forma que, em concreto, o poder de anular se transmute em dever.

Mas vejamos então, a norma em que se prevê, de modo literal, um verdadeiro dever de anulação a cargo da Administração Pública.

3.1. A solução do artigo 168º, nº 7 do (novo) Código de Procedimento Administrativo

Num preceito dotado de assinalável (e indesejável) complexidade, o NCPA prevê um específico dever da Administração anular um ato administrativo; dispõe o nº 7 do artigo 168º o seguinte:

«Desde que ainda o possa fazer, a Administração tem o dever de anular o ato administrativo que tenha sido julgado válido por sentença transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo com base na interpretação do direito da União Europeia, invocando para o efeito nova interpretação desse direito em sentença posterior, transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo que, julgando em última instância, tenha dado execução a uma sentença de um tribunal da União Europeia vinculativa para o Estado português».

Logo a começar, o preceito suscita uma primeira perplexidade ao introduzir uma condição ao exercício do dever de anular: a anulação só pode ser feita se ainda puder ser feita. A suposição que se afigura correta fazer é que a parte inicial do preceito se refere aos prazos e condições previstos nos nºs 1, 2 e 4 do artigo 168º⁴⁶.

De seguida, descortina-se o problema que a norma almeja desbloquear: refere-se, então, a casos em que um ato administrativo tenha sido julgado válido pelos

44 Neste sentido, cf. CALDEIRA, Marco, «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código de Procedimento Administrativo de 2015», in: *Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo* (coord. AMADO GOMES, Carla *et alli*). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. 2015. pp. 659-660.

45 Cf., neste sentido, AROSO DE ALMEIDA, Mário. *Teoria Geral do Direito Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2015. pp. 342-343.

46 Cf., neste sentido, LANCEIRO, Rui. «O Dever de Anulação do artigo 168º, nº 7 do novo CPA e a jurisprudência Kuhne & Heitz», in: *Estudos em Homenagem ao Doutor Rui Machete*. no prelo, disponível, para já, em <http://www.icjp.pt/content/o-dever-de-anulacao-do-artigo-168o-no-7-do-novo-cpa-e-jurisprudencia-kuhne-heitz>, p. 16.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

tribunais administrativos nacionais, com fundamento numa determinada interpretação do Direito da UE. Então, nesses casos — já depois de formado caso julgado quanto à validade ato administrativo — a Administração ficará constituída no dever de anular o ato se sobrevier uma nova interpretação do Direito da União Europeia que foi aplicado na decisão dos tribunais nacionais que julgaram o ato válido.

Para que haja dever de anulação, a nova interpretação tem que resultar de uma sentença de um tribunal administrativo transitada em julgado e proferida em última instância; além disso, a sentença da qual decorre essa nova interpretação tem que se inserir num contexto específico: ela tem que ser proferida na sequência de um processo em se executava uma sentença de um tribunal da UE vinculativa para o Estado português.

Fazendo um exercício de rearranjo dos requisitos para a constituição no dever de anular o ato administrativo julgado válido por sentença transitada em julgado de tribunal administrativo, temos que:

- a anulação só pode ter lugar desde que a Administração ainda possa anular o ato;
- o ato a anular terá que ter sido julgado válido com fundamento numa interpretação do Direito da UE;
- terá que sobrevir uma sentença posterior de um tribunal administrativo que interprete de forma diferente o Direito da UE (em que se fundou o juízo de validade sobre o ato);
- a sentença posterior terá que ser proferida em última instância e, naturalmente, terá que ter transitado em julgado;
- a sentença posterior terá que resultar de se ter dado execução de uma sentença de um tribunal da UE vinculativa para o Estado português.

Descontando a evidente complexidade da hipótese da norma, o propósito que se descortina relaciona-se com a necessidade de acautelar os efeitos jurídicos (ao nível da manutenção de um ato administrativo) de *diferentes interpretações do Direito da UE*: uma primeira da qual resulta a validade de um ato administrativo nacional e uma outra, superveniente e resultante de um processo em que é dada execução a uma sentença de um tribunal da UE vinculativa para o Estado português, da qual resulta (ou pode resultar — tudo depende da análise do caso concreto) a sua invalidade (ainda que parcial).

A complexidade da hipótese — responsabilidade última do legislador, claro está — poderá estar ligada à sua origem jurisprudencial, que identificamos de seguida.

PEDRO MATIAS PEREIRA

3.2. A origem jurisprudencial da solução: a jurisprudência *Kuhne & Heitz*

3.2.1. O caso *Kuhne & Heitz*

A recentíssima doutrina que se tem produzido sobre a solução do NCPA⁴⁷ que vimos de analisar relaciona-a com o Acórdão *Kuhne & Heitz*⁴⁸. A designação do Acórdão coincide com a de uma empresa exportadora de carne de aves para países terceiros que, por via da classificação dos bens exportados nos termos da Pauta Aduaneira Comum, recebeu restituições à exportação. Com a alteração da referida classificação dos bens exportados foi-lhe exigido o reembolso dos montantes restituídos, decisão de que reagiu judicialmente mas sem sucesso.

