



Jorge André de Carvalho Barreira Alves Correia

# CONTRATO E PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Volume I

Tese de Doutoramento em Direito - Direito Público, orientada pelo Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves,  
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Junho de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Jorge André de Carvalho Barreira Alves Correia

# **CONTRATO E PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO**

**SOBRE A COMPATIBILIDADE ENTRE CONTRATO E  
AUTORIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO – EM ESPECIAL,  
O PROBLEMA DO CONTRATO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES  
PÚBLICOS**

Volume I

Tese de Doutoramento em Direito, na área  
de especialização de Direito Público,  
elaborada sob a orientação do Professor  
Doutor Pedro Costa Gonçalves

**Faculdade de Direito  
Universidade de Coimbra  
2015**

## **ABREVIATURAS UTILIZADAS NA EXPOSIÇÃO**

- AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- AC – Autoridade da Concorrência
- AJDA – *L’Actualité Juridique, Droit Administratif*
- AöR – *Archiv des öffentlichen Rechts*
- APA – *Administrative Procedure Act* (Lei do Procedimento Administrativo Norte-Americana)
- ARN – Autoridades Reguladoras Nacionais
- BauGB – *Baugesetzbuch* (Código do Urbanismo da Alemanha)
- BCE – Banco Central Europeu
- BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*
- BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
- BNatSchG – *Bundesnaturschutzgesetz* (Lei Federal de Proteção da Natureza da Alemanha)
- BVerfG – *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão)
- BVerwG – *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Federal Alemão)
- CCDR – Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional
- CCP – Código dos Contratos Públicos
- CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
- CE – Código das Expropriações
- CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
- CEDOUA – Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente
- CEE – Comunidade Económica Europeia
- CGCL – *Code Général des Collectivités Locales*
- CGCT – *Code Général des Collectivités Territoriales*
- CJ – Cadernos de Justiça Administrativa
- CPA – Código do Procedimento Administrativo
- CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- DA – *Documentación Administrativa*
- DÖV – *Die Öffentliche Verwaltung*
- DRL – Direito Regional e Local
- DV – *Deutsches Verwaltung*

DVBl. – *Deutsche Verwaltungsblatt*  
EDA – Agência Europeia de Defesa  
EFSA – Autoridade (Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos)  
EMA – Agência Europeia de Medicamentos  
ENISA – Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação  
ERA – Agência Ferroviária Europeia  
ERS – Entidade Reguladora da Saúde  
ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos  
ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais  
GewO – *Gewerbeordnung* (Lei da Concorrência da Alemanha)  
GG – *Grundgesetz* (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)  
INA – Instituto Nacional de Administração  
JZ – *JuristenZeitung*  
LAV – Lei de Arbitragem Voluntária  
LBPSOTU – Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo  
LGT – Lei Geral Tributária  
LPA – *Legge sul Procedimento Amministrativo* (Lei italiana do Procedimento Administrativo)  
LRJPAC – Lei Geral do Procedimento Administrativo de Espanha (Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum)  
LTFP – Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas  
NVwZ – *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*  
PDM – Plano Diretor Municipal  
PE – Parlamento Europeu  
PEC – Pacto de Estabilidade e Crescimento  
PEOT – Plano Especial de Ordenamento do Território  
PFI – *Private Finance Initiative*  
PIMOT – Plano Intermunicipal de Ordenamento do Território  
PMOT – Plano Municipal de Ordenamento do Território  
PNPOT – Programa Nacional de Política de Ordenamento do Território  
PP – Plano de Pormenor  
PPP – Parcerias Público-Privadas  
PROT – Plano Regional de Ordenamento do Território  
PU – Plano de Urbanização

RAN – Reserva Agrícola Nacional  
RCP – Revista de Contratos Públicos (CEDIPRE)  
REN – Reserva Ecológica Nacional  
RJIES – Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior  
RJFD – Regime Jurídico das Federações Desportivas  
RJIGT – Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial  
RJRU – Regime Jurídico da Reabilitação Urbana  
RJUE – Regime jurídico da Urbanização e da Edificação  
SozialGB – *Sozialgesetzbuch* (Código Social da Alemanha)  
STA – Supremo Tribunal Administrativo  
TC – Tribunal Constitucional  
TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte  
TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul  
TCE – Tratado da Comunidade Europeia  
TCEE – Tratado da Comunidade Económica Europeia  
TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia  
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia  
TPI – Tribunal de Primeira Instância  
TUE – Tratado da União Europeia  
UE – União Europeia  
UGB – *Umweltgesetzbuch* (Código do Ambiente alemão)  
VerwArch. – *Verwaltungsarchiv*  
VVDS<sub>t</sub>RL – *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*  
VwGO – *Verwaltungsgerichtsordnung* (Lei do Processo Administrativo da Alemanha)  
VwVfG – *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Lei do Procedimento Administrativo da Alemanha)

## RESUMO<sup>1</sup>

Desenvolvendo a tese do *apriorismo da ideia de contrato social* no direito público, a Dissertação oferece uma sistematização das grandes correntes contratualistas como base fundacional e legitimadora do Estado Constitucional, confluindo as premissas apresentadas num modelo de Estado Administrativo Cooperativo. Mercê do caráter plurifuncional do contrato administrativo, o tópico da *governança pública por contrato* generalizou-se a vários domínios da ação administrativa, surgindo no contexto dos principais reptos à reforma do direito administrativo. Na presente investigação, interessa-nos destacar e enfatizar três momentos essenciais desse profundo processo de transformação:

i) O aumento da dimensão do Estado Contratante e a expansão de uma administração pública por contrato, que encontram repercussão em praticamente todas as esferas de intervenção administrativa, traduzem uma cooperação mais ou menos sistemática entre atores públicos e privados no desenvolvimento das finalidades de serviço público, fazendo do contrato um mecanismo primacial da ação administrativa (compreensão “pan-contratualista da ação pública”);

ii) A promoção de mecanismos de envolvimento e de participação de particulares interessados na formação de decisões administrativas, incluindo o reconhecimento, no procedimento administrativo, de faculdades de negociação e de conformação do conteúdo dessas decisões (*lato sensu*);

iii) Como resultado da admissibilidade de múltiplas formas de “contratualização do poder administrativo”, um complexo processo de autovinculação administrativa bilateral que, respeitando certos limites, se mostra passível de fazer da via contratual um processo de edificação de regras gerais e abstratas ou de construção da legalidade administrativa.

---

<sup>1</sup> O resumo que, neste momento, se apresenta corresponde ao cumprimento de uma formalidade exigida pelo artigo 38.º do Regulamento de Doutoramento em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Cumpre aqui notar que se trata apenas de uma pequena síntese, que, em caso algum, substitui a apresentação da temática e o plano de trabalhos propostos nos pontos 1., 2. e 29. da Dissertação.

O problema da (in)compatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo envolveu, historicamente, algumas das disputas mais emblemáticas e apaixonantes da ciência jurídica administrativa. A figura do *contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos* é fruto dessa longa discussão ou controvérsia, germinando, primeiro, na doutrina alemã e, mais tarde, acolhida nas leis do procedimento administrativo de alguns Estados europeus, apenas quando se deu por superado o *dogma da sacralidade do poder público*.

Por conseguinte, o *problema* do contrato sobre o exercício de poderes públicos para a doutrina tradicional residia na sua admissibilidade e utilidade como forma de ação administrativa. Atualmente, o *problema* do contrato sobre o exercício de poderes públicos é essencialmente um *problema de regulamentação* ou de *regime jurídico*, realidade especialmente visível no direito português. Na sequência da recente entrada em vigor do Código do Procedimento Administrativo, a Dissertação versa sobre uma problemática atual e da maior importância prática no direito administrativo contemporâneo, confrontando as implicações decorrentes da adoção de um contratualismo generalizado no procedimento administrativo com a necessidade de delimitação de um regime jurídico adequado para os contratos sobre o exercício de poderes públicos. Embora o tratamento do problema seja, sobretudo, focado na perspectiva do ato administrativo, é, igualmente, objeto de desenvolvimento a problemática dos *contratos relativos a normas jurídico-administrativas*<sup>2</sup>.

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

*Contrato Social e Constituição; contrato administrativo; Estado Contratante e renovação do direito administrativo; Estado Cooperativo e participação administrativa dos particulares; contrato e autoridade no direito administrativo; ato administrativo e contrato administrativo; regulamento administrativo e contrato administrativo; contrato sobre o exercício de poderes públicos e regime jurídico procedimental e substantivo.*

---

<sup>2</sup> Existem trabalhos da nossa autoria direta ou indiretamente ligados à temática objeto da presente investigação: *Contratos Urbanísticos – Concertação, Contratação e Neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Coimbra, 2009; “Contrato e Poder Público Administrativo. Em especial, os «Novos» Contratos com Objeto Passível de Regulamento Administrativo”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J. J. Gomes Canotilho*, IV, 2012, Coimbra, pp. 195-224; e “Contrato Administrativo e Soberania do Estado: referência ao problema do *outsourcing* de funções de soberania nos domínios da segurança pública, da defesa nacional e do sistema prisional”, *Revista de Contratos Públicos (CEDIPRE)*, n.º 10, 2015, Coimbra, pp. 101-130.

**ABSTRACT<sup>3</sup>**

Developing the *apriorism of the social contract thesis* in public law, the doctoral Dissertation offers a systematization of the main contractual currents as the foundational basis and legitimacy of the constitutional state, converging the assumptions presented into a model of Administrative Cooperative State. Owing to the multifunctional character of administrative contract, the topic of *government by contract* reaches the self-understanding of administrative law, appearing in the context of the major challenges to the reform of administrative law. In this study, we are interested in highlighting and emphasizing three essential moments of this profound transformation process:

*i)* The increase of the Contracting State and the expansion of government by contract, which is approved in virtually every sphere of administrative intervention, reflects a more or less systematic cooperation between public and private actors in the development of public service purposes, making contract a central or a crucial mechanism of public action ("pan-contractualist paradigm of public action");

*ii)* Promoting involvement mechanisms and the participation of interested private parties in the formation of administrative decisions, the recognition of shaping the content of those decisions (individual and general decisions);

*iii)* As a result of multiple forms of "contract in administrative power", in the specific areas concerning imperative rules, we observe a complex process of bilateral administrative bound, capable of making the administrative contract a procedure of general and abstract rules or a creative process of administrative legality.

The problem of the (in)compatibility between contract and authority on administrative law involved, historically, some of the most iconic and exciting disputes of administrative legal science. The figure of the *administrative contract on the exercise of public authority* is the result of this long discussion or controversy, germinating, first in the german doctrine, and later regulated in some european laws of the

---

<sup>3</sup> The summary that, at present, appears corresponds to the fulfillment of a formality required by Article 38 of Regulation PhD in Law, Faculty of Law, University of Coimbra. It shall be noted that this is only a small summary that, in any case, cannot replace the thematic presentation and the work plan in numbers 1., 2. and 29. of the Thesis.



administrative procedure, only when we surpassed the *dogma of the sacredness of the public power*.

Therefore, the "old" *problem* of the contract on the exercise of public authority lays in its admissibility as a form of administrative action. Currently, the *problem* of the contract on the exercise of public authority is essentially a *regulatory issue* or a *problem of legal regime*, reality which is especially visible in the portuguese law. Following the recent approve of the Administrative Procedure Code, the doctoral Dissertation studies a current and practical problem in the contemporary administrative law, confronting the implications of adopting a general contractualisation in the administrative procedure with the need of a framework suitable for the contracts on the exercise of public authority. Although the problem of treatment is mainly focused on the perspective of the administrative act, it is also developed the issue of contracts in *administrative rules or regulations*<sup>4</sup>.

#### KEYWORDS:

*Social Contract and Constitution; administrative contract; Contracting State and reform of administrative law; Cooperative State and administrative participation of private parties; contract and public authority; to fetter executive power by contract and the regulation issues.*

---

<sup>4</sup> There are works of our own direct written or indirectly related to the theme object of the present investigation: *Contratos Urbanísticos – Concertação, Contratação e Neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Coimbra, 2009; “Contrato e Poder Público Administrativo. Em especial, os «Novos» Contratos com Objeto Passível de Regulamento Administrativo”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J. J. Gomes Canotilho*, IV, 2012, Coimbra, pp. 195-224; e “Contrato Administrativo e Soberania do Estado: referência ao problema do *outsourcing* de funções de soberania nos domínios da segurança pública, da defesa nacional e do sistema prisional”, *Revista de Contratos Públicos (CEDIPRE)*, n.º 10, 2015, Coimbra, pp. 101-130.

“O contrato é particularmente adequado às exigências contemporâneas de exercício do poder: a autoridade não é mais aceite por si mesma, a obediência ao direito é uma escolha racional que se baseia na livre discussão, «a decisão transforma-se num vasto processo de negociação»” – LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, Paris, 2010, p. 49.

## § O PROBLEMA

### 1. Aproximação ao problema, atualidade e relevância do estudo

*Poder público e contrato* representam, na aparência, termos dificilmente conciliáveis (*ex natura*, incompatíveis segundo a ciência administrativa tradicional), porquanto a sua conjugação, gerando uma transmutação configurativa dos respetivos atributos e conteúdos, indicia algo de “contraditório” e até de “enigmático”. Permitindo a dilucidação de um *naïpe* de temáticas que tocam o cerne do direito público, a “eterna questão entre poder público e contrato” – assim lhe chamou ARIÑO ORTIZ<sup>5</sup> – toma em consideração valores antagónicos e elementos que, na prática, parecem excluir-se: autoridade e consenso, heteronomia e autonomia, liberdade individual e obediência (coação pública), consenso constitucional e pluralismo, interesse geral e interesses particulares, igualdade de tratamento e benefícios económicos, regulação pública unilateral e vertical e governação cooperativa e partilhada.

A tentativa de harmonização de dimensões contrapostas ou de sentido não convergente implica assumir intencionalmente uma perspetiva que não sobrevalorize nem radicalize nenhum dos termos da equação. Assim, quando um deles é levado ao extremo, observa-se, em consequência, o esvaziamento do outro (*antítese entre poder público e contrato* ou *incompatibilidade entre poder público e contrato*). A exacerbação dos referidos postulados conduziu, como é sabido, a equívocos histórico-dogmáticos e a sedimentação de um “novo equilíbrio” encontra-se, hoje, na ordem do dia para a mais autorizada doutrina. Neste ensejo, a compatibilidade entre autoridade e contrato no direito administrativo

---

<sup>5</sup> Cfr. GASPAR ARIÑO ORTIZ, “Estudio Introdutorio. La eterna cuestión de poder y contrato”, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Vol. I, El sistema contractual administrativo*, Ariño Ortíz y Asociados, Editorial Comares, 2002, pp. 1-3, mencionando que a *tensão entre contrato e poder público* é visível ao longo de diversos períodos históricos, tendo constituído fonte de acesas polémicas e de variadas explicações jurídico-dogmáticas sobre os lugares que a autoridade e o consenso ocupam no direito público.

denuncia uma tensão interna entre os seus elementos constitutivos, que estão na origem de um dilema permanente entre, por um lado, o interesse privado e, por outro, o poder público e o interesse geral<sup>6</sup>.

Esta “tensão dialética” é particularmente visível no direito administrativo, que nasceu como um *direito da autoridade*, regulador das “relações de poder”<sup>7</sup>. Presumia-se o antagonismo radical entre a liberdade contratual e a legalidade heterónoma, na medida em que, num sistema de administração executiva, a *sujeição* da administração à lei e a *vinculação* ao interesse público limitavam ou excluía a sua *autonomia* como parte contratual. Sabemos, hoje, que aquela contraposição, para além de não ser absoluta, está em grande medida ultrapassada pela realidade atual, quer esta seja analisada do lado da administração, quer seja avaliada do lado dos particulares<sup>8</sup>.

Por outro lado, o problema da compatibilidade entre poder público e contrato não se esgota apenas no direito administrativo, tendo sede própria, em primeira linha, no direito constitucional e na teoria da constituição (impossibilidade de *reductio ad unum* da *quaestio* entre poder público e contrato). E, também nesse âmbito, não se verifica uma contraposição ou antagonismo entre poder público e contrato, sendo oportuno lembrar o papel relevante do teorema do *consenso, pacto ou contrato* na compreensão do Estado Constitucional democrático e da ordem jurídica própria deste. Com efeito, somos de opinião que, num

---

<sup>6</sup> Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Il Pubblico Potere – Stati e Amministrazioni Pubbliche*, Bologna, 1987, pp. 125-126. Questão delicada é a de determinar o sentido e a amplitude de um princípio de compatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo. Acompanhando G. FALCON, *Le Convenzioni Pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, pp. 205-209, esta questão significa uma tentativa de articulação de “dois universos jurídicos contrapostos”. Tal como o ato administrativo, o contrato é expressão de um *poder jurídico*. Mas, enquanto o contrato deriva de um *poder negocial* (expressão da *autonomia*, da *paridade* e, por vezes, da *atipicidade*), o ato resulta do exercício de um *poder administrativo* (*imperatividade, unilateralidade e tipicidade*). Por essa razão, o problema da compatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo implica “transportar as categorias fundamentais da equação – contrato e ato administrativo – para fora do seu campo natural de atuação”.

Particularmente revelador da importância prática do problema da (in)compatibilidade entre contrato e autoridade/lei no direito administrativo é o facto de um número inteiro da Revista Francesa *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17, Dalloz, ter sido consagrado, no ano de 2004, *exclusivamente* àquele problema. A justificar tal atitude, escreve YVES GAUDEMET, no Editorial do referido número: “«lei e contrato», tal é o tema geral que os responsáveis dos Cadernos do Conselho Constitucional desejaram dar à parte doutrinal da presente publicação [...], reabrindo uma discussão daquele género de debates que nunca se encontram encerrados”. Assim, a “escolha deste tema obedece à necessidade mais imediata de provocar uma reflexão doutrinal sobre o atual entrelaçamento entre lei e contrato, sobre a predileção político-legislativa para formas jurídicas contratuais, como se o unilateral tivesse adquirido «má fama», sobre o «contratualismo» e o seu significado jurídico”.

