


MARK BOBELA-MOTA KIRKBY

CONTRATOS SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS

O EXERCÍCIO CONTRATUALIZADO
DO PODER ADMINISTRATIVO
DE DECISÃO UNILATERAL

 Coimbra Editora
grupo Wolters Kluwer

Título:

Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos

Autor:

Mark Bobela-Mota Kirkby

1.ª Edição

Janeiro 2011

Edição e Execução Gráfica:

Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora

Lisboa:

Torres de Lisboa

Rua Tomás da Fonseca

Torre G – 6.º A

1600-209 Lisboa

Coimbra:

Edifício Coimbra Editora

Ladeira da Paula, n.º 10

Antanhol — 3040-574 Coimbra

www.coimbraeditora.pt

editorial@coimbraeditora.pt

Distribuição:

Coimbra Editora, S.A.

Ladeira da Paula, n.º 10

Antanhol — 3040-574 Coimbra

Telef. 239 852 650 — Fax 239 852 651

Reservados todos os direitos por Wolters Kluwer Portugal.

Nem a totalidade nem parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por nenhum meio electrónico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação magnética ou qualquer armazenamento de informação e sistema de recuperação sem autorização por escrito da Wolters Kluwer Portugal.


ISBN 978-972-32-1907-4

Depósito Legal n.º 321 619/2011

MARK BOBELA-MOTA KIRKBY

CONTRATOS SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS

O EXERCÍCIO CONTRATUALIZADO DO PODER ADMINISTRATIVO DE DECISÃO UNILATERAL

 Coimbra Editora
grupo Wolters Kluwer

ÍNDICE

	Págs.
NOTA PRÉVIA.....	7
AGRADECIMENTOS.....	9
ABREVIATURAS.....	13

CAPÍTULO I

CONDICIONALISMOS E FACTORES DE SURGIMENTO DOS CONTRATOS SOBRE O EXERCÍCIO DO PODER ADMINISTRATIVO

SECÇÃO I — INTRODUÇÃO: RECONHECER O DUALISMO DA FACTIS- PECIES “CONTRATO ADMINISTRATIVO”.....	15
SECÇÃO II — CONDICIONALISMOS E FACTORES HISTÓRICOS DO SURGIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO CONCERTADA.....	21
1. O desmantelamento da Administração polícia e a crise do acto adminis- trativo.....	21
2. A alteração do paradigma da legalidade administrativa: a crise de densidade normativa da norma habilitante.....	29
3. As exigências de combate à informalidade e de procedimentalização.....	35
SECÇÃO III — VANTAGENS DA CONTRATUALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER ADMINISTRATIVO: O QUE LEVA A ADMINISTRAÇÃO A RECORRER AO CONTRATO, QUANDO PODE COMPOR A MESMA SITUAÇÃO JURÍDICA POR VIA UNILATERAL?.....	38
1. Maior flexibilidade do contrato na composição de relações jurídicas: o alar- gamento do leque de efeitos jurídicos que podem ser produzidos com base no acordo do particular.....	40
2. Maior flexibilidade do contrato na composição de relações jurídicas: exces- sivo formalismo e tipicidade estrutural do acto administrativo como factores de rigidez.....	41
3. Diminuição da litigiosidade administrativa.....	43
4. A tutela do interesse positivo da Administração na contraprestação do par- ticular.....	48

	Págs.
SECÇÃO IV — OBJECÇÕES, RISCOS, DÚVIDAS E HESITAÇÕES QUANTO À ADMISSIBILIDADE DE CONTRATOS SOBRE O EXERCÍCIO DO PODER ADMINISTRATIVO.....	53
1. O problema da alienação do poder administrativo.....	53
2. A “barganha” de poderes administrativos.....	55
3. A incompatibilidade com os princípios gerais da actividade administrativa num Estado de direito.....	57
CAPÍTULO II	
A EVOLUÇÃO E O RECONHECIMENTO DOS CONTRATOS SOBRE O EXERCÍCIO DO PODER ADMINISTRATIVO NO DIREITO COMPARADO	
SECÇÃO I — A CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO INGLÊS.....	61
1. Sinopse.....	61
2. Dicey: o impacto da doutrina pan-privatística no reconhecimento dos contratos administrativos.....	65
2.1. Os princípios fundamentais do pensamento diceyano.....	65
2.2. A negação do direito administrativo.....	66
2.3. A crítica ao modelo de Dicey.....	71
2.4. O impacto do pensamento diceyano na dogmática contratual-administrativa.....	76
3. O problema do exercício do poder discricionário através de contrato.....	86
SECÇÃO II — O EXERCÍCIO CONTRATUALIZADO DO PODER ADMINISTRATIVO EM FRANÇA.....	105
1. Sinopse.....	105
2. As experiências de contratualização do poder administrativo.....	109
2.1. A administração económica contratualizada do pós-guerra e outras experiências precoces na área da contratualização do poder administrativo.....	109
2.2. As experiências actuais de contratualização do exercício do poder administrativo.....	114
3. A capacidade contratual pública da Administração em França.....	120
3.1. A inexistência de uma permissão legal genérica de recurso ao contrato para o exercício do poder administrativo.....	120