Nesse processo, a interpretação das normas europeias aplicáveis foi considerada suficientemente clara para que não tivesse que ser colocada qualquer questão prejudicial ao TJUE. Sucede que, posteriormente (em 1994), a norma em causa veio, num processo diferente (e entre partes diferentes) a ser interpretada pelo TJUE no sentido favorável à empresa *Kuhne & Heitz*⁴⁹ que, invocando essa nova interpretação, sustentou a ilegalidade do reembolso a que foi condenada, solicitando, em consequência, a restituição dos montantes pagos a título de reembolso, acrescidos de juros.

É no âmbito deste novo processo judicial que o tribunal neerlandês profere Acórdão de reenvio para o TJUE, questionando, nomeadamente, se “seria conveniente derrogar o carácter definitivo da decisão administrativa num caso como aquele que lhe foi submetido, no qual, em primeiro lugar, a *Kuhne & Heitz* esgotou as vias de recurso de que dispunha e, em segundo lugar, a interpretação do direito comunitário que o tribunal [nacional] fez passou a ser contrária a um acórdão proferido posteriormente pelo Tribunal de Justiça”⁵⁰.

A questão é, portanto, se casos como este — de superveniência de nova interpretação do direito europeu — implicam, em ordem a uma efetiva aplicação do direito comunitário, um entorse à regra da definitividade de uma decisão administrativa confirmada por decisão jurisdicional transitada em julgado, permitindo-se (ou mesmo determinando-se) a sua reanálise.

47 Cf. LANCEIRO, Rui. «O Dever de Anulação...», cit..

48 Cf. Acórdão do TJUE de 13 de janeiro de 2004, proferido no proc. C-453/00.

49 Cf. Acórdão *Voogd Vleesimport en —export*, de 5 de outubro de 1994, proferido no proc. C151/93.

50 Cf. § 17º do Acórdão *Kuhne & Heitz* citado. A questão prejudicial é, concretamente, a seguinte “O direito comunitário, e nomeadamente o princípio da lealdade comunitária consagrado no artigo 10º CE, impõe a um órgão administrativo, nas circunstâncias mencionadas nos considerandos da presente decisão, que reconsidere uma decisão que se tornou definitiva de modo a garantir ao direito comunitário, tal como este deve ser interpretado à luz de uma decisão prejudicial posterior, a sua plena eficácia?” — cf. § 19º do Acórdão.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

O Tribunal começa por recordar a importância do valor jurídico da segurança jurídica, para concluir que a regra é a de que o carácter definitivo de uma decisão (porque transcorreram os prazos de recurso ou porque as vias de recurso se esgotaram) implica que a Administração não esteja obrigada a reexaminar a sua decisão⁵¹.

Estabelecida esta regra de carácter geral, o Tribunal considera aspetos concretos do caso e do direito neerlandês, concretamente: (i) que o direito neerlandês permite, nos casos em que os interesses de terceiros não sejam lesados, um permanente poder de revogação da decisão administrativa e (ii) esse poder pode, em função das circunstâncias do caso concreto, obrigar à revogação da decisão⁵²; por outro lado, (iii) a decisão jurisdicional (insuscetível de recurso) que validou a decisão administrativa fundamenta-se numa interpretação errada do direito europeu, (iv) sem que tivesse, no âmbito desse processo, sido suscitada — como devia ter sido — uma questão prejudicial; por fim, (v) assinala-se que o interessado se dirigiu à entidade pública imediatamente após ter tomado conhecimento do Acórdão do TJUE contendo diferente interpretação do direito aplicado no seu caso⁵³.

É então nestas circunstâncias que o Tribunal entende que “o órgão administrativo em causa está obrigado, por aplicação do princípio da cooperação que decorre do artigo 10º CE, a reexaminar a referida decisão para ter em conta a interpretação da disposição pertinente do direito comunitário entretanto feita pelo Tribunal de Justiça. O referido órgão deverá determinar em função dos resultados deste exame em que medida está obrigado a revogar, sem lesar os interesses de terceiros, a decisão em causa”⁵⁴.

Deste modo, à luz da jurisprudência *Kuhne & Heitz*, apresentam-se como condições cumulativas do dever de reanálise de uma decisão administrativa com fundamento em nova interpretação do direito europeu pelo TJUE:

- a previsão, no direito interno dos Estados-Membros, de um poder de revogação ou de anulação⁵⁵ da decisão administrativa;

51 Cf. § 24º do Acórdão. Notando como aqui conflituam “a vinculação das autoridades nacionais interpretação do TJUE e o princípio da segurança jurídica, que também é reconhecido como um princípio geral da ordem jurídica da UE, e que baseia a consolidação das decisões administrativas ou judiciais”, v. LANCEIRO, Rui. «O Dever de Anulação...», cit., p. 11.

52 Cf. § 25º do Acórdão.

53 Cf. § 26º do Acórdão.

54 Cf. § 27º do Acórdão.

55 Como bem ilustra LANCEIRO, Rui, decisões posteriores do TJUE — Acórdãos *Kempter* (proc. C-2/06), *i-21 Germany* (proc. C 392/04) e *Arcor* (C 422/04) —, demonstraram a indiferença do TJUE perante a existência de poderes de revisão ou de anulação, resultando, então, que é indiferente se o poder de reexaminar o ato administrativo se refere à sua legalidade ou ao seu mérito; cf., do autor referido, “O Dever de Anulação...”, cit., p. 13.