<sup>7</sup> Cfr. ALDO SANDULLI, *L'Attività Normativa della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1970, pp. 29-30; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 60-61; e FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du Droit Administratif*, Paris, 1995, pp. 42-43.

<sup>8</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2004, pp. 62-63.

plano axiológico-material, poder público e contrato não são categorias antitéticas, antes pressupõem-se: ora o contrato é *gênese*, quer dizer, *princípio genético*, *informador* ou *constitutivo* do poder público; ora, é o poder público que *reconhece* e *determina* *juspositivamente* o contrato, sendo este *produto* ou *instituição* de uma ordem jurídica concreta.

Esta ideia de “fluxos recíprocos” entre contrato e poder público<sup>9</sup> representa, ao fim e ao cabo, a recusa de uma perspectiva que reduz o contrato a mero instrumento de ação constituído pelo ordenamento jurídico positivo. No fundo, metaforicamente falando, é como olhar para um oceano e saber que há muito mais além da linha do horizonte. Na verdade, o contrato está na base de um sistema de convivência social e pode ser encarado como modelo fundador do Estado Constitucional e da ordem jurídica pública (“contrato social”, “pacto da Nação”, “contrato constitucional”). O contrato surge neste cenário como um dado preexistente com substancialidade autónoma – trata-se de um “«contratualismo primário»”<sup>10</sup>, entendido no quadrante de uma doutrina jurídico-política. Por essa razão dizemos que o contrato é um conceito *apriorístico*, uma ideia preexistente ao poder público, que o visa legitimar e moldar substantivamente<sup>11</sup>.

Uma vez constituído o poder público e esgotado o efeito fundador do contrato social, será a lei, primacialmente, a instaurar as relações de subordinação dos particulares ao Estado<sup>12</sup>. Tradicionalmente, a consolidação do direito administrativo como disciplina jurídica autónoma e centrada no ato unilateral significava, para a ciência jurídica dos finais do século XIX e início do século XX, um antagonismo (insuperável) entre poder público e contrato na ação administrativa: o “poder público não é um bem suscetível de hipoteca”<sup>13</sup>;

---

<sup>9</sup> Numa formulação próxima, YVES GAUDEMET, “Loi et Contrat”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17, cit., p. 75, aprofunda tais fluxos recíprocos entre contrato e poder público: “se a lei, expressão da vontade geral, é, por vezes, compreendida como o produto de uma espécie de pacto social, por outro lado, também é verdade que, em direito positivo, a lei cria o contrato, atribuindo-lhe força jurídica obrigatória e vinculativa”. Para traduzir essa realidade, “o Código Civil emprega, sabemo-lo, uma fórmula esclarecedora: “a lei, isto é, o artigo 1134.º do Código Civil determina que «as convenções legalmente celebradas adquirem força de lei para aqueles que as celebram»”.

<sup>10</sup> A expressão é de FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, 2007, p. 87.

<sup>11</sup> Com uma gênese essencialmente teórica e doutrinária, *as figuras do consenso constitucional* e do *contrato constitucional* acabaram por se tornar elementos centrais da democracia constitucional: “se «o clausulado constitucional» se apresenta, muitas vezes, formalmente, como produto de um «consenso» (ou contrato) entre os *constituent groups*, sob o ponto de vista intrínseco é um verdadeiro «compromisso»” – cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra, 1982, p. 141.

<sup>12</sup> YVES GAUDEMET, “Loi et Contrat”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17, cit., p. 75,

<sup>13</sup> WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, München, 2000, p. 202, daí resultando que a administração não poderia incorrer numa “venda indevida [ou, à letra, numa «liquidação total»] de prerrogativas de soberania” (*Ausverkauf der Hoheitsrechte*).

“o contrato no direito público representa uma impossibilidade conceptual”<sup>14</sup>. A emancipação do direito administrativo postulava, assim, uma rotura clara com a lógica do contrato, a instituição por excelência do direito privado. Ademais, a vinculação da administração à legalidade substantiva prévia e à prossecução do interesse público limitavam a autonomia pública na celebração de contratos.

Por isso, no período liberal, a administração pública era entendida como mera execução da lei e, sendo esta produto da soberania nacional, aquela não poderia ser entravada por ação de interesses corporativos ou de grupo. Para preservar essa qualidade, era, assim, necessário que o poder administrativo se situasse à distância dos grupos e não fosse condicionado por interesses especiais e setoriais que pudessem interferir na prossecução do interesse geral. De resto, entendia-se que o princípio da legalidade administrativa não ofereceria qualquer espaço para a aplicação da *forma* contratual na conformação de relações jurídicas entre a administração e os particulares, pois tais relações teriam que ser disciplinadas por *normas gerais e impessoais*, aplicadas através de atos de autoridade, o que estaria em frontal oposição com a forma de ação contratual, que é, por definição, um modo de *regulamentação individual* e constitutivamente marcado pelo *consenso*.

Sem prejuízo de algumas exceções, partia-se do princípio da proibição da utilização do contrato no âmbito da atuação administrativa de direito público. Neste contexto, escreve NORBERTO BOBBIO que, no período liberal, a ideia de contrato (social) “nasce para morrer quase de imediato; a sua função é a de dar a vida a um filho destinado a destruir a sua própria essência”<sup>15</sup>. Até finais do século XIX, invocava-se um princípio, por longo tempo persistente na juspublicística europeia (os expoentes da tese que recusa o contrato de direito público são, na Alemanha, OTTO MAYER, e, na Itália, RANELLETTI e CAMMEO), que afirmava a *incompatibilidade entre contrato e ação administrativa*, mais especificamente, a incompatibilidade entre a liberdade negocial, a igualdade das partes e o consenso, de um lado, a vinculação à legalidade, a função administrativa e a sujeição ao interesse geral, de outro. Num sistema de administração executiva, a utilização do contrato revelava-se incompatível com as características próprias da atuação administrativa, concretamente, a “*desigualdade* (autoridade) entre a administração e os particulares, a *sujeição* da administração à lei, que pré-confecionava os termos de tal atuação, e ao

---

<sup>14</sup> Cfr. OTTO MAYER, “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, *AöR*, 3 (1888), p. 42.

<sup>15</sup> *Il Contratto Sociale, Oggi*, Napoli, 1980, pp. 18-19.

interesse público, que, pela sua imperatividade, tornava *indisponível* a respetiva realização”<sup>16</sup>.

Num contexto de separação entre uma *esfera pública*, a do Estado, e uma *esfera privada*, a da sociedade, essa lógica de oposição e de confrontação entre os dois polos (de um lado, o administração pública e a autoridade, do outro, o cidadão e as liberdades), típica da ordenação jurídica do Estado de direito liberal, para além de significar uma demarcação linear entre tarefas públicas e tarefas privadas, tinha como efeito a criação de uma lógica binária ao nível do *instrumentarium* jurídico utilizado. Assim, o instrumento de ação normal do poder administrativo seria o ato administrativo que executa a lei (sendo expressão do *imperium* do Estado), ao passo que o instrumento normal de expressão da autonomia do setor privado seria o contrato, através do qual os particulares autorregulamentavam os seus interesses e exerciam o poder sobre os bens (*dominium*). É justamente essa contradição entre poder público e contrato que explica, também, o facto de, durante muito tempo, a contratação administrativa continuar submetida a um regime substantivo de direito privado, afirmando a mais autorizada doutrina que a administração contratava *jure privato*.

E, mesmo quando se deu por superada a hostilidade inicial da doutrina quanto à aceitação do contrato como modo de ação administrativa em França, Espanha e Portugal, a admissibilidade do contrato na esfera das relações administrativas de *autoridade* continuou a ser considerada excluída, encerrando a equação “contrato e poder público de autoridade” uma contradição nos próprios termos (*contradictio in adjecto*)<sup>17</sup>. A ligação entre a atividade administrativa pública e a ideia de autoridade, compreensível numa época em que esta atividade tinha natureza essencialmente ablativa, levou a que se considerasse que a unilateralidade era característica daquela. A isto acresce a consideração de que se revelava um claro *non sense* aceitar que, na formação de um ato de império da administração, pudesse concorrer a vontade de um particular, o qual não agia na veste de autoridade. Para existir contrato, constituía requisito essencial a fusão de duas declarações de vontade com a *mesma natureza jurídica*. Ora, a natureza jurídico-privada da vontade do particular não permitia explicar o modo como estes se poderiam *elevantar* para entrarem em relações contratuais com as autoridades administrativas.

Naturalmente, a evolução que ocorreria ao longo do século XX iria alterar este ambiente adverso em redor do exercício contratual do poder administrativo de decisão unilateral. Na segunda metade do século passado, a doutrina acabou por demonstrar a

---

<sup>16</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, cit. p. 62.

<sup>17</sup> Cfr. ZACCARIA GIACOMETTI, *Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts*, Tübingen, 1924, p. 17.

possibilidade lógica de um negócio jurídico que versa sobre o exercício do poder administrativo (*objeto público*), em que se fundem dois poderes de diferente natureza, a saber, um *poder público*, da administração, e um *direito subjetivo*, do particular<sup>18</sup>. Curiosamente, o impulso decisivo para esta evolução – em rotura com a tradição do poder como objeto inegociável – veio do direito alemão. A questão essencial para a dogmática administrativa passou a consistir na tentativa de conciliar o agir imperativo e unilateral com outros modelos de interação consensual e contratual, que ora substituem a decisão unilateral no procedimento administrativo, ora se integram no próprio ciclo de formação da decisão. Por conseguinte, à medida que a ordenação político-social liberal foi sendo posta em causa pela reordenação do papel do Estado e das forças sociais (*maxime*, pela crescente *ligação Estado-sociedade* e pelas exigências de *democratização* e *participação* na atividade administrativa), é natural que o contrato se aventurasse na disciplina de relações jurídico-públicas de subordinação entre a administração e os particulares.

Neste sentido, os últimos anos do século XX denotam, de facto, uma tendência de evolução dos sistemas de administração executiva europeus para a introdução do consenso e da concertação nas áreas de atuação da *administração de autoridade* e da *decisão unilateral*. Efetivamente, o contrato expandiu-se por via da sua inserção nos domínios do direito administrativo considerados, por natureza, reservados à atuação unilateral das autoridades administrativas (“administração de autoridade, de ingerência, de comando e controlo”)<sup>19</sup>. Nesse âmbito, o espetro da consensualização da decisão administrativa aumentou consideravelmente e operou-se o “convívio” entre diferentes modalidades de ação: o contrato surge, agora, como uma forma de atuação alternativa ao *ato* e ao *regulamento administrativo* ou como um processo que se combina com tais figuras de ação pública unilateral na modelação de relações jurídicas administrativas (*contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos*).

Com efeito, hoje, a lei permite como *regra geral* a utilização do contrato no exercício da função administrativa (artigos 200.º, n.º 3, do CPA, e 278.º do CCP). Pode dizer-se que o regime se inverteu: deixou de valer o princípio liberal da proibição e não pode sequer afirmar-se, em geral, a existência de áreas proibidas. O princípio é o da

---

<sup>18</sup> Cfr. a síntese de PIER LUIGI PORTALURI, *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali: Studi sui Rapporti a Collaborazione Necessaria*, Milano, 1998, pp. 155-194; e de GUIDO GRECO, *Accordi Amministrativi: tra Provvedimento e Contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 17-46.

<sup>19</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, no prefácio à obra de HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Universidad de Oviedo, 1998, pp. 13-15, referindo-se ao fim do dogma da incompatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo, problematizava a inserção do contrato sobre atos e poderes administrativos no sistema jurídico espanhol.

*admissibilidade*, embora com *limites e compressões*<sup>20</sup>. Para além disso, com a afirmação de uma genérica alternatividade entre a utilização do ato administrativo e do contrato administrativo, o contrato está, hoje, colocado no mesmo plano jurídico-formal do ato administrativo, enquanto modos normais de prossecução das atribuições das entidades públicas. Contudo, a aceitação do consenso na área da tradicional administração de autoridade acentuou ainda mais a *crise do ato administrativo* que, depois de ter deixado de ser a figura central do direito administrativo, tem vindo a perder a exclusividade no seu território de origem<sup>21</sup>. Quer isto significar que o direito administrativo, nascido como um direito da autoridade, regulador das relações de poder, tem vindo a evoluir num sentido em que as notas do “poder” e da “autoridade” se apresentam mais esbatidas ou temperadas.

De uma forma ainda mais impressiva, o contrato penetrou, também, na *atividade regulamentar* da administração pública, observando-se que a normação autoritária, por vezes, dá lugar a uma *normação consentida, negociada ou cooperativa*, gerando um fenómeno de “bilateralidade constituinte do direito”, que transfigura procedimental e materialmente a normatividade. A proliferação de “pactos normativos”, “contratos regulamentares” ou “contratos sobre o exercício do poder regulamentar” (*Normsetzungsverträge, Normverträge, Normenverträge* ou *Normsetzende Vereinbarungen*)<sup>22</sup> – que traduzem vínculos contratuais dotados de uma evidente natureza normativa, nuns casos produzindo regras jurídicas para terceiros que não subscreveram o contrato, noutros gerando formas de predeterminação negocial da normatividade – introduz um modelo de *partilha do poder de administrar*, convocando uma plêiade de novos problemas relacionados com a vinculação do regulamento ao contrato administrativo e com a fungibilidade entre ambas as formas de atuação administrativa.

Atualmente, a afirmação da compatibilidade entre poder público e contrato, para além de significar uma inversão de sentido principiológico do direito administrativo clássico, expressa, em termos práticos, a aceitação de um conjunto de modalidades de ação e de figuras jurídicas que traduzem uma intersecção entre consenso e autoridade administrativa, mas precisamente entre *contrato e ato administrativo* e entre *contrato e norma jurídica regulamentar* (amplitude do contrato administrativo sobre o exercício de

---

<sup>20</sup> Assim, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, cit., p. 64.

<sup>21</sup> Cfr. L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Tesi di Dottorato, 2010-2011, Università degli Studi di Catania, p. 72; e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 2003, pp. 99-122, referindo-se à *crise do ato administrativo* e ao *enterro da perspectiva atocêntrica*.

<sup>22</sup> Cfr. JONATHAN FAHLBUSCH, *Das gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, Nomos, 2004, p. 177.



poderes públicos)<sup>23</sup>. Essa *duplicidade* ou *divergência* entre a natureza da instituição contratual e a natureza do poder público de autoridade explica que o *contrato administrativo celebrado no exercício de poderes públicos* seja abordado, desde o início, em termos problemáticos. Por essa razão, a questão da compatibilidade entre poder público e contrato constitui, desde logo, um *problema de regulamentação*<sup>24</sup>, na medida em que a sua afirmação (e aparente consolidação) atinge o núcleo essencial de princípios e regras do ordenamento jurídico-administrativo, alterando significativamente o quadro do regime jurídico aplicável às concretas relações administrativas.

Equivale isto a dizer que o problema da compatibilidade entre poder público e contrato revela-se fundamental para a compreensão do atual direito administrativo e dos seus institutos – tradicionalmente, ordenado para a decisão administrativa unilateral –, na medida em que abarca os termos em que se processa a aceitação de formas jurídicas bilaterais no campo da administração de autoridade, ao mesmo tempo que presta às inerentes questões de regulamentação ou de regime jurídico as *rationes valorandi* dos conflitos de interesse em presença. Não constitui qualquer surpresa o facto de o direito administrativo se encontrar, hoje, numa evolução de sentidos nem sempre convergente, assumindo-se como um direito pleno de ambiguidades. A tematização do direito administrativo como um *direito perturbado* no contexto atual, que se debate com uma *crise de identidade*<sup>25</sup>, por força de múltiplas inovações institucionais, procedimentais e substanciais que têm vindo a ser introduzidas desde os últimos anos do século XX, condensa um conjunto de problemas e de matérias que mergulham fundo na teoria do direito administrativo (*Verwaltungsrechtslehre*). Na presente investigação, interessa-nos destacar e enfatizar três momentos essenciais deste profundo processo de transformação:

i) O aumento da dimensão do Estado Contratante e a expansão de uma administração pública por contrato, que encontram repercussão em praticamente todas as esferas de intervenção administrativa, traduzem uma cooperação mais ou menos sistemática entre atores públicos e privados no desenvolvimento das finalidades de serviço público, fazendo do contrato um mecanismo primacial da ação administrativa (compreensão “pan-contratualista da ação pública”);

---

<sup>23</sup> Cfr. PIER LUIGI PORTALURI, *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali: Studi sui Rapporti a Collaborazione Necessaria*, cit., p. 60.

<sup>24</sup> Na aceção de PHILIPP HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, pp. 61-62.

<sup>25</sup> Cfr. E. DESDENTADO DA ROCA, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia, 1999.

ii) A promoção de mecanismos de envolvimento e de participação de particulares interessados na formação de decisões administrativas, incluindo o reconhecimento, no procedimento administrativo, de faculdades de negociação e de conformação do conteúdo dessas decisões (*lato sensu*);

iii) Como resultado da admissibilidade de múltiplas formas de “contratualização do poder administrativo”, um complexo processo de autovinculação administrativa bilateral que, respeitando certos limites, se mostra passível de fazer da via contratual um processo de edificação de regras gerais e abstratas ou de construção da legalidade administrativa;

Todas as coordenadas assinaladas projetam-se em sede de “autocompreensão” do direito administrativo. Conexo com a primeira coordenada assinalada, um dos sintomas de transformação aponta para o reforço da colaboração negocial entre atores públicos e privados e para a disseminação da cultura do contrato na atuação das entidades públicas. A tendência generalizada para o consensualismo na ação administrativa faz-se sentir mesmo em zonas de intervenção autoritária.