	Págs.
3.2. Matérias normalmente identificadas como alérgicas à conformação por via contratual.....	128
3.2.1. Pactos sobre decisões futuras.....	128
3.2.2. As matérias <i>régaliennes</i>	130
SECÇÃO III — OS CONTRATOS DE DIREITO PÚBLICO NA ALEMANHA.....	137
1. Sinopse.....	137
2. O dissenso original e sua superação: do unilateralismo de MAYER à admissão do contrato de direito público por FORSTHOFF.....	139
3. O actual regime jurídico do contrato de direito público na Lei de Procedimento alemã.....	148
3.1. Enquadramento geral.....	148
3.2. O regime legal.....	151
SECÇÃO IV — A TERMINAÇÃO CONVENCIONAL DO PROCEDIMENTO EM ESPANHA.....	154
1. Sinopse.....	154
2. A terminação convencional do procedimento: o artigo 88.º, n.º 1, da Lei n.º 30/1992.....	158
2.1. A <i>factispecies</i>	158
2.2. O regime aplicável.....	161
2.3. Controvérsia sobre o potencial habilitante do artigo 88.º.....	166
SECÇÃO V — OS MÓDULOS CONTRATUAIS DO PROCEDIMENTO EM ITÁLIA.....	168
1. Do pan-privatismo negador do <i>contrato de direito público</i> à sua (parcial) superação.....	168
2. Contratos <i>ad oggetto pubblico</i> : afinal contratos sem objecto público.....	170
3. Resistências finais.....	172
4. Os acordos previstos no artigo 11.º da Lei n.º 241/1990.....	175
SECÇÃO VI — PONTOS DE CONVERGÊNCIA E DIVERGÊNCIA: CONCLUSÕES JUS-COMPARATÍSTICAS.....	184

CAPÍTULO III

**DOG MÁTICA CONCEPTUAL E CLASSIFICATÓRIA
DOS CONTRATOS SOBRE O EXERCÍCIO
DO PODER ADMINISTRATIVO**

	Págs.
SECÇÃO I — OS CONTRATOS SOBRE O EXERCÍCIO DO PODER ADMINISTRATIVO: ELEMENTOS CONCEPTUAIS ESTRUTURANTES	191
1. Sobre o acolhimento do contrato no direito administrativo	191
2. Sobre a distinção entre acto administrativo unilateral e contrato administrativo	197
3. O contrato sobre o exercício do poder administrativo enquanto contrato administrativo	205
3.1. Sobre o conceito de contrato administrativo: do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6, do CCP — uma alteração do paradigma de qualificação	205
3.1.1. Enquadramento	205
3.1.2. Os critérios de qualificação de contratos como contratos administrativos no CPA	209
3.1.3. Os critérios de qualificação de contratos como contratos administrativos no CCP	243
a) Elementos objectivos de qualificação	244
b) Elementos subjectivos de qualificação	257
3.2. Os contratos sobre o exercício do poder administrativo enquanto contratos administrativos em função do respectivo objecto	264
4. Sobre o dualismo da figura do contrato administrativo: proposta de uma nova classificação dualista	266
4.1. A incapacidade do critério causal-funcional na explicação do dualismo dos contratos administrativos	266
4.2. A excessiva amplitude do critério único de objecto para um correcto enquadramento das <i>factispecies</i> em regimes jurídicos adequados à sua individualidade	272
SECÇÃO II — CLASSIFICAÇÕES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUBORDINAÇÃO	278
1. Introdução	278

	Págs.
2. Classificações e categorias de contratos administrativos de subordinação	279
2.1. Acordos prévios ao procedimento, acordos endoprocedimentais, acordos de terminação do procedimento ou substitutivos de acto administrativo, acordos integrativos do acto de terminação do procedimento	279
a) Acordos prévios à tramitação do procedimento	279
b) Acordos endoprocedimentais	280
c) Acordos substitutivos de actos administrativos	282
d) Acordos integrativos de actos administrativos	283
2.2. Contratos de troca ou com obrigações para as partes e contratos compositivos	285
2.3. Contratos com efeitos de execução imediata e contratos com efeitos de execução diferida ou continuada	288
2.4. Contratos geradores de obrigações e contratos decisórios	289
2.5. Contratos em que a obrigação da Administração se consubstancia na prática ou no dever de praticar ou de não praticar actos jurídicos e contratos em que a obrigação da Administração envolve também a realização de operações materiais	290
2.6. Contratos em que o contraente particular está necessariamente individualizado desde o início e contratos relativamente aos quais existe uma pluralidade de potenciais interessados na sua celebração	291
2.7. Contratos sobre o exercício de poderes vinculados e sobre o exercício de poderes discricionários	293
2.8. Contratos relativos à margem de livre decisão no preenchimento de conceitos verdadeiramente indeterminados e relativos ao exercício da discricionariedade administrativa	294

CAPÍTULO IV

**O REGIME DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
DE SUBORDINAÇÃO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PORTUGUÊS**