PEDRO MATIAS PEREIRA

- que a decisão administrativa se tenha tornado definitiva em função de decisão jurisdicional, proferida em última instância de recurso, que se fundamente em interpretação errada do direito europeu, sem que se tenha promovido a submissão de uma questão prejudicial;
- que o interessado se tenha dirigido ao órgão administrativo competente imediatamente após ter tomado conhecimento da nova jurisprudência;

Então, verificados que estejam estes requisitos — o primeiro relativo a uma característica do ordenamento jurídico nacional e os outros dois relativos a circunstâncias específicas do caso concreto⁵⁶ —, o TJUE entende que o dever de aplicação do direito conforme a interpretação do Tribunal prevalece, enquanto manifestação do princípio da efetividade do direito europeu, perante o princípio da segurança jurídica; concretamente, competirá ao órgão administrativo nacional reexaminar o ato administrativo (já consolidado na ordem jurídica) à luz da interpretação superveniente feita pelo TJUE.

Desse reexame poderá surgir a necessidade de anular o ato administrativo mas, acrescenta o Tribunal, dessa anulação não resultar a lesão de interesses de terceiros⁵⁷.

Mas surgindo, enfim, o dever de anular o ato, temos, então, que o princípio da segurança jurídica poderá ser afastado, note-se, numa situação que se diria de “alta segurança”: o ato a reexaminar foi objeto de sindicância jurisdicional que concluiu pela sua legalidade, havendo, portanto, uma decisão jurisdicional proferida pela última instância de recurso. É uma situação em que fica claramente em xeque o princípio da autoridade do caso julgado, pelo que a sua concretização nos ordenamentos jurídicos nacionais — através de uma norma que reconheça o poder de revisão ou anulação da decisão administrativa — dever-se-ia revestir de especiais cuidados, nomeadamente no que tange à constitucionalidade dessa medida.

3.2.2. A divergência entre a jurisprudência *Kuhne & Heitz* e a solução do NCPA

Vistos os vetores fundamentais da jurisprudência *Kuhne & Heitz* e os traços essenciais da norma do n.º 7 do artigo 169.º do CPA, saltam à vista assinaláveis divergências entre ambos. Com efeito, na nova norma do direito português:

- não há qualquer referência ao facto de no processo judicial de verificação da legalidade do ato a reexaminar não ter sido colocada uma questão prejudicial;

⁵⁶ Cf. Rui LANCEIRO, “O Dever de Anulação...”, cit., p. 13.

⁵⁷ Cf. § 27.º do Acórdão.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

- não se refere que a decisão do tribunal administrativo (de considerar válido o ato) tem que ser do tribunal de última instância;
- não se impõe ao interessado o ónus de, imediatamente após o conhecimento do ato, se dirigir ao órgão administrativo⁵⁸;
- refere-se expressamente que a nova interpretação que vem justificar o reexame do ato administrativo tem que resultar de uma decisão de um tribunal administrativo de última instância e que
- essa decisão tem que ser proferida no âmbito da execução de uma sentença de um Tribunal da União Europeia que seja vinculativa para o Estado português;
- prevê-se um verdadeiro *dever de anular* (e não um *dever de reexaminar*)⁵⁹;
- nada se refere quanto à restrição da anulação aos casos em que esta não lese interesses de terceiros.

Quanto à ausência de referência à colocação de questão prejudicial, é de notar que no Acórdão *Kuhne & Heitz* o Tribunal usa de um particular tom de censura quanto à falta de colocação da questão prejudicial, num caso em que o deveria ter sido. Esta é uma diferença relevante: o TJUE parece assumir que o dever de reexaminar o ato administrativo à luz da nova jurisprudência realiza, *a posteriori*, a função de bem interpretar (e aplicar) o direito europeu de forma uniforme, algo que poderia ter sido (mais facilmente) atingido com a colocação da questão prejudicial⁶⁰. Por isso, mais do que projetar uma nova jurisprudência a um caso já decidido, o TJUE parece entender o dever de reexaminar o ato administrativo como uma forma de reparar uma situação que não teria tido lugar se a questão prejudicial tivesse sido colocada; o que se

58 A este propósito, esta não será, propriamente uma divergência com a jurisprudência do TJUE, já que no Acórdão *Kempter*, o TJUE precisou que o Direito da UE não impõe um prazo para essa reação, sendo o prazo aquele que o direito interno do Estado-Membro vier a fixar para o efeito.

59 Explicando como a verificação das condições previstas na jurisprudência *Kuhne & Heitz* “não força uma imediata revogação do acto administrativo em causa” mas tão só “a obrigação do órgão da administração nacional de reexaminar (ou reapreciar) o processo à luz da interpretação da disposição pertinente do Direito da UE entretanto realizada pelo TJ”, v. AMADO GOMES Carla / LANCEIRO, Rui. «A revogação de actos administrativos entre o Direito nacional e a jurisprudência da União Europeia: um instituto a dois tempos?», in: *Revista do Ministério Público*. n.º 132, outubro / dezembro de 2012. pp. 50-51.