Por essa razão, o avanço do fenómeno do exercício contratualizado do poder administrativo constitui um reflexo da extraordinária projeção que a instituição contratual adquiriu no direito administrativo do nosso tempo. Vivemos num momento histórico em que se assiste à elaboração de novos esquemas ordenadores do direito administrativo e se multiplicam desafios e reptos à reforma do direito administrativo. O protagonismo conferido ao contrato como forma de exercício da atividade administrativa enquadra-se, desde logo, no âmbito das metamorfoses que o direito administrativo vem sofrendo<sup>26</sup>. Isto porque se torna particularmente visível, à luz das abordagens contemporâneas (v.g., da *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, do *New Public Contracting*), tanto o *caráter plurifuncional*, como o *caráter transversal* da utilização do contrato no contexto dos principais reptos à reforma do direito administrativo.

Efetivamente, nos últimos anos, assistiu-se ao crescimento e consolidação de uma “administração por contrato”, seja nas relações entre entidades públicas e particulares, seja nas relações entre as entidades públicas, seja ainda no interior da própria esfera administrativa<sup>27</sup>. A ideia generalizada de governação por contrato (*gouvernement par*

---

<sup>26</sup> Já o previa A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às Formas de Concertação Social”, *Separata do Vol. LIX (1983) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 31, quando, em 1983, afirmava que: “se [a *administração contratual*] se generalizar a largos domínios da ação administrativa, implicará a transformação do modelo clássico”.

<sup>27</sup> Cfr. R. DENOIX DE SAINT-MARC, “La question de l'administration contractuelle”, *AJDA*, n.º 19, 2003, p. 970; e L. RICHER, “La Contractualisation comme Technique de Gestion des Affaires Publiques”, *AJDA*, n.º 19, 2003, p. 973.

*contrat*) encontra uma repercussão em praticamente todas as áreas de atuação da administração pública, signo do reconhecimento de inovadoras formas de aplicação do contrato na ação pública<sup>28</sup>. Numa época em que se vive uma “euforia contratualizadora” no direito administrativo e uma profunda crença nos bons resultados da contribuição privada para a realização de fins públicos, a doutrina tem vindo a empregar diversos adjetivos e expressões metafóricas que permitem retratar e descrever o avanço do Estado Contratante: florescimento da “«paixão pelo contrato»”<sup>29</sup>; alargamento da “«onda contratual»”<sup>30</sup>; “universalidade dos contratos públicos”<sup>31</sup>; “preferência legal pela utilização do contrato administrativo”<sup>32</sup>; processo de “contratualização das políticas públicas”<sup>33</sup>; sistema interadministrativo de “contratos em cascata”<sup>34</sup>; modelo de “pilotagem através do contrato”<sup>35</sup>; e “*outsourcing* de funções de soberania”<sup>36</sup>. Afigura-se, todavia, forçoso reconhecer que a utilização do contrato, nas suas múltiplas formas, como instrumento de governação pública apresenta diversas especificidades e suscita problemas de equação muito diferenciada, sendo certo que alguns deles provocam perturbações no quadro geral de relacionamento entre o Estado e a sociedade.

Uma outra coordenada de carácter geral que também apresenta implicações na delimitação do âmbito da figura de que se vai tratar na Parte II diz respeito ao *princípio da participação* de particulares interessados na formação de decisões administrativas que se apresenta como fundamento material da celebração do contrato sobre o exercício de poderes

---

<sup>28</sup> A presente temática remete para tópicos clássicos e estruturantes do direito público administrativo (função administrativa, autoridade e poder público), encontrando-se, hoje mais do que nunca, na ordem do dia da dogmática administrativa. Em França, assinala-se a relevância jurídica dos estudos produzidos no Cólóquio *Vers une Administration Contractuelle?*, Colloque organisé par l’IFSA le 28 novembre 2002 (Institut français des sciences administratives), AJDA, 2003, publicados no n.º 19 da *L’actualité juridique, droit administratif* (AJDA), de 2003.

<sup>29</sup> Cfr. L. RICHER, “La Contractualisation comme Technique de Gestion des Affaires Publiques”, cit., p. 973.

<sup>30</sup> Cfr. MARC GJIDARA, “Les procédés contractuels entre partenaires publics: les contrats entre l’Etat et les collectivités territoriales”, *La procédure de consultation dans le partenariat public-privé entre les entités publiques*, *Actes de la Faculté de droit à Split*, 2/2011, p. 295.

<sup>31</sup> VIEIRA DE ANDRADE, “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, cit., p. 62.

<sup>32</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra, 2003, p. 838.

<sup>33</sup> Cfr. LUIGI BOBBIO, “Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana”, *Stato e Mercato*, n.º 58, aprile (2000), p. 111, e “La contractualisation des politiques publiques”, Pfister/Crivelli/ Rey (a cura di), *Finances et territoires. Leur place dans la prise de décision publique*, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, Lausanne, 1999, p. 75.

<sup>34</sup> Cfr. PETER VINCENT-JONES, *The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Relationality*, Oxford University Press, 2006, pp. 125-127.

<sup>35</sup> Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOBKUHLE, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, Hüthig Jehle Rehm, 2003, p. 133.

<sup>36</sup> Cfr. PAUL VERKUIL, *Outsourcing Sovereignty: Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy and What We Can Do about It*, Cambridge University Press, 2007, p. 9.

públicos. Dada a sua estreita relação com o procedimento administrativo<sup>37</sup>, o contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos, concluído num plano de participação procedimental – geralmente, na fase constitutiva ou decisória –, é expressão de um mecanismo de *participação qualificada* do interessado na formação da decisão administrativa, o qual intervém na constituição dos efeitos jurídico-administrativos de que é destinatário.

Não quer isso significar que, por força de uma *participação-concertação* ou de uma *participação coconstitutiva*, o particular cocontratante age no exercício de uma função pública ou para prosseguir interesses públicos. Na delimitação dos elementos constitutivos da figura de que nos ocupamos, veremos que a mesma não reflete a *integração* de particulares (das forças sociais) no seio da organização administrativa pública (do Estado), nem envolve qualquer *delegação de poderes públicos de autoridade* em entidades com personalidade de direito privado. Ao invés, pode dizer-se que, na outorga de um contrato sobre o exercício de poderes públicos, o particular não exerce, ele mesmo, o poder público, antes intervém para realizar os seus interesses, no âmbito da autonomia privada e no exercício de um direito subjetivo<sup>38</sup>.

A elevação do particular à categoria de parceiro da administração na celebração de um contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos corresponde a um processo paradigmático de participação dos interessados na formação das decisões e deliberações que lhes disserem respeito, preconizada nos artigos 267.º, n.º 4, da Constituição e 12.º do Código do Procedimento Administrativo<sup>39</sup>. A relevância constitucional e legal da participação dos interessados veio insuflar um novo relevo à contratualização entre atores públicos e privados no decurso do procedimento administrativo, constituindo, igualmente, na esteira de SÉRVULO CORREIA, um fator de “moderação” ou de “atenuação” do grau de densidade exigido pelo princípio da legalidade administrativa<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Assim, cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1995, p. 172.

<sup>38</sup> Acompanhamos, neste ponto, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, 2005, pp. 687-688, quando refere que uma das particularidades mais notáveis da categoria do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos reside no facto de, “tendo por objeto o poder público (que só a administração exerce) nele ser parte um particular que age no exercício dos seus direitos privados, para a prossecução dos seus interesses e não no exercício de uma função pública ou para prosseguir interesses públicos”.

<sup>39</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

<sup>40</sup> *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 612-614, referindo que uma das ilações a retirar da consagração do princípio da participação dos interessados na formação das decisões administrativas é a seguinte: “quando se não imponham, em sentido inverso razões advenientes da função de direção política e da função de racionalidade objetiva do princípio da legalidade,

Por fim, há uma terceira coordenada que concerne ao modo como o contrato administrativo, entendido como uma forma de disponibilidade do poder administrativo e de flexibilidade da legalidade<sup>41</sup>, pode constituir uma base jurídica para a emanação de regras gerais e abstratas aplicáveis a terceiros que não subscreveram o instrumento contratual. Tal coordenada, associada à amplitude dimensional da *autovinculação administrativa bilateral*, inflete princípios clássicos de direito administrativo (designadamente, o princípio da indisponibilidade do poder público regulamentar), observando-se que a normação autoritária, por vezes, dá lugar a uma normação negociada, cooperativa, pactícia ou consensual, o que – como veremos – leva alguma doutrina a equacionar um verdadeiro problema de “reinvenção” da governação pública.

Como é facilmente perceptível, o contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos apresenta-se como uma *figura problemática*, que abre novos horizontes reflexivos sobre o modo como se processa a vinculação do poder público ao contrato e quais os limites a que essa vinculação se encontra sujeita. Implicando a recompreensão das tradicionais “teoria das formas da ação administrativa” (*Handlungsformenlehre*) e da “teoria das fontes” e da decisão jurídica administrativa<sup>42</sup>, a delimitação de um novo quadro de estudo para a dogmática do nosso tempo pretende apenas anunciar a necessidade de abordar com rigor metodológico a complexidade do *problema*. Essa é, de resto, uma exigência logo sentida no primeiro contacto com os elementos constitutivos do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos, os quais imediatamente nos denunciam a “situação anómala” e até “paradoxal” (de um ponto de vista estritamente jurídico e formal) que a figura exprime<sup>43</sup>: referimo-nos, naturalmente, ao facto de nela se conjugarem, através do instrumento contratual, elementos que pertencem à esfera do poder público (“fins heterónomos”, “interesse geral”, “igualdade de tratamento e imparcialidade”) com outros que pertencem à esfera do setor privado (“autonomia da vontade”, “interesses particulares” e “benefícios económicos e contrapartidas”).

---

pode no contrato administrativo atenuar-se (embora não eliminar-se) o grau de densidade exigido da norma que estatui parcialmente os efeitos de direito em relação àquilo que, por preocupações de ordem garantística, seria de prescrever quanto ao enquadramento normativo de um ato administrativo destinado a reger situação concreta similar. Se o valor constitucionalmente reconhecido à participação dos interessados não preclui a exigência da legalidade, ainda mesmo quando nesta incidam predominantemente as preocupações de ordem garantística, deve, no entanto, servir como fator de ponderação favorável quanto ao nível de abertura permitido na previsão normativa que sirva de base à conformação contratual”.

<sup>41</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 839.

<sup>42</sup> Cfr. KATJA LEHR, *Staatliche Lenkung durch Handlungsformen*, Peter Lang, 2010, pp. 220-224.

<sup>43</sup> Cfr. PIER LUIGI PORTALURI, *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali*, cit., pp. 60 e 164-165.

Desse ponto de vista, a afirmação da compatibilidade entre *poder público* (ato administrativo/regulamento administrativo) e *contrato*, para além de fazer emergir um extenso leque de novas figuras jurídicas e formas jurídicas de ação cujo regime jurídico importa desenhar, suscita questões (substantivas, procedimentais e contenciosas) de resolução difícil, que contendem com o modo de articulação entre o contrato e o exercício do poder administrativo e com a necessidade de preservação de “valores” e “princípios” de direito público.

Esta última rúbrica, indelévelmente associada a uma teoria dos *limites* do contratualismo administrativo, exige que nos pronunciemos *ex post* sobre a compatibilidade do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos com alguns princípios jurídicos fundamentais. A este respeito, deve acrescentar-se que existem *riscos* associados ao exercício contratualizado do poder administrativo. O particularismo do objeto deste tipo de contratos administrativos projeta-os para a primeira linha das preocupações em torno das coordenadas dos *princípios da legalidade administrativa, da igualdade de tratamento e da imparcialidade, da igualdade de chances, da justiça, da proporcionalidade, do princípio da proteção da confiança e da tutela dos direitos subjetivos dos particulares*. Isso não significa lançar sobre este tipo de contrato administrativo o anátema da rotura com princípios fundamentais do ordenamento jurídico-administrativo ou considerar que o interesse público sai necessária e irremediavelmente comprometido com a celebração de contratos desta natureza. Pelo contrário, quando a administração goza de discricionariedade na aplicação da lei, a violação de princípios jurídicos fundamentais, também, se pode processar por via unilateral, através da prática de atos administrativos<sup>44</sup>.

Por conseguinte, quando celebra um contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos, caberá ao parceiro público fazer respeitar as normas e os princípios fundamentais de direito administrativo e – especialmente – cumprir, com diligência, o dever de acautelar a realização do interesse público e não se deixar capturar pelo parceiro privado, tanto nas negociações como na execução dos compromissos assumidos. Nesta matéria, o verdadeiro perigo consistiria não só em remeter o contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos para a terra ignota dos acordos informais, mas também em prever

---

<sup>44</sup> CASALTA NABAIS, em *Contratos Fiscais*, Coimbra, 1994, p. 43, sublinhou, com precisão, esta ideia, aplicando-a, também, ao contratualismo em matéria fiscal: “gozando a administração de certa liberdade, ou de uma certa margem de livre decisão na aplicação da lei, não está de todo afastado o perigo de essa aplicação pôr em causa a igualdade de tratamento, sendo totalmente irrelevante o facto de a mesma se processar por via unilateral (de atos administrativos) ou por via contratual. Não é, pois, necessariamente, o contrato que origina as (potenciais) desigualdades”.

expressamente tal figura sem regular especificamente qualquer regime jurídico substantivo<sup>45</sup>.

Sob ponto de vista da *relevância* e da *atualidade do estudo*, a elaboração de uma Dissertação sobre o contrato administrativo celebrado no exercício de poderes públicos administrativos afigura-se, em nosso entender, afeiçãoada aos ventos que vão soprando, favoráveis às especulações dogmáticas sobre os lugares que o “consenso”, a “negociação” e a “concertação” podem ocupar na administração de autoridade e da decisão unilateral. A adoção genérica de formas bilaterais de exercício da atividade administrativa oferece soluções inovatórias e flexíveis no procedimento administrativo, permitindo ao órgão competente abdicar da unilateralidade decisória – optando por um *contrato substitutivo* do procedimento unilateral – ou conferir uma base consensual – *contrato endoprocedimental ou obrigacional* – à decisão final formalmente unilateral.

Sintomático e consequência do relevo que o contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos vem assumindo nos tempos mais recentes, é, entre nós, o facto de o novo Código do Procedimento Administrativo promover, de forma empenhada, a *contratualização da atividade administrativa*, consagrando expressamente tanto os “acordos endoprocedimentais” (artigos 57.º e 98.º, n.º 2), como os “acordos substitutivos de atos administrativos” (artigos 77.º, n.º 4, e 127.º). O novo Código introduziu alterações muito significativas em matéria de procedimento administrativo propriamente dito, as quais visaram assegurar, por um lado, maior eficácia, eficiência e economicidade da atividade administrativa (naturalmente, orientada para a realização do interesse público) e, por outro lado, o reforço dos direitos dos particulares, (designadamente dos direitos de informação e de participação) e dos mecanismos de concertação entre estes e os órgãos administrativos competentes.

A isto acresce o facto de o fenómeno da contratualização do poder público se ter alargado a várias *áreas* ou *setores especiais* do direito administrativo, como o direito do urbanismo e do ordenamento do território, o direito do ambiente, o direito público da economia, fixando, igualmente, raízes em campos onde isso seria antes impensável, como o direito fiscal e o direito da regulação pública.

---

<sup>45</sup> Daí a necessidade de o contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos ser uma figura regulada nas leis de procedimento administrativo, aí devendo conter uma disciplina jurídica básica e essencial (tão completa quanto possível), por forma a oferecer às partes garantias de *estabilidade* dos vínculos contratuais e *segurança jurídica*. Para HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 28-30 e 55, a ausência de *formalização* e de *juridicização* e a consequente dissolução no campo das atuações informais de cooperação da administração pública representava o verdadeiro perigo associado ao exercício contratual de poderes administrativos.

Interessa também aqui destacar que este tipo de contratação administrativa constitui um dos últimos redutos que tem resistido a um processo que o direito da união europeia colocou em marcha de “desnacionalização da contratação pública” (visível, por exemplo, em matéria de princípios gerais que presidem à adjudicação de certos contratos públicos). O *problema do regime jurídico* do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos é um *problema de direito administrativo nacional* e os valores que informam este tipo de contratação são predominantemente *valores nacionais* (v.g., realização do interesse público nacional tal como definido pelo legislador democrático, participação dos interessados, eficiência, redução substancial da litigiosidade) e não tanto *valores europeus* (v.g., concorrência, proteção dos interesses do mercado, políticas horizontais da contratação pública, não discriminação)<sup>46</sup>. Também não se encontram ligados a este setor da contratação administrativa objetivos de economicidade e de eficiência económica da compra, ligados à proteção dos interesses públicos financeiros do Estado e à defesa do dinheiro dos contribuintes. A proteção e a promoção da concorrência constituem valores típicos dos *contratos de procura pública*, em que a administração se comporta como *cliente* ou *participante* no mercado. Nos contratos sobre o exercício de poderes públicos, em regra, são contratualizadas prestações infungíveis.