SECÇÃO I — O RECONHECIMENTO DA AUTONOMIA PÚBLICA CONTRATUAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS	297
1. A consagração amplíssima do princípio da autonomia pública contratual no CPA e no CCP	297
2. Da inexistência de um princípio de preferência pelos contratos de subordinação	301

	Págs.
SECÇÃO II — OS SUJEITOS	305
1. A situação típica	305
2. Contratos administrativos de subordinação entre particulares.....	306
3. Da possibilidade de particulares que não sejam “interessados principais” no procedimento assumirem a condição de “parte” em contratos administrativos de subordinação	308
SECÇÃO III — O OBJECTO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUBORDINAÇÃO: ÂMBITO SUBSTANTIVO E LIMITES.....	313
1. O objecto típico: o exercício da margem de livre decisão administrativa.....	313
2. Da possibilidade de o objecto contratual se referir ao exercício de poderes vinculados.....	315
SECÇÃO IV — CONDIÇÕES E LIMITES DE VALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUBORDINAÇÃO.....	334
1. Os contratos de subordinação e o princípio da legalidade na vertente positiva ou do princípio da precedência de lei habilitante	334
2. Vinculações relativas ao procedimento de formação dos contratos administrativos de subordinação: aspectos específicos.....	339
2.1. Da aplicabilidade das normas procedimentais relativas à produção de actos administrativos ou das normas procedimentais relativas à formação de contratos públicos	339
2.1.1. A abordagem no âmbito da vigência do capítulo III da Parte IV do CPA	339
2.1.2. A abordagem no âmbito da vigência do CCP.....	347
2.2. A tutela procedimental de terceiros nos contratos de subordinação.....	355
2.3. Os contratos de subordinação celebrados antes da tramitação do procedimento.....	360
3. Limites à autonomia pública contratual previstos no artigo 179.º do CPA e no artigo 278.º do CCP	366
3.1. A circunstância de a lei afastar a possibilidade de utilização do contrato.....	366
3.2. A incompatibilidade entre a utilização do contrato e a “ <i>natureza das relações a estabelecer</i> ”	369
3.3. Condições de validade das prestações impostas ao contraente particular nos contratos de troca ou com obrigações para as partes	372

	Págs.
SECÇÃO V — REGIME DE INVALIDADE DOS CONTRATOS DE SUBORDINAÇÃO	381
1. Enquadramento.....	381
1.1. Na vigência do CPA	381
1.2. Na vigência do CCP	384
2. O regime específico dos contratos com objecto passível de acto administrativo	389
2.1. Na vigência do CPA	389
2.2. Na vigência do CCP	394
3. Sobre a concretização normativa do princípio da conservação dos negócios jurídicos relativamente aos contratos administrativos de subordinação.....	396
3.1. Na vigência do CPA	396
3.2. Na vigência do CCP	402
SECÇÃO VI — DA APLICABILIDADE DAS PRERROGATIVAS DE AUTORIDADE PREVISTAS NO ARTIGO 180.º DO CPA À FASE DE EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUBORDINAÇÃO	403
1. Introdução.....	403
2. Da compatibilidade, em abstracto, das prerrogativas previstas no artigo 180.º do CPA e no artigo 302.º do CCP com os contratos administrativos de subordinação	406
3. O poder de rescisão unilateral nos contratos administrativos de subordinação.....	411
3.1. Enquadramento.....	411
3.2. Da admissibilidade de reservas de revogação ou da aposição de cláusulas acessórias resolutivas a actos constitutivos de direitos e interesses legalmente protegidos válidos	412
3.3. Da possibilidade de se revogarem actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos quando “...uma alteração da situação de facto (...) ou por mudança fundamentada das concepções da Administração, o interesse público torne conveniente, ou até imperiosa, a revogação de um acto favorável”.....	420
3.4. Da admissibilidade do poder de rescisão unilateral nos contratos administrativos de subordinação	424
4. Aplicabilidade, aos contratos administrativos de subordinação, dos institutos gerais que permitem introduzir alterações objectivas às relações jurídico-contratuais em vigor: o poder de modificação unilateral e figuras afins, <i>i.e.</i> , <i>fait du prince</i> , teoria da imprevisão e alteração das circunstâncias.....	431

	Págs.
4.1. O poder de modificação unilateral: conceito e distinção de figuras afins	431
4.1.1. O poder de modificação unilateral: conceito e fundamento	431
4.1.2. O poder de modificação unilateral vs. o <i>fait du prince</i>	434
4.1.3. O poder de modificação unilateral vs. a teoria da imprevisão. A teoria da imprevisão vs. o instituto da alteração das circunstâncias plasmado no artigo 437.º do CC e no CCP	440
4.2. Aplicabilidade dos institutos do poder de modificação, <i>fait du prince</i> , teoria da imprevisão e alteração das circunstâncias aos contratos administrativos de subordinação	445
4.2.1. A abordagem efectuada no âmbito de vigência do CPA	445
4.2.2. A abordagem efectuada no âmbito de vigência do CCP	448
SECÇÃO VII — A FECHAR	449
BIBLIOGRAFIA	453