60 Assinalando como o reenvio prejudicial se constitui como um mecanismo que procura evitar “que os distintos aparelhos judiciais nacionais cristalizassem diferentes aplicações da ordem comunitária” e evidenciando como a razão de ser do dito mecanismos “é agora manifestamente a garantia da unidade de interpretação do direito comunitário; ou melhor, a de evitar que a unidade normativa obtida ao nível da criação da regra seja destruída no momento da sua aplicação”, v. MOURA RAMOS, Rui. «Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas», in: *Estudos de Direito Comunitário*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora. 1999. pp. 223-224.

PEDRO MATIAS PEREIRA

pretende, afinal, é obter o mesmo efeito que o reenvio prejudicial teria (caso tivesse sido utilizado)⁶¹.

Assim, parece-nos que, mesmo na falta dessa referência na letra da lei, os casos de dever de anulação do n.º 7 do artigo 168.º se deveriam limitar aqueles casos em que a errada aplicação do direito europeu é o resultado direto da omissão do dever de colocar a questão prejudicial ao TJUE, ficando excluídas do dever de reexame aquelas decisões em que a interpretação do direito europeu, apesar de ter evoluído em sentido divergente, tiver sido feita com recurso ao auxílio do TJUE.

Relativamente ao facto de se prescindir da invocação imediata do interessado da nova interpretação do Direito da UE e, bem assim, da necessidade de a decisão de considerar válido o ato ser de um tribunal administrativo em última instância, não nos parecem levantar questões relevantes.

Bem diferente é, no entanto, a avaliação que se faz dos requisitos formais, digamos assim, do surgimento da nova interpretação do direito europeu. Tomando o preceito à letra, o que é necessário em relação à decisão em que essa nova interpretação se contém seja (i) de um tribunal administrativo que julga em última instância e (ii) no âmbito de um processo em que se dê execução a uma sentença de um tribunal da UE (iii) que seja vinculativa para o Estado Português.

Recorde-se, a este propósito, que a *Kuhne & Heitz* solicitaram a revisão do ato administrativo que determinou o reembolso dos apoios unicamente com fundamento na nova jurisprudência do TJUE (divergente da que esteve na base da decisão da sua pretensão). A hipótese da norma do NCPA é muitíssimo mais complexa e, a aceitar-se uma interpretação literal, afasta-se decisivamente da jurisprudência *Kuhne & Heitz*.

Com efeito, parece resultar da nova norma do direito português que a alteração na interpretação do direito europeu tem que resultar de um específico contexto, concretamente, *de um determinado tipo de ação* — de incumprimento, segundo parece — *em que seja parte o Estado português* (é o que resultaria — literalmente — da exigência de que a sentença de um tribunal da União Europeia seja vinculativa).

A questão de se ter que estar perante um determinado tipo de ação decorre do facto de se exigir que haja uma “sentença de um tribunal da União Europeia

61 Notando como esta é — ao lado da responsabilidade civil do Estado por incumprimento no exercício da função jurisdicional — uma forma de suprimir a falta de recurso ao mecanismo de colocação de questões prejudiciais, v. AMADO GOMES, Carla / LANÇEIRO, Rui, «A revogação de actos administrativos...», cit., p. 52.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

vinculativa para o Estado português”. Em sentido estrito, apenas as decisões proferidas em processo de incumprimento têm que ser executadas, do que resultaria que apenas no muito específico caso de, por força da decisão judicial inicial (que validou o ato sob análise), o Estado português vir a ser condenado por violação do direito europeu, é que haveria dever de revisão.

Seria muito pouco para o que se quer que seja um mecanismo ao serviço da efetividade do direito europeu⁶².

Uma hipótese de interpretação mais lata, avançada por Rui Linceiro, é a de incluir no âmbito das decisões que obrigam (*rectius*, vinculam) o Estado português os acórdãos do TJUE relativos a questões prejudiciais, já que essas decisões também são vinculativas e têm que ser executadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais de reenvio⁶³.

Esta não é, mesmo para o Autor referido, a solução correta. Com efeito, não deve ser necessário que a nova interpretação do direito europeu surja num processo — de incumprimento ou num processo que seja colocada uma questão prejudicial — em que o Estado português seja parte. Pelo contrário, em linha com a jurisprudência *Kuhne & Heitz* e considerando a vinculação genérica de todos os Estados-Membros à interpretação do Direito da UE feita pelo TJUE, não deve ser relevante, para efeitos de fazer funcionar um mecanismo corretivo de uma errada interpretação do direito europeu, a questão de saber a origem da nova interpretação do direito europeu (designadamente em que tribunais e sob que forma de processo)⁶⁴.

Donde, o único elemento espoletador do dever de anulação do ato administrativo deve ser o surgimento (e o conhecimento, oficioso ou por intervenção dos interessados) de decisão do TJUE que seja vinculativa para o Estado português. Só isso — a eliminação dessas barreiras formais e, designadamente, a necessidade da *intermediação* de uma decisão jurisdicional nacional — está em linha com a jurisprudência *Kuhne & Heitz* e, sobretudo e decisivamente, só isso permite respeitar o princípio da atribuição da competência para interpretar a legislação da UE ao TJUE.