Pela nossa parte, o contributo que oferecemos passa fundamentalmente pela tentativa de compreender o sentido e o alcance da tendência dos tempos modernos para a *contratualização da decisão pública* que se verifica na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, procurando esclarecer o modo como se *legitima*, no direito português, a intervenção do contrato sobre o exercício de poderes públicos na regulação do procedimento administrativo e quais as *virtualidades* que o mesmo pode oferecer no direito administrativo do nosso tempo.

---

<sup>46</sup> Cfr. L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Tesi di Dottorato, 2010-2011, cit., p. 75. Isso não significa, como veremos, o afastamento da aplicação dos princípios da igualdade de tratamento e da igualdade de chances entre operadores económicos à contratação sobre o exercício de poderes públicos.



## 2. Razão de ordem

*Lato sensu*, o problema da compatibilidade entre poder público e contrato coloca um conjunto de questões com larga tradição no pensamento jurídico publicista, mergulhando as suas raízes, historicamente, em tempos bem recuados.

A presente Parte, que expõe uma *compreensão pan-contratualista da ação pública*, é composta por dois Títulos.

Procura-se, no primeiro Título, estudar as intersecções entre contrato e poder público no plano da Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*). Distingue-se o fenómeno da contratualização da atividade administrativa do fenómeno do contratualismo político na origem do Estado e da ordem jurídica pública. Estruturam-se os grandes paradigmas do contratualismo político ligados aos movimentos constitucionais inglês, norte-americano e francês e autonomizam-se os seus fundamentos dogmáticos. A *tese do apriorismo da ideia de contrato no direito público* é o resultado da nossa construção jurídica, no que tange à compatibilidade jurídico-constitucional entre contrato e poder público<sup>47</sup>.

No segundo Título, dedicado ao estudo das intersecções entre poder público e contrato no plano da Teoria do Direito Administrativo (*Verwaltungsrechtslehre*), começaremos por equacionar os problemas relacionados com a projeção que o contratualismo demo-liberal assumiu nas instituições administrativas post-revolucionárias do Estado Constitucional novecentista. Nestes termos, o teorema do contrato social assumiu uma fisionomia própria no espaço euro-continental, *maxime* através de um sistema de fazer parte o princípio da legalidade das decisões administrativas, o princípio da fiscalização parlamentar da atividade administrativa e a prestação de contas pelos responsáveis políticos da administração.

Observa-se, contudo, que quase todas as forças motrizes do modelo administrativo clássico ocidental e as concepções políticas subjacentes foram sendo objeto de um verdadeiro processo de degenerescência, encontrando-se, hoje, subvertidas. Assiste-se à elaboração de novos esquemas ordenadores do direito administrativo e multiplicam-se desafios e reptos à

---

<sup>47</sup> Indagar *o porquê* e *o para quê* desta “intersecção” na Teoria da Constituição permite introduzir notas e considerações que contribuem, pensamos, para tornar mais claro o objeto do estudo. Se não nos detivéssemos em toda esta problemática, aludindo à sua envolvente, ao contexto em que surgiu e às linhas de desenvolvimento do Estado e do próprio Direito, o retrato do nosso tema – a compatibilidade entre contrato e autoridade administrativa – ficaria incompleto. Verdadeiramente, faltaria a colocação da questão prévia que permite revelar a *existência* e o *sentido* do problema: no fundo, não apreenderíamos a “extensão” e a “infraestrutura” do problema.

reforma da ciência administrativa. As metamorfoses que, hodiernamente, o direito administrativo vem sofrendo refletem-se com nitidez na matéria atinente à *contratação pública*. A utilização do *contrato público*, enquanto modo de relacionamento e de atuação das administrações públicas, apresenta-se como um *elemento transversal* no contexto dos principais reptos à reforma do direito administrativo.

Segue-se uma análise da estrutura e das aplicações mais relevantes do *contratualismo na ação administrativa*. Serão especialmente tratadas aquelas aplicações contratuais que se situam no quadro mais genérico de reforma do direito administrativo. Colhem-se diversas experiências jus-comparísticas de aplicação do contrato na ação pública e problematiza-se a utilização da instituição contratual nas áreas da administração de autoridade e no domínio do exercício de funções de soberania. Alarga-se o âmbito de aplicação dos modelos contratuais e compromissórios ao exercício de outras funções públicas estaduais de autoridade (função política, função legislativa, função jurídico-internacional e função jurisdicional).

Estes últimos pontos permitem-nos expor, com rigor, a nossa construção jurídica sobre uma *compreensão pan-contratualista da ação pública* e indagar se a mesma se encontra associada à problemática da preferência (constitucional e legal) por formas jurídicas de ação administrativa bilaterais ou contratuais.

O plano de trabalhos da Parte II é desenvolvido *infra*, 29..

## PARTE I

### CONTRIBUTO PARA UMA COMPREENSÃO PAN-CONTRATUALISTA DA AÇÃO PÚBLICA

#### TÍTULO I

#### INTERSECÇÕES ENTRE CONTRATO E PODER PÚBLICO NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

#### TESE DO APRIORISMO DA IDEIA DE CONTRATO NO DIREITO PÚBLICO: ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO E METADISCURSO JURÍDICO

##### § PRELIMINAR

### 3. Tese do apriorismo da ideia de contrato no direito público

Quando HENRY S. MAINE, em *The Ancient Law*, definiu a passagem da “*sociedade de status*” para a “*sociedade de contrato*”<sup>48</sup>, como dissolução das relações familiares e patriarcais e conseqüente crescimento das relações sociais mercantis, referia-se essencialmente à esfera do direito privado e à valorização da autonomia, da propriedade e da liberdade de iniciativa económica, deixando entrever a expansão da sociedade civil em detrimento do Estado. Segundo MAINE, “existem poucas proposições gerais relativas à época em que vivemos, que à primeira vista possam colher tamanha concordância, como a afirmação do que o que distingue a sociedade dos nossos dias das precedentes é a amplitude de intervenção da esfera do Contrato”<sup>49</sup>.

A “lei de Maine” de transição de *status* para o *contrato* traduzia a ideia de que, enquanto nas sociedades antigas as relações sociais e económicas entre os homens eram determinadas, em grande medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade, ordem ou grupo e pela posição ocupada no respetivo seio – daí derivando, de modo mecânico e passivo, o seu *status* –, ao invés, na sociedade moderna e industrial, a fisionomia das relações económicas e sociais tendia a ser, cada vez mais, o fruto de uma

---

<sup>48</sup> Cfr. HENRY S. MAINE, *The Ancient Law*, ed. John Murray, 1870, p. 170.

<sup>49</sup> Ob. cit., p. 304.

escolha livre dos próprios interessados, da iniciativa individual e da sua vontade autónoma, encontrando no contrato o seu símbolo e principal instrumento de atuação. Na época em que *The Ancient Law* foi trazida ao conhecimento do público, viviam-se os anos de crescimento da sociedade mercantil e da sociedade industrial<sup>50</sup>, marcados pela generalização das relações de troca, com a participação de várias camadas sociais no sistema de mercado, e pela crescente *contratualização das relações sociais e das operações económicas*. Se a esfera privada se afirmava como o espaço de excelência de realização dos interesses da sociedade (“relações paritárias”), na qual o Estado não intervinha senão para criar as condições legais para o livre exercício dos direitos e liberdades dos cidadãos, por sua vez, o Estado era o espaço da *autoridade, da unidade e do império do interesse geral* (“relações de subordinação ou não paritárias”) <sup>51</sup>.

Por outro lado, a fórmula utilizada por HENRY S. MAINE permitiu discernir uma ambivalente função associada à conceptualização e ao papel desempenhado pela instituição contratual no direito público e no direito privado, que se cumpria em momentos logicamente diferenciados, um orientado para equacionar a natureza fundacional e/ou regulativa do designado “contrato originário ou pacto social no direito público” (*pars destruens*), o outro voltado para a definição dos princípios jurídicos e regras técnicas do “contrato de direito privado” (*pars construens*), tendo como suporte dogmático o direito romano e o direito comum inglês<sup>52</sup>.

Não obstante ser um crítico do *teorema do consenso, contrato ou pacto social* (sobretudo do conceito rousseauiano), MAINE reconhecia o papel relevante da ideia de contrato social na compreensão do Estado e da ordem jurídica<sup>53</sup>, emergente do movimento constitucional ligado às revoluções americana e francesa do século XVIII, *separando-a*, clara e inequivocamente, do fenómeno “epocal” da crescente contratualização das relações sociais do período individualista liberal, resultante do *poder* ou *faculdade* reconhecida a cada indivíduo pela ordem jurídica de determinar, por si, com atos voluntários, a esfera jurídico privada dos seus direitos e deveres. A instituição contratual está, por conseguinte,

---

<sup>50</sup> Cfr. HERBERT SPENCER, *Political Writings*, ed. John Offer, Cambridge University Press, 1994, xx.

<sup>51</sup> Alude-se, neste contexto, a um *critério de repartição das tarefas socialmente relevantes* e da sua distribuição pelo Estado e pela Sociedade Civil (pelo público e pelo privado). Na representação individualista liberal, a separação entre a esfera pública e a esfera privada possuía fronteiras precisas e rigorosamente demarcadas: entre Sociedade e Estado não poderia haver mistura ou confusão, sendo essa *oposição* expressa, de forma impressiva, na obra de HERBERT SPENCER, *The Man versus the State*, ed. Truxton Beale, M. Kennerley Publisher, 1916, símbolo do *laissez-faire* nas relações económicas e na vida social. Nas sociedades industriais avançadas, a “mercadorização” das esferas da vida social e a crescente expansão e multiplicação das atividades de produção, de troca e de distribuição de bens e serviços faziam crer que o processo de contratualização das operações económicas correspondia a uma *linha de tendência historicamente irreversível*.

<sup>52</sup> Cfr. HENRY S. MAINE, *The Ancient Law*, cit., pp. 304-366.

<sup>53</sup> Ob. cit., pp. 308-310.

presente no direito público e no direito privado como base de um sistema de convivência e de regulamentação das relações sociais. O *modelo do contrato social ou originário* desenvolveu-se, autonomamente em tempos bem recuados, a partir de quadrantes dogmático-jurídicos que lhe são próprios, constituindo a *primeira ideia de contrato na teoria geral do direito público*.

É esta tese do “*apriorismo da ideia de contrato*”<sup>54</sup>, radicada na tradição e na cultura jurídico-política ocidental, que será desenvolvida pelas ciências jurídicas alemã e italiana do século XX e que acabou por se tornar um elemento central na determinação da preeminência que o conceito de contrato assume na província do direito público – uma tese por longo período descurada na juspublicística europeia, que suscitou, inclusive, equívocos e confusões doutrinárias<sup>55</sup>, e imprescindível para o recentramento do problema da

---

<sup>54</sup> A tese do *apriorismo da ideia de contrato* apresenta raiz germânica – cfr. KLAUS STERN, “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, *VerwArch. Bd. 49* (1958), pp. 122 e 127-130, e HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*, Springer, 2005, pp. 115-116 e 120-123. Cfr., também, VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, Mohr Siebeck, 2000, pp. 12-13; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 67-69, e “Grundlagen des Verwaltungsvertrages”, Teil I, *Juristische Ausbildung* (JURA), 2001, p. 663; e TINA EHRKE, *Konsensstechniken im Abgabenrecht*, Neuer Wiss Verlag, 2002, p. 99. Não obstante possuir raiz germânica, a tese do apriorismo da ideia de contrato, ainda que *sob outras designações*, surge também nas doutrinas italiana, espanhola e portuguesa.

<sup>55</sup> Nem sempre os vocábulos “*Homologia*”, “*Homologeîn* (ομολογῆναι)”, “*Lex Regia*”, “*Pactum Societatis*”, “*Pactum Subjectionis*”, “*Decretum*”, “*Pacte de Gouvernement*”, “*Gesellschaftsvertrag*”, “*Herrschaftsvertrag*”, “*Unterwerfungsvertrag*”, “*Ursprünglicher Vertrag*” encontram plena correspondência de tradução linguística, já que alguns autores avançam com lexemas insuscetíveis de designar ou exprimir com a exatidão do seu tempo aqueles conceitos, razão pela qual, na tarefa de procura do sentido interpretativo, deve o aplicador proceder a um *contrastive meaning*, que permite relacionar diversos conceitos por forma a demarcar o significado específico daquele que é objeto de interpretação – por essa razão, na tarefa interpretativa, o seu sentido não se encontrará imediatamente “*no termo*”, “*mas entre termos*” [CHARLES W. COLLIER, *Meaning in Law, a Theory of Speech*, Oxford University Press, 2009, pp. 9-36 e 61-62]. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, pp. 80-92, é especialmente crítico da confusão instalada na dogmática do seu tempo entre *contrato social*, *pacto constitucional* e *pacto federal*, citando a obra de FRITZ FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, J. C. B. Mohr, 1923, p. 392, como exemplo de uma certa confusão terminológica a este respeito. CARL SCHMITT adverte para a necessidade de se distinguir “*pacto social como explicação jurídica da emergência do Estado*” de “*pactos ou convênios que dão origem ao nascimento de uma Constituição*” (*Verfassungvertrag*). Neste último caso, o pacto constitucional “*não funda a unidade política, mas pressupõe-na*”: historicamente, o dualismo das monarquias constitucionais exigia uma *solução de compromisso* entre o poder monárquico e a representação popular no plano constitucional. Ao longo do século XIX, surgiram exemplos de convênios constitucionais (não autênticos), que diziam diretamente respeito “*a constituições pactuadas entre o monarca e a representação nacional*”, onde se torna claro que a constituição se limita a organizar poderes que lhe são anteriores, segundo as vestes de um compromisso político que expressa o acordo entre os poderes constituintes no Estado (Constituição de Württemberg de 1819, Constituição de Sachsen de 1830 e a da União do Norte da Alemanha de 1867 [*Norddeutscher Bund*], a Carta Constitucional francesa de 1830 ou a Constituição portuguesa de 1838). Na teoria schmittiana, *pacto constitucional autêntico* “*pressupõe, pelo menos, duas partes existentes e subsistentes, cada uma das quais contém em si um sujeito de poder constituinte, sendo, portanto, uma unidade política – um pacto constitucional autêntico é, normalmente, um pacto federal*”. Trata-se, portanto, de um “*pacto de «status»*”, na medida em que, englobando várias

compatibilidade entre contrato e poder público. Neste ensejo, SALVATORE FRAGAPANE em *Contrattualismo e Sociologia Contemporanea*<sup>56</sup>, reafirmando a crescente contratualização das relações sociais e das operações económicas, já destacada por MAINE, observou que aquele fenómeno exprimia uma tendência historicamente verificada, mas não se confundia com a matriz publicista do contrato social, que conheceu tradução jurídica e assumiu uma fisionomia própria nas instituições administrativas do Estado Constitucional novecentista. Com base nesta *argumentatio*, vinca-se a diferença entre o fenómeno da contratação privada e a ideia de contrato originário no direito público, daqui resultando construções dogmáticas autónomas no direito privado e no direito público.

Mais tarde, sob o mote das transformações do direito público operadas pela socialização, NORBERTO BOBBIO advoga, com uma atualíssima observação, a diferença entre o “fenómeno da contratualização” das relações sociais, políticas e administrativas, que não pode deixar de ser considerado pela ciência jurídica a partir do direito positivo, e “a tradicional teoria do contrato originário”, porque esta não é “a expressão de um livre arbítrio colocado no vazio nas origens do fenómeno social [...], é, pelo contrário, uma fase superior necessária do devir social [...], é a vontade que se afirma como lei própria de um estado evolutivo da sociedade”<sup>57</sup>. O que deriva desta distinção entre o *contrattualismo político-constitucional* (*contrato social* ou *contrato originário* – “*Blosse Idee der Vernunft*”, lhe chamou KANT) e o fenómeno de *contratualização da atividade administrativa* (do *contrato administrativo*) é que aqui o contrato é “forma” da ação administrativa, “instrumento” de produção de efeitos jurídicos *criado, configurado e tutelado* pelo direito do Estado, e ali o contrato é um *modelo histórico regulador* do poder público, que não é nem confirmado nem refutado pelo segundo, pois coloca-se num plano axiológico-material completamente distinto.

Dito de outra forma, não obstante genericamente o contrato surgir, em ambos os cenários considerados, como uma *fonte* ou *mecanismo de regulação jurídica* de condutas de pessoas e instituições, o recorte fisionómico (v.g., seja pelo sentido, causa-função, objeto ou fim) e o nível de regulação jurídica em que operam justificam uma demarcação rigorosa e conceptual entre o *contrato social* ou *originário* e o *contrato* enquanto *forma* ou

---

unidades políticas, tem como efeito a criação de um novo *status* para os participantes no acordo”, surgindo, “por efeito do pacto, uma constituição federal” – cfr. CARL SCHMITT, ob. cit., pp. 82-85.

<sup>56</sup> SALVATORE FRAGAPANE, *Contrattualismo e Sociologia Contemporanea*, Zanichelli, Bologna, 1892, p. 101: “o industrialismo, com a necessidade das grandes forças capitalistas, que apenas podem resultar de poderosas associações, e a divisão do trabalho, com o seu contínuo fracionamento e com a conseqüente especificação das trocas, determinam o uso das formas contratuais não só nas relações comerciais e civis, mas também nas funções políticas”.

<sup>57</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, Lisboa, 1988, p. 195.

*instrumento de produção de efeitos jurídicos criado, configurado e tutelado pelo direito (público ou privado) do Estado.*

Estas conclusões são, também, aventadas pela doutrina germânica que, mais recentemente, se tem debruçado sobre o estudo das intersecções entre contrato e poder público. Neste sentido, terá sido KLAUS STERN, curiosamente num estudo sobre o contrato de direito público (*öffentlichrechtlichen Vertrag*) quem primeiro identificou, já no final dos anos cinquenta do século passado, o “apriorismo do conceito de contrato como axioma” no direito público (*die Apriorität des Vertragsbegriffs als Axiom*)<sup>58</sup>, tomado não como *forma* jurídico-positiva consagrada na lei, mas como “ideia preexistente ao direito” e que o visa moldar substantivamente<sup>59</sup>. Mais tarde, HARALD EBERHARD veio sustentar e densificar “a

---

<sup>58</sup> “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, cit., p. 127. Este estudo deverá ser complementado com um outro, “The genesis and evolution of European-American constitutionalism: some comments on the fundamental aspects”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 18, n.º 2 (July, 1985), pp. 187-200, onde KLAUS STERN analisa, em detalhe, a génese e a evolução do constitucionalismo europeu e norte-americano e a sua ligação mais estreita às doutrinas do contrato social.

<sup>59</sup> “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, cit., pp. 122-124. O que significa isto de “apriorismo do conceito de contrato”? Representando uma das teses mais notáveis, inovatórias e marcantes da “teoria geral do contrato administrativo”, ela sugere que a força vinculativa do contrato não carece de se fundar numa norma jurídica, na medida em que essa obrigatoriedade está compreendida na própria *natureza* do conceito de contrato, que é instrumento vinculativo para as partes. Afirma STERN, “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, p. 122, que “o contrato não é só uma forma de regulação das relações humanas criada pelo direito positivo. Ele é, antes de mais, uma forma primitiva (primeira forma) de vida em comum de homens pacíficos, um princípio de vida, que ostenta sempre os seus efeitos quando os homens querem ordenar as suas relações recíprocas e regulá-las com respeito mútuo [...]. O contrato é por isso [...] uma categoria que precede (que está antes) da experiência jurídica, um conceito apriorístico” (*eine der Rechtserfahrung vorausgehende Kategorie, ein apriorischer Begriff*). Da “aprioridade do conceito de contrato” (*Apriorität des Vertragsbegriffs*) deduz KLAUS STERN a tese da aprioridade da força vinculativa e obrigatória do contrato e, portanto, a apriorística validade da confiança do contrato (*apriorische Geltung der Vertragstreue*).

A tese do apriorismo do conceito de contrato é aquela que permite uma compreensão cabal da “*intensio*” e da “*substância*” da instituição contratual no direito público, revelando todo o seu potencial aplicativo, desde logo, na defesa de que a *ideia de contrato* não possui um mero sentido metafórico, que se caracteriza pela ausência de vinculatividade. É que, para além de significar a primeira ideia de contrato na ciência jurídica (HARALD EBERHARD), o termo *a priori* toma um outro sentido, apresentando-se como um conceito fundamental da teoria do conhecimento que deriva da razão prática, cuja finalidade consiste em acentuar a *força vinculativa e obrigatória* desse contrato como realidade pré-jurídica, umbilicalmente ligada à essência do contrato e *independentemente da sua consagração na lei*. Sustenta-se que essa função primacial – a de vincar a “validade apriorística da confiança no contrato” (*apriorische Geltung der Vertragstreue*) – é que permite fundamentar e estruturar a construção dogmática da ideia de contrato. Como observa STERN, *idem*, pp. 129-130, “a questão do fundamento da validade da força obrigatória do contrato deve, em último termo, encontrar-se naquela natureza apriorística. Essa vinculatividade realiza-se na substância do contrato, como um elemento inerente ao mesmo [...]. Ela deriva [...] da qualificação de um acordo (*Abmachung*) como contrato e a força obrigatória para as partes advém constitutivamente do contrato. A *força vinculativa de um contrato não resulta, por isso, derivadamente de uma norma jurídica positiva, mas originariamente do próprio contrato, em último termo, da sua natureza pré-jurídica (ou) apriorística (Die bindende Kraft eines Vertrages ist mithin nicht derivativ aus einer Rechtsnorm abgeleitet, sondern originär aus dem Vertrag selbst, letztlich aus seiner vorrechtlichen, apriorischen Natur)*”.

tese do *apriorismo da ideia de contrato no direito público*” (*genuine Aprioritätstheorie der Vertragsidee*), apontando-lhe um sentido propositivo (*Präpositivität*), dotado de fontes históricas próprias – momento construtivista-racionalista –, e refutando que o contrato seja, na sua génese, apenas um instituto de direito civil”, sendo uma “categoria geral do direito”, historicamente património comum do “direito público e do direito privado”<sup>60</sup>. Do mesmo modo, também VOLKER SCHLETTE<sup>61</sup>, sufragando a tese apriorística, reconhece na ideia de contrato um “modelo *a priori* de direito público”, sob a égide de um “princípio genético, informador e conformador da ordem jurídica”<sup>62</sup>.

---

HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*, cit., pp. 115-117 e 121, vai ainda mais longe, defendendo um *conceito genuíno de contrato de direito público*, independente de elementos e características típicas da noção privatística de contrato. Neste sentido, a tese do *apriorismo do conceito de contrato* não recorre aos esquemas de direito contratual privado, senão lateral e subsidiariamente. De resto, considerando o Autor que o contrato é uma categoria que *também pertence* ao direito público e, em particular, ao direito administrativo, aquela tese permite distinguir, na sua pureza, o contrato administrativo de modelo alemão (*öffentlichrechtlichen Vertrag*) do contrato administrativo de tipo francês (*contrat administratif*), em função da maior ou menor exposição à influência do direito privado. Enquanto o primeiro é um contrato com *objeto público* (um contrato administrativo por natureza), intrinsecamente ligado ao exercício do poder administrativo, o segundo é na sua essência um contrato com objeto passível de contrato de direito privado, um contrato cujo regime foi “administrativizado”. Consequentemente, o contrato sobre o exercício de poderes públicos, enquanto *contrato administrativo por natureza*, é objeto de um processo de “desromanização”, não devendo o direito privado desempenhar uma função primordial na estruturação de elementos essenciais ou de regime do mesmo. A título de exemplo, o conceito de *autonomia da vontade*, associado à outorga do contrato no direito privado, não figura como pressuposto, do lado do ente público, para a celebração de um contrato sobre o exercício do poder administrativo. Em resultado da prevalência do princípio da legalidade, que dirige especialmente este tipo contratual, veremos que se fala em *discricionariedade administrativa* (e não em liberdade contratual) e que o regime do contrato sobre o exercício de poderes públicos se apresenta fundamentalmente como um *regime de natureza administrativa*, não por opção legal, e menos ainda por desejo doutrinal.

<sup>60</sup> *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*, cit., pp. 115-116 (vide, também, as pp. 115-123, onde o Autor analisa, autonomamente, os problemas do apriorismo da ideia de contrato *na origem do Estado e da ordem jurídica pública, no princípio da legitimação democrática das leis e do modelo administrativo ocidental e no postulado antropológico e mundanal que se lhe encontra subjacente*). Hodiernamente, HARALD EBERHARD é mesmo o paladino da *tese do apriorismo da ideia de contrato*. Um dos objetivos centrais desta doutrina é, portanto, o de refutar a tese segundo a qual o contrato seria apenas um instituto de direito privado (ob. cit., p. 115), como se a ideia de contrato no direito público se encontrasse numa espécie de “sombra ou de existência ofuscada” pelo contrato jurídico-privado (ob. cit., pp. 122-123).

<sup>61</sup> *Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, cit., pp. 12-15. Cfr., também, as posições de ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 67-69; PETER MÜLLER, *Der Staatsgedanke Cassirers*, Königshausen & Neumann, 2003, pp. 66-69; MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue: Vertragsbindung - Naturerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Mohr Siebeck, 2009, pp. 160-161; MATTHIAS NIEDOBITEK, *Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge: Bund, Länder und Gemeinden als Träger grenzüberschreitender Zusammenarbeit*, Mohr Siebeck, 2001, pp. 118-119; THORSTEN KOCH, *Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen: zur Rekonstruktion der Grundrechte als Abwehrrechte*, Mohr Siebeck, 2000, pp. 465-466; e ANTON LEIST, “Ethik zwischen Hobbes und Kant”, *Moral als Vertrag? Beiträge zum moralischen Kontraktualismus*, Walter de Gruyter, 2003, pp. 12-14.

<sup>62</sup> Entre nós, é, sobretudo nos escritos de A. BARBOSA DE MELO [“Introdução às Formas de Concertação Social”, cit., pp. 3-43, e *Democracia e Utopia*, Porto, 1980, pp. 17-31] e de J. BAPTISTA MACHADO (“A hipótese neocorporativa”, *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Vol. II, Braga, 1993, pp. 449-465, e *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1999, pp. 339-341) que se traça, com rigor e



Por conseguinte, quando a partir do último quartel do século XX se começou a falar com expressividade, na ciência constitucional, em “*necontratualismo democrático e social*”, por referência à renovação das teorias do contrato social empreendidas por RAWLS, NOSICK, BUCHANAN ou SCANLON, deve ficar bem claro que uma coisa é o problema da refundação da sociedade política e do Estado na base do *contrato social*, outra é o problema das raízes da atividade contratual administrativa e do recurso ao *contrato administrativo* como forma de ação pública<sup>63</sup>.

O *contrato fundacional ou originário* representa, inequivocamente, a *primeira ideia de contrato no direito público* – com um vasto tratamento na literatura jurídico-política – cuja assunção histórica nos permite dilucidar uma *matriz de origem publicista* na formação do contrato como *categoria geral de direito*, distinta da matriz de origem privada. Neste campo, é possível afirmar que o direito público não se aproveitou das principais categorias do direito privado: basta pensar na construção *contratual* do Estado e da ordem jurídica pública e no problema da *obrigação política* fundada no *consensus populi*. Aqui o contrato não reflete, pela sua natureza, operações económicas, pelo que não é encarado na aceção estrita de instrumento técnico-jurídico de circulação de bens e de realização de operações económicas, mas como “símbolo de uma determinada ordem social, como modelo de uma certa orgânica da sociedade na sua complexidade”<sup>64</sup>.

Sob ponto de vista histórico-dogmático, o contrato não é uma ideia incompatível com a essência do direito público, constituindo uma realidade jurídica substancialmente

---

autonomia dogmática, o fenómeno da contratualização da atividade administrativa e o fenómeno do contrato social ou fundacional na origem do Estado e da ordem política. Do mesmo modo, também ORLANDO DE CARVALHO sublinha que o direito público é sede da instituição contratual, apontando à ideia de contrato um sentido “heurístico-racional” e diferenciando as suas raízes históricas da categoria do contrato administrativo e do contrato de direito privado – *Contrato Administrativo e Ato Jurídico Público* (contributo para uma teoria do contrato administrativo), Coimbra, 1953, p. 5, em nota. Por sua vez, MARCELLO CAETANO fazia intervir na teoria geral do direito público uma ideia de “pacto tácito entre os cidadãos e o Poder” no domínio da obediência à lei (“O respeito da legalidade e a justiça das leis”, *O Direito – Marcello Caetano, Artigos Doutrinários n’O Direito, A Construção de uma Teoria Portuguesa de Direito Público*, Lisboa, 2012, p. 83).

<sup>63</sup> Cfr. ANTON LEIST, “Ethik zwischen Hobbes und Kant”, *Moral als Vertrag? Beiträge zum moralischen Kontraktualismus*, cit., pp. 14-18; VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, cit., pp. 12-20; e NORBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, cit., pp. 194-196, e *Il Contratto Sociale, Oggi*, Napoli, 1992, pp. 31 e 40-41.

<sup>64</sup> Expressões do civilista italiano ENZO ROPPO, *O Contrato*, Coimbra, 2009, pp. 28 e 29, sublinhado que, aqui, “a categoria do contrato exprime, portanto, uma forma de organização da sociedade, ou melhor, a forma de organização da sociedade *tout court*, relevando claramente a sua função política e ideológica”. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, cit., pp. 85-87, designa este contratualismo como “«contratualismo primário»”, que, “ainda hoje, predomina como fundamento último da maior parte das Constituições democráticas”. Esse contratualismo primário não se confunde com o contrato jurídico-privado enquanto “sistema de ação interindividual” – J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, p. 21.

distinta da figura clássica do contrato em direito privado<sup>65</sup>. A historicidade e o papel desempenhado pelo contrato na origem e na organização da sociedade e do Estado emergem, com clareza ainda maior, à luz de uma análise diacrónica, numa perspetiva que atenta na evolução histórica das doutrinas do contrato social. Na realidade, como procuraremos dar nota ao longo da Parte I deste trabalho, nas matérias relativas aos direitos originários e à constituição do poder e da autoridade pública, os conceitos, figuras e princípios jurídicos em numerosos tratados jurídico-políticos objeto do engenho e da *ars inveniendi* das escolas contratualistas (jusracionalistas e neocontratualistas) são de *ius publicum* e, utilizando uma expressão germânica, pertencem ao *Archiv des öffentlichen Rechts*<sup>66</sup>.

Por conseguinte, o contrato possui uma construção dogmática autónoma no direito público e uma estrutura dorsal claramente distinta do contrato jurídico-privado. Assenta sobre bases jurídico-públicas próprias, à margem da teoria do negócio jurídico. Claro está que a *ideia de contrato* [contrato implícito, tácito ou não escrito] assume no direito público um significado *heurístico-racional*, que se materializa num modelo regulativo da ação dos poderes do Estado e se congrega no *imaginário social*, não sendo tomada enquanto *forma de atuação* das entidades públicas e *categoria jurídico-positiva*, criada e tutelada pelo direito do Estado. Por essa razão, a *tese do apriorismo da ideia de contrato* é aquela que oferece resposta a uma das questões mais herméticas da história do pensamento jurídico, *scilicet*, a questão de saber se a instituição contratual se terá revelado alguma vez uma figura apta a sobreviver à margem do ordenamento jurídico estabelecido, ou, dizendo de outra forma, à margem do reconhecimento juspositivo<sup>67</sup>. *Summa quaestio, magna diligentia!*

---

<sup>65</sup> Esta posição é enfatizada por PASQUALE BENEDEUCE, “Metafore e nomi dell'accordo nell'immaginazione moderna”, *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Stefano Cherti, Cedam, 2010, pp. 74-76, sustentando, por referência ao *Leviathan* de HOBBS, que, para o jusnaturalismo, a figura do *contrato social* “é evocada *fora* do esquema puro da reunião de vontades privadas, tendo antes em vista a paz e a segurança comum”, tratando-se, portanto, de um modelo “eminentemente *publicista*, irreduzível à mera esfera privada”. Cfr., também, a posição de LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, Vol. II, Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, pp. 158-160.

<sup>66</sup> Cfr. HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*, cit., pp. 116-121, referindo-se à “teoria genética da ideia de contrato social”. Veja-se, a este propósito, a clara distinção já operada por IMMANUEL KANT, no que concerne aos regimes jurídicos, entre *contrato (originário) de direito público (ursprünglicher Vertrag im öffentliche Recht)* e *contrato de direito privado (privatrechtlicher Vertrag)*, cujas modalidades (*leihvertrag, schenkungsvertrag, wohlthätiger Vertrag, belästigter Vertrag, veräußerungsvertrag, Verdingungsvertrag, Lohnvertrag, Bevollmächtigungsvertrag*, etc.) são tratadas em seção própria (*Vom persönlichen Recht*) – *Metaphysik der Sitten*, herausgegeben und erläutert V. Kirchmann, Leipzig, 1870, (*Rechtslehre*), I §18 a 21, 31, 36 a 42 e II §47 a 49-A.

<sup>67</sup> Neste sentido, ao longo da Parte I da presente investigação, procuraremos identificar as raízes e os fundamentos dogmático-jurídicos que sustentam o entendimento exposto.

A perspetiva que sufragamos – a de que a ideia de contrato é um conceito apriorístico – não coloca em causa a *unidade do contrato enquanto categoria geral de direito*, quer esta se instrumentalize no direito privado, quer no direito público<sup>68</sup>. É *mister* reconhecer que o contrato se formou como um instituto geral de direito ambivalente, que compreende tanto um sentido *heurístico-racional* – regulativo da ordem jurídica –, como um sentido *jurídico-positivo* –, valendo como *instrumento jurídico* de direito privado (civil, comercial, laboral) e de direito público (constitucional, administrativo, económico, internacional), *produto de uma ordem jurídica concreta*. Tomado no primeiro sentido, o contrato é, antes de tudo, *gênese*, quer dizer, *princípio genético, informador* ou *constitutivo* da ordem jurídica, possuindo, nessa medida, uma construção autónoma de direito público. Já naquele segundo sentido, o contrato é tomado como *instituição* de uma ordem jurídica concreta (ou de alguns dos seus ramos jurídicos), que adquire um regime próprio e tutela interesses distintos consoante o ramo a que pertence (é neste último sentido que o contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos será tomado na Parte II)<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Assim, também, KLAUS STERN, “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, cit., pp. 121-123, para quem a *tese do apriorismo do conceito de contrato* não coloca em causa a *unidade* da instituição contratual, quer esta se manifeste no campo do direito público, quer no direito privado.

<sup>69</sup> Em face do exposto, podemos afirmar, na esteira de SAVIGNY, que a *instituição jurídica contratual* constitui historicamente *património comum de toda a ciência jurídica*, mas com regimes e significados assaz distintos no direito privado (predominantemente individualista, compondo interesses de pessoas certas e determinadas) e no direito público (forma de atuação ou instrumento de governação das entidades públicas). É, a este respeito, digno de nota que quem primeiro afirmou que o contrato é categoria geral, comum ao direito privado e ao direito público, foi Friedrich Carl von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 3, Berlin, 1840, pp. 309-310. Cfr., também, as considerações tecidas por GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Freiburg, 1892, pp. 193-212.