62 A este propósito, cumpre notar, com AMADO GOMES, Carla e LANCEIRO, Rui, a falta de um dever de revisão quando a atos administrativos que não passaram o crivo da sindicância jurisdicional — cf. dos Autores referidos, «A revogação de actos administrativos...», cit., p. 53. Com efeito, também nos casos de atos cuja legalidade não foi questionada perante os tribunais nacionais se coloca a necessidade de uniformidade de interpretação do Direito da UE e, por outro lado, não se colocam as reservas associadas à quebra da força do caso julgado.

63 Cf. LANCEIRO, Rui. “O Dever de Anulação...”, cit., p. 17.

64 Cf. IDEM, *ibidem*, p. 17.

PEDRO MATIAS PEREIRA

Na verdade, no contexto do direito europeu, não faz sentido instituir um mecanismo que visa corrigir uma má aplicação do direito europeu (quando comparada com a jurisprudência dos tribunais da UE) e depois limitar o seu âmbito aos casos em que a questão se vem a colocar perante um tribunal nacional que depois aplica essa nova interpretação⁶⁵.

Outro foco de análise — que se enceta em ponto subsequente — seria o da constitucionalidade da solução *vis-à-vis* o princípio da segurança jurídica. O que não coloca em causa o plano de análise com que terminamos este ponto: limitar o dever de reanálise de um ato administrativo à existência de decisões de tribunais nacionais que, em contextos específicos, apliquem nova interpretação do Direito da UE é violador do princípio da competência do TJUE (e até do princípio do primado)⁶⁶, potenciando a possibilidade de o Estado português incorrer em responsabilidade.

3.3. Crítica da solução; em especial a sua inconstitucionalidade

O primeiro dos requisitos formulados na jurisprudência *Kuhne & Heitz* para a existência do dever de reexaminar um ato administrativo é, recordamos, *a previsão, no direito interno dos Estados-Membros, de um poder de revogação ou de anulação da decisão administrativa*, ou seja, é da competência dos Estados-Membros prever, no seu direito interno, o poder de revogação ou anulação da decisão administrativa; só no caso de esse poder ser conferido pelo legislador nacional aos órgãos administrativos é que o dever de anulação (de construção jurisprudencial) se pode colocar.

Na vigência da anterior redação do Código de Procedimento Administrativo, a doutrina portuguesa discutiu a possibilidade de acomodar a jurisprudência *Kuhne & Heitz*, entendendo que, perante a previsão abstrata de um poder de revogação (*rectius*, anulação) dos atos administrativos, estava satisfeita a condição fixada pelo Acórdão do Tribunal de Justiça para que se impusesse à Administração o dever de reexaminar o ato⁶⁷. Essa competência revogatória — que serviria a aplicação da jurisprudência *Kuhne & Heitz* — não previa, claro, o afastamento do caso julgado, o que, só por si, determinaria a expansão da competência de reexame do ato.

⁶⁵ Cf. IDEM, *ibidem.*, p. 18.

⁶⁶ Na síntese de LANCEIRO, Rui, “se o dever de anulação administrativa depende da «execução» genérica da jurisprudência do TJUE pelos tribunais nacionais, o preceito é desconforme com o Direito da UE” — cf., do Autor citado, “O Dever de Anulação...”, cit., p. 22.

⁶⁷ Cf. AMADO GOMES, Carla / LANCEIRO, Rui. «A revogação de actos administrativos...», cit., pp. 54-66 e também LANCEIRO, Rui. «A “erosão” dos princípios da autoridade do caso julgado e do caso decidido pelo Direito da União Europeia», in: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora. 2012. pp. 470-475.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

O legislador do NCPA parece ter entendido que o poder de anulação assim doutrinariamente construído mereceria habilitação legal expressa, até para habilitar legalmente o afastamento do caso julgado. Sucede que, como vimos, a norma que analisamos levou esse poder de anulação mais longe do que a origem jurisprudencial do mecanismo exigiriam, prevendo-se um verdadeiro *dever de anulação*, que extrapola do regime (ou regimes⁶⁸) normais da anulação administrativa previstos no NCPA. Esta modificação dá-se num contexto de alteração do paradigma da irrevogabilidade dos atos constitutivos de direitos com o alargamento dos prazos para o exercício do poder de anulação e — inovando em relação ao projeto do CPA que foi objeto de discussão pública — acabou por prever um verdadeiro dever⁶⁹.

Essa opção terá resultado da consecução de um dos declarados objetivos do NCPA: refletir no Código “as exigências que o Direito da UE coloca ao procedimento administrativo português, por força, designadamente, (...) da jurisprudência do TJUE que obriga os Estados-Membros, inclusive os tribunais nacionais (por exemplo, em matéria de revogação de atos administrativos)”⁷⁰.

A verdade é, no entanto, que essa não é uma justificação válida à luz da jurisprudência *Kuhne & Heitz* já que esta não impõe um dever de anulação; pelo contrário, ela reconhece que é ao direito nacional que cabe determinar a possibilidade de revogação⁷¹. Donde, não estava o legislador português — como o de nenhum outro Estado-Membro — obrigado a prever um dever de anulação como o que veio ser consagrado no NCPA. Aliás, o TJUE aponta claramente para a excecionalidade do dever de reexame, enquanto desvio ao princípio da segurança jurídica⁷².

- 68 Identificando esses regimes (*três mais um*) ainda no projeto do NCPA, v. ROBIN DE ANDRADE, «O regime da revogação e da anulação administrativa no projecto do novo Código de Procedimento Administrativo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*. nº 100. julho/agosto 2013. pp. 76-77. Identificando esses regimes já no quadro do NCPA, v. AROSO DE ALMEIDA, Mário. *Teoria Geral...*, cit., pp. 336-341. Em especial, sobre a necessidade de um regime próprio — sobretudo de um prazo compatível com as exigências do direito da UE — para a anulação das decisões de concessão de apoios da União Europeia, v. AMADO GOMES, Carla / LANCEIRO, Rui. «Em busca do prazo de revogação das decisões de concessão de apoios da União Europeia», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*. nº 104. março/abril, 2014. pp. 5-10.
- 69 Criticando a falta de um dever de anulação — e rebatendo as críticas à sua consagração — v. ROBIN DE ANDRADE. «O regime da revogação...», cit., p. 78. A este propósito lembre-se que, apesar de uma falta de consagração expressa, é possível retirar do texto da lei um dever de atuação perante um ato administrativo ilegal, como defende AROSO DE ALMEIDA, Mário. *Teoria Geral...*, cit., pp. 341-363.
- 70 Palavras do Coordenador da Comissão a quem foi confiada, entre outras tarefas, a revisão do CPA, o Senhor Professor Doutor FAUSTO DE QUADROS, em «As principais inovações do projeto do Código de Procedimento Administrativo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*. nº 100. julho/agosto 2013. p. 129.
- 71 No mesmo sentido, referindo como “a jurisprudência do TJUE atribui máxima discricionariedade ao legislador nacional para prever ou não a figura (expressa ou implicitamente) e de a regular (por exemplo, o prazo para o particular solicitar a anulação)”, concluindo que “o artigo 168º, nº 7 do novo CPA, não pode, pois, ser justificado como decorrendo de uma vinculação do Direito da UE”, v. LANCEIRO, Rui, «O Dever de Anulação...», cit, pp. 22-23.
- 72 Neste sentido, cf. GROUSSOT, Xavier / MINSSEN, Timo. «Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality?», in: *European Constitutional Law Review*. nº 3. vol. 3. 2007. p. 400.

PEDRO MATIAS PEREIRA

É certo, contudo, que uma tal solução significa dar “plena eficácia à Ordem Jurídica da União na respetiva ordem interna”⁷³, dado que, com ela, se assegura a harmonização entre os Estados Membros em matéria de anulação de atos administrativos e, de modo mais circunscrito (afastando a responsabilidade por incumprimento), a retirada de todas as consequências — e *mais algumas* — das sentenças dos tribunais da UE. Mas a que preço?

Parece-nos que demasiado alto, pelo “abalo extremo para a estabilidade do ordenamento jurídico e para a posição dos beneficiários do acto”⁷⁴ que isso significa.

São vários, na verdade, os problemas constitucionais que se suscitam e que cumpre, brevemente, dar nota⁷⁵.

Em primeiro lugar, o reexame do ato administrativo implica com a decisão judicial do tribunal administrativo que o considerou válido e isso gera, desde logo, um entorse à obrigatoriedade e prevalência das decisões dos tribunais sobre as de quaisquer outras autoridades, prevista no n.º 2 do artigo 205.º da Constituição da República Portuguesa⁷⁶. E, com isso, coloca em causa o sempre difícil e necessário equilíbrio subjacente à separação de poderes, uma vez que o reexame do ato, se culminar na sua anulação pela Administração, significa a obliteração da decisão judicial que o julgou válido.

Em segundo lugar, a sentença que dá origem à nova interpretação do Direito da UE, resulta de um processo em que os destinatários do ato sujeito a reexame não foram “tidos nem achados”, o que coloca em causa o seu direito ao contraditório, inerente ao princípio da tutela jurisdicional efetiva (cf. artigo 20.º da CRP).

Em terceiro lugar, coloca-se em causa a autoridade do caso julgado, *rectius*, a garantia constitucional da intangibilidade do caso julgado. Na verdade, mesmo quando se trata da violação, por sentença judicial, da CRP — verificada pelo nosso Tribunal Constitucional —, o caso julgado não é destruído já que “o princípio da segurança jurídica prevalece sobre o princípio da constitucionalidade”, permitindo assim reconhecer-se que “em matéria de efeitos das sentenças do Tribunal Constitucional que declaram a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, um princípio de intangibilidade do caso julgado”⁷⁷, solução, que naturalmente, tutela a confiança dos particulares que viram o ato administrativo consolidar-se com a decisão judicial inicial.