Entre nós, tomada enquanto categoria jurídico positiva, a noção básica de contrato é a mesma para todos os ramos do Direito (assim, já LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, Paris, 1984, p. 28). Como escreve J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., pp. 343-344, esta posição filia-se na tradição do pensamento administrativista português, assente, designadamente em JOÃO MELO MACHADO, *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra, 1937, pp. 233-234, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 2005, pp. 576, e MARQUES GUEDES, *A Concessão*, Coimbra, 1964, p. 115. Também CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, Coimbra, 2008, p. 29, sublinha que “os contratos de direito público são no nosso direito aceites sem especial relutância, porque a natureza pública dos contraentes e a eventual invocabilidade de poderes de autoridade podem afetar parcialmente o regime, *mas não desfiguram o instituto nos termos amplos em que está concebido* (it. nosso). A «noção básica de contrato é a mesma para todos os ramos do Direito, incluindo, portanto, os contratos administrativos, os contratos económicos, as parcerias público-privadas, os contratos financeiros (em especial, os contratos de empréstimo público), os contratos processuais e até os contratos internacionais”.

## CAPÍTULO I

### O Contrato Social na Teoria Geral do Direito Público: as Grandes Linhas de Evolução

#### 4. Significado antropológico e condição mundanal

Desde as formas de sociedades humanas mais antigas às aquelas mais complexas – de tipo político e estadual –, sempre se verificou uma tendência de evolução para instituir o *poder* e fundar as interações básicas constitutivas de socialização no *consenso*, enquanto modalidade de encontro e de integração comunitária radicada na intersubjetividade<sup>70</sup>. ARISTÓTELES, ao definir o homem como *zoon politikon*<sup>71</sup>, reconheceu na *natureza social* e no instinto de *sociabilidade* (*appetitus societatis*) uma dimensão essencial da condição humana, a cada passo confirmada pela experiência cultural e historicamente condicionada – uma convivência social predicativa que, nos finais do século XIX, ÉMILE DURKHEIM perspetivou como “dependência recíproca”, associada a um “princípio de solidariedade orgânica”<sup>72</sup>.

Ontogeneticamente *inacabado*, “abandonado pelos instintos, «aberto para o mundo», *exposto* à tentação e ao caos”, necessita o homem de criar instituições políticas e sociais, “de instituir coordenadas que lhe permitam encontrar um rumo de ação e encontrar uma definição de si próprio face ao caos dos seus impulsos sumamente inespecíficos e sem direção”<sup>73</sup>. Lançado num horizonte mundanal, que lhe apresenta o fáctico encontro com os outros como “realidade necessária”, acha-se naturalisticamente envolvido diante da complexa problemática da partilha do mundo<sup>74</sup>. Não se apresenta, pois, como mero *indivíduo* desligado da realidade social, antes relaciona-se com os outros enquanto *socius*, compartilha a interação social, a fruição e o acesso ao mundo. A sua natural indeterminação e incompletude têm, nessa medida, que ser compensadas por uma “segunda natureza” – não

<sup>70</sup> Cfr. FRANCIS FUKUYAMA, *As Origens da Ordem Política*, D. Quixote, 2012, pp. 134-138.

<sup>71</sup> *Polit.*, 1252a 3.

<sup>72</sup> *De la Division du Travail Social*, Presses Universitaires de France, Paris, 1902 (1893), pp. XXXI-XXXII, 28-32, 99-101 e 393-394. A afirmação de que, em comunidade, beneficiamos de conhecimentos e de aptidões que não possuímos, mas outros detêm, apresenta raízes firmes no quadrante contratualista. Escreve ROGÉRIO SOARES nas primeiras páginas das suas *Lições de Direito Constitucional*, polic., FDUC – UC, 1971, pp. 4 e 6: “os laços que prendem os homens nos grupos podem ser de vária natureza e diversa intensidade, mas sempre se destinam a garantir uma posição de *convivência* e de *colaboração*”. Observa-se que “todo o sistema social se apresenta como uma «totalidade de ação» e, por isso, se refere a *conectividade* ou reunião de sentido das várias partes em relação umas com as outras e a sua *interdependência*”.

<sup>73</sup> Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., p. 7.

<sup>74</sup> Cfr. WERNER MAIHOFER, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, 1965, pp. 42 e 49.

de tipo causal, mas *normativa* –, que, traduzindo uma criação sua, o ordena e dentro da qual se define e autocompreende<sup>75</sup>.

É inquestionável que a interação humana se desenvolve num contexto de ordem, direção e estabilidade (*heteronomia institucional*), sem que isso traduza a dissolução da esfera individual no *coletivo* ou *institucional*: importa não olvidar que o *Estado* e a *ordem jurídica* – como, aliás, *grosso modo* as valências culturais –, só se constituem (e permanecem no tempo) se nós o quisermos, na medida em que emergem por mediação e assunção de um *compromisso ético* nesse sentido<sup>76</sup>. Sendo o mundo *um* só e sendo nós muitos, o problema social do encontro de liberdades remete necessariamente para a instituição de uma *regra* suscetível de *ordenar* a relação de cada um com os outros. Pois bem, na tarefa de repartir validamente o mundo, não se afigura possível anular a essência da natureza humana, de tal forma que a *instituição* de uma ordem social, politicamente disciplinadora, e a conformação jurídica dos *poderes do Estado*, em último termo, não são senão a manifestação da *autodeterminação* de todos e de cada um dos cidadãos: uma ordem em que, todos nós, nos encontramos tal como somos – *peessoas*<sup>77</sup> – *scilicet*, sujeitos de uma ineliminável dignidade ética, de autonomia racional e moral, dotados de direitos e deveres, liberdades e responsabilidades recíprocas.

Não será, por isso, de estranhar o carácter primacial que as questões da *institucionalização*, da *legitimação* e da *limitação* do poder político ocuparam na literatura contratualista moderno-iluminista, em face da necessidade de garantir e salvaguardar os direitos e as liberdades individuais perante o poder público. Também na tradição da doutrina liberal e democrática do contrato social, sobressai, como nota primordial, uma certa ideia sobre o *homem enquanto membro da comunidade política*, sem a qual não se entendem os princípios que norteiam a cooperação social e as regras de jogo da associação política<sup>78</sup>. O teorema do contrato social assenta, deste modo, numa determinada conceção

---

<sup>75</sup> Cfr. SANTI ROMANO, *L'Ordinamento Giuridico*, Firenze, 1977, p. 125; e W. CESARINI SFORZA, *Filosofia del Diritto*, Milano, 1958, pp. 36-38.

<sup>76</sup> Cfr. KARL LARENZ, *Metodologia do Direito*, Lisboa, 1983, p. 211.

<sup>77</sup> V., a este propósito, as considerações de PAUL RICOEUR, “La persona: sviluppo morale e politico”, *L'idea di persona*, a cura di Virgilio Melchiorre, Milano, 1996, pp. 163-175; ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa, 2009, pp. 269-273; e de BATTISTA MONDIN, *Manuale di filosofia sistemática*, Vol. III, *Ontologia e metafísica*, Bologna, 2007, pp. 259-276. Cfr., ainda, o conceito de “pessoa como aquisição histórica”, imprescindível ao “projeto social global” de ORLANDO DE CARVALHO, “Ius – Quod Iustum?” (1996), *Orações de Sapiência da Faculdade de Direito*, Coordenação de Maria João Padez de Castro e Rui de Figueiredo Marcos, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, pp. 353-354.

<sup>78</sup> GIUSEPPE DUSO, “Pacto Social y forma política”, *El Contrato social en la filosofía política moderna*, Valencia, 1998, p. 11. Erigidas sob uma base antropológica, as constituições políticas das democracias ocidentais repousam, sob ponto de vista axiológico-normativo, na dignidade da pessoa humana e numa ordem pluralista, aberta aos direitos fundamentais (a “base antropológica constitucionalmente

*antropológica* do ser humano como membro da *res publica* – aquilo a que J. BAPTISTA MACHADO chamou, com expressividade, “o valor «absoluto» da pessoa-valor”<sup>79</sup> –, colocando a ideia de humanismo jurídico na raiz do Estado e da ordem constitucional e assegurando o cumprimento de uma importante função de tutela e de garantia dos direitos e liberdades básicas. Neste ensejo, a ideia antropológica de contrato social afirmou-se na cultura jurídico-política ocidental como fator de *humanização* da ordem jurídica, pressupondo um compromisso axiológico e ético-social polarizado na eminente dignidade da *pessoa* – enquanto postulado para a “realização da própria humanidade do homem”<sup>80</sup>.

Por conseguinte, o sentido da doutrina do contrato social sempre acompanhou a variação das compreensões que o homem foi tendo de si ao longo dos tempos, apresentando, nessa medida, conteúdos sucessivamente diferentes<sup>81</sup>: assim, na antiguidade clássica – em particular na antiga Héliade – a ideia de *pactum* serviu para legitimar, em termos de pura homologação racionalizante, a ordem natural da *polis*, à qual o indivíduo, habitualmente soberano nos assuntos públicos, se achava submetido nos assuntos privados. Na época medieval, o homem encontrava o fundamento da racionalidade na ordem transcendental em que vivia imerso e por referência à qual se compreendia, pelo que a ideia de pacto social operava quase sempre por mediação da vontade divina (“*omnis potestas a Deo per populum*”). Na época moderno-iluminista, o homem abstrato-racional, contemplativo, que visava conhecer (“*sapere aude!*”, clamava KANT, logo afirmando: “possui a coragem de fazer uso do teu próprio entendimento”<sup>82</sup>), procurou, a partir *de si mesmo* (*rectius*, da sua autonomia e vontade racional que autopredicava), fundar um sistema político-social, pensando o Estado como se todos os homens *livres e iguais* fizessem um acordo na base de um contrato. Na transição de um estado de natureza para o estado civil, a *respublica* tornara-se, agora, um artefacto humano, uma criação que o homem moldaria: ao contrário dos “antigos”, que haviam usado a ideia do *pactum* para legitimar em termos racionais a ordem política da *polis* ou da *civitas*, enquanto “ordens” objetivas que antecedem o próprio indivíduo, na modernidade o recurso à ideia de contrato serviu não

---

estruturante do Estado de direito”, insita nos artigos 1.º e 2.º da Constituição portuguesa de 1976 – J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 248).

<sup>79</sup> “Participação e Descentralização”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-2-3-4, Ano XXII, Janeiro-Dezembro, 1975, p. 89. Parte-se do axioma da filosofia política oitocentista segundo o qual cada ser humano é *adulto* (“*sui iuris*”), “*um fim em si mesmo*”, “*uma dignidade*” (KANT), não podendo ser instrumentalizado, como se fosse um objeto, para a realização de um fim alheio ou heterónimo. É este axioma da filosofia política kantiana que corresponde, no plano jurídico, ao *princípio da autonomia da pessoa*.

<sup>80</sup> Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra, 2003, p. 147.

<sup>81</sup> Sobre este aspeto, cfr. HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 119-121.

<sup>82</sup> Cfr. IMMANUEL KANT, “Was ist Aufklärung?”, *Werke in sechs Bänden* [Bd. VI], hrsg. Von W. Weischedel, Darmstadt, 1983, p. 53 (A 481).

para ratificar ou legitimar *a posteriori* a sociedade política, mas para a constituir *ex nihilo*<sup>83</sup>, figurando o pacto social (e o *individualismo* por ele pressuposto) como *prius* na arquitetura do (novo) Estado liberal então emergente.

Já na segunda metade do século XX, no contexto da *socialização*, verificaram-se diversas mudanças estruturais, na medida em que o teorema do contrato, pacto ou consenso social passou a conformar substancialmente uma certa *ideia de realização do direito*, que se desenvolve através de esquemas de regulação participativos, de cooperação e concertação, em redes de diálogo iterativas e sistemas descentralizados de negociação entre atores públicos e privados. Neste ensejo, a descoberta do campo multidimensional da “cidadania participativa, ativa e deliberativa”<sup>84</sup>, que exige “*accountability, responsiveness, transparency e openness*” dos poderes públicos<sup>85</sup> e a emergência de “estruturas democráticas em rede” manifestaram novas tendências e formas de *pensar o homem* no quadro de abordagens neocontratualistas, com as suas particulares exigências reflexivas: desde o *homem económico maximizador de utilidades*, que orienta racionalmente a sua vida procurando agir de modo a realizar em cada ato a maior gama de valores e de utilidades possíveis, ao *homem solidário*, que visa corrigir as acentuadas desigualdades económicas, sociais e culturais entre os cidadãos através da implementação de políticas sociais de *justiça distributiva*, ao *homem-pessoa*, que se reconhece como sujeito ético e coerentemente se empenha em constituir uma *ordem de direito justa*, e ao *homem participante social*, que adota comportamentos colaborativos e assume um papel de ator que partilha com o Estado a missão de realizar o interesse público<sup>86</sup>. Estes aspetos, que promanam de um certo otimismo antropológico, credenciam a esperança de que a ordem jurídica e social por eles, ou em função deles, construída, ofereça a todos o maior bem e vantagem possíveis – “eis a crença antropológica do [neo]contratualismo e a sua ideia de eminente dignidade da pessoa humana”<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Sobre a recuperação do contratualismo já não como *pactum* histórico homologador da convivência político-comunitária, mas como “acordo racional de vontades”, cfr. F. PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, 2002, pp. 310-333; LUIS CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, Coimbra, 2006, pp. 89-270; NORBERTO BOBBIO/M. BOVERO, *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*, São Paulo, 1996, pp. 49-84; MICHEL VILLEY *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 2009, pp. 190-228 e 381-394; MARCEL PRÉLOT/GEORGES LESCUYER, *História das Ideias Políticas*, Vol. I, Lisboa, 2000, pp. 19-37; e GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 2010, pp. 25-45.

<sup>84</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Droit et démocratie – entre faits et normes*, Gallimard, 1997, p. 327, que se insere naquele grupo de autores, que atribuem maior valor aos *pressupostos comunicativos e antropológicos* subjacentes ao “diálogo” e ao “consenso” do que ao contrato propriamente dito.

<sup>85</sup> Cfr. AMARTYA SEN, *Development as Freedom*, Oxford University Press, 1999, pp. 39-40 e 43.

<sup>86</sup> Cfr. HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., p. 120; e ROBERT DENHARDT, *Theories of Public Organization*, Cengage Learning, 2011, p. 80.

<sup>87</sup> Cfr. A. BARBOSA DE MELO, *Democracia e Utopia*, cit., pp. 17-31, e “Introdução às Formas de Concertação Social”, cit., pp. 15-16, que identifica na ideia antropológica subjacente ao contrato social o

Com efeito, se as determinantes da ordem jurídica e social radicam na autonomia e na vontade recíproca dos membros da comunidade política<sup>88</sup>, variando quanto aos seus conteúdos e sentidos, segundo os tempos e as circunstâncias de cada comunidade, é porque se presumem no homem certas qualidades ou virtudes que essa ordem deve expressar e representar. Quer dizer, aceite uma determinada ideia do *homem* como base de uma “estrutura político-social fundamental”<sup>89</sup>, a legitimidade do poder público passará, *in concreto*, a constituir um *problema metapolítico*, pois o que fundamenta o poder público e a autoridade do Estado não pode ser o próprio poder em que o Estado encarna. Por aqui se pode vislumbrar a *matriz personalista* do princípio contratualista, que adquire consistência racional na ordem política, não figurando como um “mito” ou uma “metanarrativa constitucional” explicativa da origem do Estado e da ordem jurídica. Os *vínculos* criados pelas relações sociais (*vincula humanae societatis*) correspondem ao *acordo* de indivíduos livres, iguais e racionais, que visam superar as suas limitações e realizar-se no quadro comunitário.

Em último termo, a ideia de contrato social assenta numa *autopressuposição axiológica*, pois radica num determinado “modo-de-ser do homem” situado no quadro da ordem político-constitucional (*scilicet*, respeitante à autocompreensão que *hic et nunc* tiver de si mesmo), apontando para um *projeto* ou *forma de vida* institucional em que cada indivíduo, enquanto agente autónomo e racional, é *autor* da ordem jurídica. Participando em concreto na sua formação – modificação e adaptação à realidade jurídico-social publicamente condicionada – *o homem participa na criação de si mesmo*.

## 5. Significado jurídico-constitucional

Na teoria geral do direito público, a ideia de *consenso*, *pacto* ou *contrato social* alcançou, historicamente, a dimensão de um *topos*, sobretudo a partir dos movimentos constitucionais setecentistas e oitocentistas e com o advento do Estado Constitucional post-revolucionário, ao ponto de se tornar uma “evidência epocal” o conceber-se o Estado e a sua ordem jurídica como emanações de um acordo ou contrato fundamental hipoteticamente concluído ora entre os cidadãos, ora, pelo menos, entre o conjunto dos cidadãos e os

---

sentido axiológico-material dos “*princípios da liberdade, da igualdade, da solidariedade e aristotélico*”, em harmonia com a *causa* de toda a associação política estadual fundada no direito, expressa na máxima latina “*hominum causa omne ius constitutum est*” [Digesta 1.5.2].

<sup>88</sup> Sob um ângulo hermenêutico, o consenso social racionalmente obtido pelos homens *justos, razoáveis e informados*.