73 Cf. FAUSTO DE QUADROS. *Direito da União Europeia*, cit., p. 684.

74 Cf. CALDEIRA, Marco. «A figura da “Anulação Administrativa”...», cit., p. 661.

75 Seguimos de perto OTERO, Paulo. «Problemas constitucionais do novo Código do Procedimento Administrativo — uma introdução», in: *Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo* (coord. Carla AMADO GOMES *et alli*). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. 2015. pp. 22-26.

76 Doravante, abreviadamente, “CRP”.

77 Cf. OTERO, Paulo. «Problemas constitucionais ...», cit., p. 21.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

Com isso, o NCPA dá ao Direito da UE — tal como interpretado pelos tribunais da União — algo a que as normas inconstitucionais — assim declaradas pelo Tribunal Constitucional, com força obrigatória geral — não acedem: a natureza retroativa do seu conteúdo decisório. Às decisões do Tribunal Constitucional não é, de facto, dado atingir o caso julgado. E essa solução (de restrição da retroatividade) é a única compatível com os preceitos constitucionais. Mais, considerando que resulta dos princípios da segurança jurídica (e da tutela da confiança) bem como do princípio da separação de poderes, ela é também a solução imposta pelo próprio Direito da UE, que integra, como se sabe, as garantias constitucionais “tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”⁷⁸.

Quer isto dizer que o n.º 7 do artigo 168.º do NCPA seria, nesta interpretação, não só inconstitucional, mas também violador do próprio Direito da UE.

De modo que, em nossa opinião, o preceito em análise dificilmente terá viabilidade interpretativa, parecendo estar mesmo condenado a ser reconhecido como desconforme ao Direito da UE e com a Constituição portuguesa, havendo, no caso de desconformidade com o Direito da UE, a possibilidade de isso fazer incorrer o Estado Português em responsabilidade.

4. REFLEXÃO FINAL

O *case law* analisado neste texto reflete uma tendência associada à concretização do projeto europeu através de uma *integração pelo direito*, considerando as dificuldades associadas à integração pela via política ou político-constitucional, de tal modo que isso “catapultou o direito administrativo para o papel principal [da dinâmica da integração], secundarizando o direito constitucional”⁷⁹. Um papel que, até meados do século XX, não se pensaria que o direito administrativo pudesse ter, encarado que era como produto da história e tradição nacionais, criando um domínio insuscetível de convergência⁸⁰.

O axioma da territorialidade do direito administrativo está, pois, definitivamente posto em causa, afastando-se, do mesmo passo, a ideia de que os direitos administrativos são filhos dos Estados nacionais⁸¹.

78 Cf. artigo 6.º, n.º 3, *in fine*, do Tratado da União Europeia.

79 São palavras de TAVARES DA SILVA, Susana, em *Direito Administrativo Europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2010. p. 13.

80 Neste sentido, cf. ELIANTONIO, Mariana, *Europeanization of Administrative Justice?*. Amesterdão: Europa Law Publishing. 2009. p. 3.

81 Cf. MONIZ, Ana Raquel. «Traços da Evolução do Direito Administrativo Português», in: *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXXVII. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. p. 312.

PEDRO MATIAS PEREIRA

As decisões do TJUE que tivemos oportunidade de analisar são claros exemplos — no plano do procedimento e do direito dos contratos — de que a disciplina do direito administrativo é alimentada por fenómenos para além das fronteiras estaduais. Em dois planos: (i) no plano da produção normativa por uma organização internacional de integração, profundamente influenciada pela jurisprudência; e (ii) no plano de aproximação de conteúdos normativos à jurisprudência de um tribunal que integra as instituições de uma organização internacional de integração, através de legislação nacional.

A conjugação deste tipo de fenómenos conduz, naturalmente, à harmonização do direito administrativo dos Estados-Membros contribuindo para a criação de um *Espaço Administrativo Europeu*⁸², fenómeno que constitui, a par de outros de dimensão e profundidades variáveis, um traço de evolução do direito administrativo.

A análise que fizemos permitiu descortinar algumas dificuldades (e perplexidades) na construção das normas jurídicas que sustentam esse espaço administrativo europeu.

No caso da nova diretiva da contratação pública, apesar das incongruências das normas nela previstas, ainda será possível, em sede da sua transposição, acautelar a construção de um regime harmonizado com preocupações de efetividade do direito da contratação pública (na sua globalidade e não apenas o resultante da diretiva e dos Tratados, tal como vier a ser interpretado pelo TJUE).

De outra banda, o n.º 7 do artigo 168.º do NCPA afigura-se, tal como está positivado — se bem o interpretamos —, como insuscetível de aplicação, quer porque contende com princípios constitucionais basilares quer porque restringe de forma assinalável o objetivo para o qual foi criado: a efetividade do direito da União.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria Geral do Direito Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2015.

ANDRADE, Robin de. «O regime da revogação e da anulação administrativa no projecto do novo Código de Procedimento Administrativo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*. n.º 100. julho/agosto. 2013.

ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement — Regulation in the EU and UK*. 3. ed. Sweet & Maxwell. 2014.