<sup>89</sup> Cfr. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice – revised edition*, Oxford University Press, New York, 1999, pp. 171-176.



governantes<sup>90</sup>. Em larga medida, o significado jurídico-político das expressões “Estado-Nação”, “Estado de Direito”, “governo representativo” e “Estado Constitucional” encontra-

---

<sup>90</sup> Cfr. A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às Formas de Concertação Social”, cit., pp. 3 e 4. Sobre o significado jurídico-constitucional do teorema do pacto ou contrato social, cfr., J. W. GOUGH, *The Social Contract – a Critical Study of its Development*, Oxford, 1963, pp. 49-243; OTTO VON GIERKE/ERNST TROELTSCH, *Natural Law and the Theory of Society, 1500-1800*, Vol. II, Cambridge U.P., Cambridge, 1934, pp. 229-366; CARL SCHMITT, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a political symbol*, Chicago U.P. Chicago, 2008, pp. 5-37; JOHN RAWLS, *Palestras sobre a História da Filosofia Política*, ed. Samuel Freeman, Lisboa, 2013, pp. 45-193; SAMUEL FREEMAN, *Justice and the Social Contract: essays on rawlsian political philosophy*, Oxford University Press, 2007, pp. 3-44; RON REPLOGLE, *Recovering the Social Contract*, Rowman & Littlefield, 1989, pp. 47-123; DAVID BOUCHER/PAUL KELLY, “The Social Contract and Its Critics: an overview”, *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, London, 1994, p. 1-34; CAROLE PATEMAN/CHARLES MILLS, *The Contract and Domination*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2013, pp. 10-78; THOMAS R. POPE, *Social Contract Theory in American Jurisprudence: Too Much Liberty and Too Much Authority*, Routledge, 2013, pp. 24-65; M. D'ADDIO, *L'idea del contratto sociale dai sofisti alla riforma e il "De principatu" di Mario Salamonio*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 119-193; GIORGIO DEL VECCHIO, *Sui Vari Significati della Teoria del Contratto Sociale*, Roma, 1956, pp. 5-12, e *Storia della Filosofia del Diritto*, Milano, 1958, pp. 4-17; NORBERTO BOBBIO/MICHELANGELO BOVERO, *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, cit., pp. 61-63; NORBERTO BOBBIO, “Il Giusnaturalismo”, *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, ed. L. Firpo, Vol. IV, T. I, UTET, Torino, 1980, pp. 481-550, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, São Paulo, 2000, pp. 17-75, *Liberalismo e Democracia*, São Paulo, 2000, pp. 7-71, e *Il Giusnaturalismo Moderno*, a cura di Tommaso Greco, Torino, 2009, pp. 149-171; GIUSEPPE DUSO, “Pacto Social y forma política”, *El Contrato social en la filosofía política moderna*, Valencia, 1998, pp. 9-50; NICOLA MATTEUCCI, “Contrattualismo”, N. Bobbio/N. Matteucci/G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1983, pp. 241-243, *Lo Stato Moderno: lessico e percorsi*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 118-255, e “Nel labirinto dei contrattualismi”, *Contratto: un'ipotesi di giustizia*, Fondamenti, 1985, II, pp. 51-70; LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, Vol. II, Teoria della democrazia*, cit., pp. 158-169; F. ATGER, *Essai sur l'histoire des doctrines du Contrat Social*, Nimes, 1906, pp. 100-179; TH. REDPATH, “Réflexions sur la nature du concept de contrat social chez Hobbes, Locke, Rousseau et Hume”, *Études sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, 1964, pp. 55-63; JEAN TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, 2001, pp. 58-99; J. ROUX, “La Constitution comme contrat”, *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats Publics*, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, pp. 447-455; ERNST CASSIRER, *O Mito do Estado*, Editora Conex, 2003, pp. 196-209; ANTON LEIST, “Ethik zwischen Hobbes und Kant”, *Moral als Vertrag? Beiträge zum moralischen Kontraktualismus*, cit., pp. 1-36; HANS WELZEL, “Ein Kapitel aus der Geschichte der amerikanischen Erklärung der Menschenrechte (S. Wise und S. Pufendorf)”, *Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag* 15, Januar 1952, Hrsg. v. Erich Kaufmann, Ulrich Scheuner u. Werner Weber, Göttingen, 1952, pp. 387-441; ALFRED VOIGT, *Der Herrschaftsvertrag*, Übersetzungen von PETER BADURA und HASSO HOFMANN, *Politica, Abhandlungen und texte zur politischen Wissenschaft, Bd. 16. Luchterhand*, 1965, pp. 37-52; KLAUS STERN, “The genesis and evolution of European-American constitutionalism: some comments on the fundamental aspects”, cit., pp. 187-200; WOLFGANG KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrag*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994, pp. 12-25; GÖRG HAVERKATE, *Verfassungslehre: Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, Beck, München, 1992, pp. 48-55; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., 2000, pp. 70 e 182-188; WILFRIED RÖHRICH, *Sozialvertrag und bürgerliche Emanzipation: von Hobbes bis Hegel*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972, pp. 47-59; MARTIN BAUMBACH, *Vertragswandel und demokratische Legitimation: Auswirkungen moderner völkerrechtlicher Handlungsformen auf das innerstaatliche Recht*, Duncker & Humblot, 2008, pp. 118-125; MAX MÜLLER, *Der Kompromiß oder Vom Unsinn und Sinn des menschlichen Lebens*, Freiburg-München, 1980, pp. 144-155; GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 2010, pp. 209-216; CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 80-92; PAULO MERÊA, “Suárez, Grócio, Hobbes”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, Lisboa, 2004, pp. 317-328; LUIS CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, cit., pp. 89-270; e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e*

se intrinsecamente ligado às correntes filosóficas do *individualismo* e do *contratualismo jusracionalista*, que, entre os séculos XVI e XVIII, marcaram, de forma indissolúvel, o pensamento jurídico ocidental e onde despontaram como expoentes doutrinários HOBBS, PUFENDORF, LOCKE, ROUSSEAU e KANT. Nessa ótica, a história do constitucionalismo setecentista e oitocentista é siamesa do advento do contratualismo liberal e democrático, seja no pensamento jurídico anglo-saxónico, seja no quadrante europeu-continental<sup>91</sup> – o próprio “pacto fundador” surge, não raras vezes, como sinónimo de “Constituição” ou “regime constitucional”<sup>92</sup>. Mas não se esgota apenas nesta dimensão. Destarte, tais afloramentos na Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*) encontram-se ligados aos clássicos problemas jurídico-políticos com que o contratualismo jusracionalista se defrontou na tratadística dos séculos XVII e XVIII, designadamente: a articulação entre *liberdade e coação legítima (quaestio da obrigação política)*, face às imposições da autoridade pública; a *justificação e fundamento do poder político (quaestio da legitimação do poder)*; e a *extensão e limites do poder político*, em harmonia com a separação de poderes e o reconhecimento dos direitos naturais do homem [*iura connata*], preexistentes à formação do Estado (*quaestio do modo de exercício do poder político*).

Especial relevância no quadrante do pensamento constitucional revolucionário francês assumia, igualmente, o conceito de *poder constituinte*, suscetível de criar, garantir ou eliminar uma constituição, entendida como lei fundamental juridicamente ordenadora da comunidade política (*infra*, 13.3.). Por outro lado, a dimensão projetante da ideia de *contrato social* na ordem política-constitucional e na gestação de normas básicas obteve plena realização também nos movimentos constitucionais *inglês e norte-americano*, ainda que com um significado distinto (*infra*, 13.1. e 13.2.). Além disso, é no quadro da doutrina contratualista liberal e democrática dos séculos XVII e XVIII que se questionam, fortemente, no plano filosófico-jurídico, os esquemas tradicionais de *domínio do político*,

---

*Teoria da Constituição*, cit., pp. 53-55 e 68-74, e *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, cit., pp. 137-143.

<sup>91</sup> Cfr. KLAUS STERN, “The genesis and evolution of European-American constitutionalism: some comments on the fundamental aspects”, cit., pp. 187-188.

<sup>92</sup> Cfr. J. ROUX, “La Constitution comme contrat”, cit., p., 447, MAURIZIO FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni moderne*, I, Torino, 1991, pp. 13, 25 e 26; UTZ SCHLIESKY, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, Mohr Siebeck, 2004, p. 83; GERHARD OESTREICH, “Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde. Die Regierungsformen des 17. Jahrhunderts als konstitutionelle Elemente”, *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, Rudolf Vierhaus (Hrsg.), Göttingen 1977, p. 45-67; OTTO DEPENHEUER, “Funktionen der Verfassung”, *Verfassungstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 547-548; LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. II, *Teoria della democrazia*, cit., p. 158; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 123; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, Coimbra, 2009, pp. 9-10; e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra, 2003, p. 143, reconduzindo a Constituição federal norte-americana de 1787 à categoria de “contrato social e constitucional”.

sugerindo-se, ao mesmo tempo, o princípio do governo limitado, a divisão e repartição dos poderes estaduais, bem como a garantia de uma esfera de direitos naturais (*property*).

O contratualismo está, por conseguinte, inscrito na marcha da história, é, por assim dizer, um movimento jus-filosófico “dinâmico”, “humanista”, de “eterno retorno”, que permite reinventar a ordem político-constitucional e relançar o debate em torno da fundamentação e dos limites do poder público. Neste campo, o contrato social articula-se, sob ponto de vista processual, com os *paradigmas fundacional e não fundacional do poder constituinte*<sup>93</sup>. A convocação desta dicotomia serve, desde logo, o propósito de acentuar que a ideia de contrato social aponta para a produção de um *texto* com o qual e através do qual uma determinada comunidade política se identifica consigo própria<sup>94</sup>. Na história constitucional francesa e norte-americana, como se verá, o “contrato social” aspirou transmutar-se em “texto fundador”, no sentido de ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito. Para além de *texto*, em França, como de resto em Portugal, o contratualismo operou, durante o período liberal, como *técnica constitucional*, aquando da substituição do modelo de *constituição outorgada* pelo de *constituição pactuada*. Nestas constituições, o diploma fundamental não é uma carta doada pela vontade do soberano, “mas um *pacto* entre o soberano e a representação nacional”<sup>95</sup>. Diferentemente, no movimento historicista inglês, o binómio *Gesellschaftsvertrag* e *Herrschaftsvertrag*<sup>96</sup>, na aceção de um poder político limitado pelas leis e radicado no povo, encontra-se particularmente envolvido no processo de revelação da *English Constitution*,

---

<sup>93</sup> Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, “Temporalidade Jurídica e Constituição”, *20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 2000, pp. 40-41. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 80-81, sublinha que “o contrato social está já suposto na doutrina do poder constituinte do povo, na medida em que a sua construção se tem por necessária”; seja hipoteticamente, seja como facto histórico, “o contrato de sociedade (*Gesellschaftsvertrag*) serve para fundar a unidade política do povo”. Daí “o princípio democrático do poder constituinte do povo levar implícito que a constituição surja mediante o ato de um povo politicamente capacitado”.

<sup>94</sup> Cfr. REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, 1997, pp. 78-79.

<sup>95</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 148 e 151, referindo-se à Constituição portuguesa de 1838 que surge como uma *constituição pactuada* (a exemplo de documentos semelhantes como a Constituição francesa de 1830 e a Constituição belga de 1831) entre as Cortes e o Rei (cfr., na parte final da Constituição de 1838 o juramento da Rainha) e como uma *constituição compromisso* entre os defensores da soberania nacional (vintista) e os partidários da monarquia constitucional assente no princípio monárquico. Em geral, a superação do princípio monárquico pelas constituições pactuadas acabaria por marcar a transição da monarquia hereditária para a monarquia constitucional representativa. O modelo de *constituição pactuada* acolhe, enquanto técnica, a *ideia da constituição como um contrato* (v.g., o pacto constitucional francês entre o Rei Louis-Philippe e a representação nacional de 1830), contrastando com o modelo de *constituição outorgada* (em que a constituição *não é contrato*, nem *ratio*, pois resulta da *voluntas* unilateral do monarca).

<sup>96</sup> Cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 13.

imprimindo-lhe uma configuração não fundacional em torno da formação de um governo limitado e moderado (*limited and balanced government*)<sup>97</sup>.

Por aqui se pode vislumbrar, numa ótica evolutiva, uma específica *função de autorreferência*<sup>98</sup>, por meio da qual a ideia de consenso social visou constituir um instrumento de “identidade político-constitucional”, que cunha em termos materiais regras e princípios jurídicos fundamentais radicados na consciência jurídica geral – v.g., princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio da soberania popular, direitos fundamentais, princípio majoritário, princípio da separação de poderes, etc..

Por outro lado, é especialmente visível nas obras de LOCKE, ROUSSEAU e KANT que o teorema do contrato influenciou fortemente a *teoria liberal dos direitos fundamentais* – enquanto direitos de defesa (*Abwehrrechte*) dos cidadãos perante o Estado – e o *modelo económico e social*, baseado na *liberdade individual* (sobre a pessoa e os bens) e na *autonomia privada*<sup>99</sup>. O homem da *Aufklärung* assumiu a sua autonomia moral e a vontade política no *pacto social* e propôs a criação de um modelo racionalista, sendo o Estado então emergente construído *contratualmente* com base na liberdade política e nos direitos naturais<sup>100</sup>. Traduzindo uma criação sua, as *instituições políticas* serviam de base a um consenso sobre o justo e o injusto, o válido e o inválido, nelas se realizando o homem *como projeto e como destino*. A própria ideia revolucionária, nos fins do século XVIII, de constatação e declaração de direitos do homem, preexistentes à formação das instituições políticas e sociais, e que delimitam uma esfera própria dos cidadãos em face do Estado, representou um esteio do pensamento contratualista na “conceção *liberal originária* dos

---

<sup>97</sup> Cfr. ALBERT VENN DICEY, *General Characteristics of English Constitutionalism: six unpublished lectures*, ed. Peter K. Raina, Bern, 2009, p. 26; PATRICK M. GARRY, *Limited Government and the Bill of Rights*, University of Missouri Press, 2012, pp. 19-23.

<sup>98</sup> Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1976, pp. 26-28, sublinhando que os princípios materialmente densificantes que identificam o *consensus* constitucional básico funcionam como fator de coesão social e de equilíbrio entre as diferentes forças pluralistas no Estado Constitucional democrático. Neste ensejo, o contratualismo democrático partilha a mesma base antropológica da maioria das constituições políticas ocidentais e da matriz da Carta das Nações Unidas, assentes no valor da dignidade da pessoa humana e no reconhecimento de direitos fundamentais dos indivíduos. A teoria do contrato social assume especial relevância quando se trata de proceder à *densificação hermenêutica* de regras e princípios constitucionais, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, pluralismo e liberdade religiosa (v. *infra* 18., a invocação pelo nosso Tribunal Constitucional do *overlapping consensus* de JOHN RAWLS), de participação dos cidadãos na discussão dos assuntos públicos, do direito de resistência, etc..

<sup>99</sup> Cfr. GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1950, p. 7; MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I, cit., p. 28; e ENZO ROPPO, *O Contrato*, cit., pp. 24-29.

<sup>100</sup> Estabelecendo um nexó relacional entre o *projeto contratualista de Estado moderno* e as *liberdades políticas e individuais*, HASSO HOFMANN, *Verfassungsrechtliche Perspektiven: Aufsätze aus den Jahren 1980-1994*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995, pp. 3-22; e RALF POSCHE, *Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, 2003, pp. 18-19.

direitos fundamentais”<sup>101</sup>. Encarava-se, por isso, nas constituições liberais a máxima proteção da liberdade, propriedade e segurança e o mínimo de restrições aos direitos dos cidadãos economicamente relevantes (liberdade de profissão, propriedade, indústria e comércio). As constituições liberais, enquanto leis fundamentais limitadoras da ação política, constituíam, por isso, um *instrumento de governo* definidor de competências, de natureza processual e não material, regulando o processo de decisão política e abstendo-se de intervir, de forma ativa, na esfera de direitos e liberdades da sociedade civil<sup>102</sup>.

Além disso, se a sociedade burguesa fornecia o substrato sociológico ao Estado constitucional, este, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo económico, centrado sobre uma economia de mercado livre e na garantia da *certeza* e da *segurança jurídicas*, através da *primazia* de leis gerais e abstratas, expressão consagrada da *racionalidade* e produto da *volonté générale*<sup>103</sup>. Visando, deste modo, dar uma dimensão jurídica ao problema político-social resultante do encontro e da preservação das liberdades, o modelo proposto pelo contratualismo individualista liberal projetou-se na esfera económica, através da faculdade reconhecida aos particulares de fixarem livremente, segundo o seu critério, a disciplina vinculativa dos seus interesses recíprocos, nas relações jurídicas com os demais sujeitos de direito<sup>104</sup>. Nesta ótica, a doutrina liberal do contrato social difundiu-se não como uma *factio* histórica das origens da ordem política<sup>105</sup>, mas como uma “ideia da razão”<sup>106</sup>, destinada a proteger os cidadãos contra a intromissão indevida do exercício do poder público e a garantir, no espaço próprio de atuação privada, a autonomia e liberdade dos cidadãos na autorregulamentação dos seus interesses individuais, traduzida na

---

<sup>101</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2009, pp. 51-53.

<sup>102</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1337. Ao fazer apelo a pressupostos de liberdade originária do indivíduo, o contratualismo liberal preconizava um modelo de agregação de interesses pré-definidos sob os auspícios de um conjunto imparcial de regras, *id est*, uma constituição política. O sistema liberal de direitos e liberdades básicas operava a distribuição de *competências* entre Estado e sociedade, distribuição essa favorável à ampliação do domínio da liberdade individual e à restrição da ação estadual ao momento da garantia desses direitos.

<sup>103</sup> Cfr. UTZ SCHLIESKY, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, cit., p. 214.

<sup>104</sup> Crente na razão ilimitada, o “autodeterminado” *homo novus* moderno procurou construir uma *ordem nova* a partir de si mesmo, como instância dadora de sentido, nela enquadrando jurídico-formalmente os seus interesses de natureza económica – cfr. NORBERTO BOBBIO/M. BOVERO, *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*, cit., pp. 49-84.