82 Cf. IDEM, *ibidem*, p. 313.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

- CALDEIRA, Marco. «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código de Procedimento Administrativo de 2015», in: *Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo* (coord. Carla Amado Gomes *et alli*). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. 2015.
- CALVÃO, Filipa Urbano. «Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código de Procedimento Administrativo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*. nº 54. novembro/dezembro, 2005.
- CARANTA, Roberto. «The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works», in: *Common Market Law Review*. vol. 52, nº 2. abril 2015.
- CHARREL, Nicolas / GASPAR, Thomas. «Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d’exécution», in: *Contrats Publics, Les nouvelles directives «marchés»* (2de partie). nº 144. maio 2015.
- ELIANTONIO, Mariana. *Europeanization of Administrative Justice?*. Amesterdão: Europa Law Publishing. 2009.
- FREITAS, Lourenço Vilhena de. *Os Contratos de Direito Público da União Europeia no quadro do Direito Administrativo Europeu*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora. 2012.
- GOMES, Carla Amado / LANCEIRO, Rui. «A revogação de actos administrativos entre o Direito nacional e a jurisprudência da União Europeia: um instituto a dois tempos?», in: *Revista do Ministério Público*. nº 132. outubro/dezembro 2012.
- GOMES, Carla Amado / LANCEIRO, Rui. «Em busca do prazo de revogação das decisões de concessão de apoios da União Europeia», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*. nº 104, março/abril 2014.
- GONÇALVES, Pedro Costa, «Acórdão *Presstext*: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*. nº 73. janeiro/ fevereiro, 2009.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina. 2015.
- GROSSOT, Xavier / MINNSEN, Timo. «Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality?», in: *European Constitutional Law Review*. nº 3. vol. 3. 2007.
- LANCEIRO, Rui. «A “erosão” dos princípios da autoridade do caso julgado e do caso decidido pelo Direito da União Europeia», in: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora. 2012.
- _____, «O Dever de Anulação do artigo 168º, nº 7 do novo CPA e a jurisprudência Kuhne & Heitz», in: *Estudos em Homenagem ao Doutor Rui Machete*. no prelo, disponível, para já, em <http://www.icjp.pt/content/o-dever-de-anulacao-do-artigo-168o-no-7-do-novo-cpa-e-jurisprudencia-kuhne-heitz>.
- MARTINS, Licínio Lopes, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*. Coimbra: Almedina, 2014.

PEDRO MATIAS PEREIRA

- MATOS, André Salgado. «O projecto de revisão do Código de Procedimento Administrativo: uma revolução legislativa anunciada e as suas consequências», *in: Projeto de Revisão do Código de Procedimento Administrativa — Colóquio* (coord. Rui CHANCERELLE DE MACHETE *et alli*). Lisboa: Universidade Católica Editora. 2013.
- MONIZ, Ana Raquel. «Traços da Evolução do Direito Administrativo Português», *in: Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXXVII. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.
- MOREIRA, Egon Bockmann. «O contrato administrativo como instrumento de governo», *in: Estudos de Contratação Pública*. vol. IV (coord. Pedro Costa GONÇALVES). CEDIPRE. Coimbra: Coimbra Editora. 2013.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de / GONÇALVES, Pedro Costa / AMORIM, João Pacheco de. *Código de Procedimento Administrativo Anotado*. 2.^a reimpressão. Coimbra: Almedina. 2010.
- OTERO, Paulo «Problemas constitucionais do novo Código do Procedimento Administrativo — uma introdução», *in: Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo* (coord. Carla AMADO GOMES *et alli*), Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2015.
- PAIS, Sofia Oliveira, *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2015.
- PEREIRA, Pedro Matias, *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- _____, Anotação ao Acórdão do Tribunal de Contas — 1.^a Secção — Plenário 13/14, de 8 de julho de 2014, proc. 1613/13, Recurso Ordinário 01/14, *in: Revista dos Contratos Públicos*, n.º 9, CEDIPRE.
- _____, «Gestão do contrato administrativo: a aplicação de sanções», *in: Revista dos Contratos Públicos*, n.º 10, CEDIPRE.
- PEREIRA, Pedro Matias / MACHADO, Carla, «Modificação e rescisão de contrato», no prelo (a publicar na *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 12, CEDIPRE).
- PRIESS, H.J., «Setting Aside Concluded Contracts», *working paper* apresentado na «Global Revolution III», que decorreu em Junho de 2006 na Universidade de Nottingham, no Reino Unido.
- QUADROS, Fausto de, «As principais inovações do projeto do Código de Procedimento Administrativo», *in: Cadernos de Justiça Administrativa*. n.º 100. julho/agosto 2013.
- _____, *Direito da União Europeia*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2013.
- RAMOS, Rui Moura, «As Comunidades Europeias — Enquadramento normativo-institucional», *in: Estudos de Direito Comunitário*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1999.
- SILVA, Susana Tavares da, *Um novo Direito Administrativo*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2010.

DEVERES DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS E DE ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

_____, *Direito Administrativo Europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2010.

TREUMER, Steen, Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules — the end of the status of concluded public contracts as sacred cows”, *in: Public Procurement Law Review*. nº 6. 2007. nº 6.

_____, «Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive». *in: Public Procurement Law Review*. 3. 2014.

_____, «Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive», *in: Modernising Public Procurement: The New Directive*. Copenhaga: Djøf Publishing. 2014.