<sup>105</sup> Cfr. FRANCIS FUKUYAMA, *As Origens da Ordem Política*, cit., pp. 137-138.

<sup>106</sup> Cfr. EMMANUEL KANT, *Metaphysik der Sitten*, herausgegeben und erläutert V. Kirchmann, Leipzig, 1870, (*Rechtslehre*), II, §47.

liberdade de associação e deliberação, na liberdade de celebrar contratos e de praticar atos unilaterais e na tutela do princípio da confiança (*stare pactis*)<sup>107</sup>.

Sob o prisma político-ideológico, importa acentuar que o núcleo essencial do pensamento contratualista persistiu na história constitucional e na cultura europeias, desde a antiguidade clássica ao nosso tempo, influenciando não apenas *formas de Estado e regimes políticos*, como também diferentes ideologias sociais<sup>108</sup>. Não obstante corresponder, na sua essência, à teoria democrática do poder político e à garantia dos direitos e das liberdades básicas, a elasticidade e riqueza de conteúdos das doutrinas do contrato social permitiram-lhes funcionar, ao longo dos tempos, como um *cluster* político-ideológico, no que tange aos problemas da legitimação e do modo de exercício do poder político. Esse constitui, decisivamente, um dos aspetos mais impressionantes da aptidão da teoria contratualista na fundamentação da ação pública, na medida em que introduz um sistema de valores, representações e concepções que visam esclarecer a posição do homem em face do Estado. Durante os séculos XVII e XVIII, as versões do contratualismo moderno-iluminista não caminharam todas no mesmo sentido, revelando, antes, modelos políticos distintos e até inconciliáveis – o *absolutismo hobbesiano* (bem como, embora em muitos aspetos distinto, *pufendorfiano*), o *liberalismo lockeano* e o *democratismo rousseauiano*<sup>109</sup>. Posteriormente, o mesmo se pode dizer no que concerne a outros quadrantes da teoria política, onde *contratos sociais sucessivamente renovados* entre os cidadãos pertencentes a comunidades naturais de convivência substituíam os mecanismos autoritários de regulação pública unilateral e vertical – talqualmente sucedera no *anarquismo bakuninista* e, em muitos aspetos distinto, no *socialismo proudhoniano*<sup>110</sup>.

Mas foi, sobretudo, no quadrante da ideologia *liberal e democrática* que o contratualismo floresceu e se consolidou, transmitindo-nos uma herança que, embora

---

<sup>107</sup> Tratava-se, por conseguinte, de acentuar a matriz originária, presentemente insuficiente, do princípio da legalidade como *garantia*, ou seja, a legalidade como meio de tutela da posição de autonomia dos particulares face ao poder público.

<sup>108</sup> Por aqui se tem apontado à ideia de contrato social um *referencial mitológico*, próximo dos principais marcos míticos do constitucionalismo histórico e moderno (invocado em “épocas fractais”, de “crise das instituições político-sociais” e/ou de “revelação”) – cfr. OTTO DEPENHEUER, “Funktionen der Verfassung”, *Verfassungstheorie*, cit., pp. 565-568; PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Teoria da Constituição – Mitos, Memórias e Conceitos*, Vol. I, Lisboa, 2002, pp. 19, 157-166 e 172-173; e JEFFREY E. THOMPSON, *Myth as the Social Contract*, California State University, 2007, *passim*.

<sup>109</sup> Cfr. JOHN RAWLS, *Palestras sobre a História da Filosofia Política*, cit., pp. 103-124, 155-172 e 255-270. Em geral, pode afirmar-se, acompanhando ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Lições de Direito Constitucional*, cit., p. 17, que as diferentes ideologias projetaram-se em doutrinas políticas, que aspiravam, assim, a *institucionalizar-se*, isto é, a *criar instituições políticas* que servem fins concretos, consoante o esquema da relação de *poder*.

<sup>110</sup> Cfr. a síntese de PAUL MCLAUGHLIN, *Anarchism and Authority*, Ashgate Publishing, 2012, pp. 102-112.

submetida a profundas revisões, chegou até nós e se mantém ainda hoje na cultura jurídico-política do Ocidente. Para tanto, muito contribuiu, sob formas de racionalidade mais sofisticadas, a renovação político-filosófica do contratualismo liberal (*neocontratualismo democrático e social*), empreendida sobretudo pela doutrina norte-americana nas últimas décadas do século XX (RAWLS, NOZICK, BUCHANAN, GAUTHIER, SCANLON), e que, em larga medida, fez agitar escolas jurídicas e correntes ideológicas – *o distributivismo, o libertarismo, o moralismo e a public choice*<sup>111</sup>.

O *revival* do contratualismo como “*standard* normativo de aferição institucional”<sup>112</sup> implicou, deste modo, considerar as instituições políticas e as regras jurídicas como possível objeto de um acordo hipotético (não histórico-factual) e sujeitá-las a esquemas iterativos de adesão pelos seus destinatários. Neste contexto, opõe-se um modelo de contrato social (libertário) em que os indivíduos exigem do Estado *proteção* adequada dos seus direitos e *mínima intervenção* na esfera económica e social a um outro modelo (rawlsiano), que inclui no seu clausulado *princípios de justiça distributiva* e se projeta tanto na definição da estrutura social básica (*basic structure*), como nos aspetos formais e materiais da constituição política (escolha da convenção constituinte).

Concomitantemente, o teorema do contrato abandonou o plano fundacional da ordem política e o problema da justificação do Estado. O problema fundamental para os jusnaturalistas, como se verá adiante, não foi tanto o da justiça, mas o do *poder* (*hoc sensu*, a legitimidade do poder soberano). Já a renovação empreendida pela abordagem rawlsiana respeita ao “compromisso-consenso constitucional”, justificando uma constituição entendida como *reserva de justiça*<sup>113</sup>, garantidora de um “direito justo” num determinado ordenamento jurídico em harmonia com certos “princípios materiais” (*principles of justice*). A democracia constitucional foi, deste modo, aprofundada a partir de novas categorias como “consenso por sobreposição”, “razão pública”, “justiça como equidade” e “contrato conceptual”: nestas conceções abstratas se funda, agora, a coerência e o funcionamento de uma ordem constitucional que se louva no pluralismo, na democracia participativa e nos direitos fundamentais.

A *obrigação política* passa, então, a estar fundada no *consensus populi*, o que significa que os destinatários tendem a observar espontaneamente as decisões do poder

---

<sup>111</sup> Por todos, cfr. F. VALLESPÍN OÑA, *Nuevas teorías del contrato social: Rawls, Nozick y Buchanan*, Alianza Editorial, 1996, pp. 135-172; e A. BESUSSI, “Neocontratualismo e teorie della giustizia”, *Filosofia Política Contemporanea*, Milano, 2012, pp. 121-138.

<sup>112</sup> Cfr. A. BESUSSI, “Neocontratualismo e teorie della giustizia”, *Filosofia Política Contemporanea*, cit., p. 122.

<sup>113</sup> Cfr. THORSTEN HÜLLER, *Deliberative Demokratie: Normen, Probleme und Institutionalisierungsformen*, LIT Verlag Münster, 2005, pp. 49 e 148.

público por as mesmas se acharem em conformidade ou concordância com o consenso intersubjetivo ou social dominante (facto heurístico e psicológico, real ou presumido). Dizendo de outra forma, as decisões do poder público, quando estão em concordância com uma ordem de valores, de princípios e de normas aceite na respetiva comunidade política como paradigma normativo<sup>114</sup>, tornam-se *materialmente legítimas*.

Por outro lado, o neocontratualismo (tomado em sentido amplo, englobando o neoconsensualismo) passou a conformar, sob um prisma *procedimentalista*, uma certa ideia de “*partilha de decisões públicas*”, desbravando caminhos que conduzem a uma participação reforçada dos cidadãos (coresponsabilização) e reclamando, por essa via, um papel *deliberativo* e *discursivo* para a democracia no espaço público<sup>115</sup>, através da estruturação de formas de participação dos cidadãos nos procedimentos decisórios<sup>116</sup>, do reforço da publicidade crítica, da adoção de regras de discussão e de debate racional<sup>117</sup>, de fórmulas argumentativas e regras de comunicação aberta (*teoria da razão comunicativa*)<sup>118</sup>, ao ponto de se reconhecer que “nada substitui o procedimento democrático e a *força civilizadora do direito democrático*”<sup>119</sup>. A Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*) abre-se, assim, ao pluralismo teórico e aos contributos sociológicos e filosóficos derivados das doutrinas contratualistas e consensualistas<sup>120</sup>, verificando-se o alargamento do seu âmbito material e o enriquecimento da metódica constitucional, por via da acentuação de novos modelos regulativos do direito público: nesta aceção, a teoria da constituição, como veremos, é, hoje, entendida como uma “*rede de teorias*”.

Considerando-o na sua configuração especificamente jurídica, pode afirmar-se que o *princípio contratualista* sedimentou-se no direito constitucional, seja como *princípio*

---

<sup>114</sup> Cfr. A. BARBOSA DE MELO, “Legitimidade Democrática e Legislação Governamental na União Europeia”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 106.

<sup>115</sup> Cfr. JON ELSTER, “Deliberation and Constitution making”, *Deliberative Democracy*, ed. Jon Elster, Cambridge University Press, 1998, pp. 97-122. De elevado interesse dogmático se revela o debate entre ALAIN RENAUT e JÜRGEN HABERMAS no domínio das novas abordagens da democracia e da governança, este último confrontando as teorias do contrato social, da democracia deliberativa e da razão comunicativa – JÜRGEN HABERMAS “Au-delà du liberalism et du republicanism, la démocratie délibérative”, *Délibération et gouvernance: l’illusion démocratique, Raison Publique*, n.º 1, Bayard, Octobre 2003, pp. 52-57.

<sup>116</sup> Cfr. JOSHUA COHEN, “Democracy and Liberty”, *Deliberative Democracy*, cit., pp. 186-187. Mais especificamente, propõe-se a adoção de métodos de discussão pública para o debate livre e informado entre os cidadãos e os poderes públicos sobre a escolha de medidas coletivas que lhes dizem respeito (v.g., princípios de justiça social, reforma do sistema eleitoral, distribuição dos bens sociais).

<sup>117</sup> Cfr. JAMES FEARON, “Deliberation as Discussion”, *Deliberative Democracy*, cit., p. 63.

<sup>118</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Suhrkamp Verlag GmbH, 1992, pp. 324-335, e *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp Verlag GmbH, 1999, pp. 284-291.

<sup>119</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Zur Verfassung Europas – ein Essay*, Berlin, 2011, p. 45.

<sup>120</sup> Cfr. MAURIZIO FIORAVANTI, *Costituzionalismo – percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, 2009, pp. 155-156.



*genético, informador e conformador* do Estado Constitucional democrático, seja como *quadro de referência e esquema pré-compreensivo da ordem jurídica pública*. Nesta aceção, toma-se o direito constitucional como cerne do direito público e a constituição como centro regulativo: o princípio contratualista aponta para um projeto constitucional *inclusivo e pluralista*, continuamente aplicado, que se renova a cada passo e se assume como “método de discussão pública”<sup>121</sup>, adotado no seio de uma comunidade política erigida sob laços de *interdependência e conectividade*<sup>122</sup>. É, por isso, de dizer com A. CASTANHEIRA NEVES, que a Constituição reflete “o pacto político-social fundamental e o estatuto político-jurídico da comunidade que através dela se define como comunidade política e se organiza em Estado – que tanto é dizer que pela constituição a comunidade se define a si mesma, seja em termos fundadores, refundadores ou revolucionários, na estrutura do poder político, nas instituições e valores político-jurídicos fundamentais e ainda no reconhecimento de direitos que tem também por fundamentais”<sup>123</sup>.

Para além deste sentido, pode assentar-se um outro, que articula a função de *autovinculação* com a natureza *compromissória* da constituição política<sup>124</sup>: neste contexto, a constituição surge ligada a uma ideia de “contrato social intergeracional”<sup>125</sup>, o que, digamos assim, dá à vontade das partes (os *constituent groups*) um sentido prospetivo e não fixista,

---

<sup>121</sup> Cfr. THOMAS R. POPE, *Social Contract Theory in American Jurisprudence: Too Much Liberty and Too Much Authority*, cit., pp. 24-65; e RON REPLOGLÉ, *Recovering the Social Contract*, cit., pp. 3-4.

<sup>122</sup> Como ensina J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 218, “numa sociedade plural e complexa, a constituição é sempre produto do «pacto» entre forças políticas e sociais. Através de «barganha» e de «argumentação», de «convergências» e «diferenças», de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um *compromisso constitucional* ou, se preferirmos, a vários «compromissos constitucionais».

<sup>123</sup> “O direito interrogado pelo tempo presente na perspetiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 83 (2007), p. 52.

<sup>124</sup> Cfr. MAX MÜLLER, *Der Kompromiß*, cit., pp. 144-145. A caráter compromissório da Constituição de 1976 é sustentado por J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 218-219, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, cit., pp. 346-347, e PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, I, Coimbra, 2010, pp. 155-171 [já FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976: a Transição Dualista*, Coimbra, 1988, p. 133, vê naquela constituição, em sentido contrário ao compromisso, uma “bipolarização estrutural” que perpassa toda a constituição, indiciando “duas Constituições” e desmultiplicando-se “em múltiplas contradições secundárias”]. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, I, cit., pp. 155-156, sublinha que a Constituição de 1976 e as suas revisões assentam em vários e sucessivos compromissos ou pactos político-jurídicos entre os intervenientes, identificando como subjacentes àquela constituição quatro tipos de compromissos: “*compromissos genéticos, compromissos normativos, compromissos aplicativos e compromissos político-procedimentais*”.

<sup>125</sup> Entre nós, propugna tal entendimento PAULO FERREIRA DA CUNHA, *O Contrato Constitucional*, Quid Juris, 2014, pp. 13 e 17: “essa magna carta é também um contrato; é antes de mais um contrato. O maior dos contratos, o mais importante e fundante de todos os outros, numa sociedade. Para mais, no nosso caso, trata-se de uma constituição reconhecidamente compromissória, em que, como numa boa negociação contratual, cada parte (cada *partido*) cede um pouco, para todos ganharem [...], no nosso caso, não é um pacto primordial que está em causa, mas um contrato bem claro e visível, escrito, codificado, datado e até com cláusulas de revisão [...]: a nossa Constituição é um contrato público, social, intergeracional, para a construção de uma sociedade «mais livre, mais justa e mais fraterna»”.

na medida em que eleva as gerações futuras a parte integrante do contrato social fundamental.

## 6. Significado histórico-dogmático

Na tratadística jusracionalista, o conceito de contrato social entre governantes e governados (*pactum subjectionis*, *pacte de gouvernement*, *Herrschaftsvertrag*<sup>126</sup>) conformou a tradicional separação de uma *esfera pública* e de uma *esfera privada*, que constitui um elemento essencial da ordenação jurídica clássica do Estado de Direito<sup>127</sup>. Como se verá, apenas com os *maître-penseurs* do contratualismo moderno, a dicotomia entre *público* e *privado* deixou de constituir uma distinção empírica e passou a estar fundamentada racionalmente: como sublinha JOHN RAWLS, aquelas teorias colocaram o fundamento da liberdade pessoal na separação do Estado face aos indivíduos e na afirmação de que o poder público *apenas se torna legítimo* quando emanado do consentimento tácito ou expresso da comunidade<sup>128</sup>. Observe-se que, na parte final do século XVI, se iniciara uma fase que alguma doutrina qualifica por *época da publicização*, traduzida num movimento de emancipação do direito público, enquanto disciplina jurídica autónoma, face ao direito geral ou comum, para além dos quadros dogmáticos do direito romano<sup>129</sup>.

A fundamentação racional do direito público na ideia de *contrato* ou *pacto social* surgiu, deste modo, elaborada e explicitada em diversos tratados políticos da modernidade e do iluminismo, que afloram quase exclusivamente temáticas de direito público, em torno da *ordenação constitucional do político*, da *natureza e formas de Estado* e da *origem e limites do poder político*. A este respeito, é de dizer com NORBERTO BOBBIO, que a uma sistemática geral do direito, que compreendesse ao mesmo tempo e com igual dignidade tanto o direito privado como o direito público, jamais se chegara antes da tratadística do direito natural<sup>130</sup>. Neste campo, o que aproximava os escritores jusnaturalistas não se cifrava tanto na adoção de um *método racionalista*, mas na composição de um *modelo epistemológico aberto*,

<sup>126</sup> Sobre o conceito de *Herrschaft*, cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 26-27.

<sup>127</sup> Nesta linha, NORBERTO BOBBIO, “Vico e la teoria delle forme di governo”, *Bolettino del Centro di Studi Vichiani*, Napoli, 1978, pp. 5-27, associando as doutrinas contratualistas à densificação da “«grande dicotomia» entre direito público e direito privado”.

<sup>128</sup> *Palestras sobre a História da Filosofia Política*, cit., pp. 32-35.

<sup>129</sup> Cfr. MICHAEL STOLLEIS, *Storia del Diritto Pubblico in Germania*, Milano, 2008, p. 4. V., ainda, CHARLES EISENMANN, “Droit public, droit privé”, *Revue du droit public*, vol. LXVIII, 1952, pp. 903-979 ; LOUIS-AUGUSTIN BARRIÈRE, “Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé”, *De l'intérêt de la summa divisio Droit Public-Droit Privé?*, ed. Baptiste Bonnet/Pascale Deumier, Dalloz, Paris, 2010, pp. 7-30, e AGATHE VAN LANG, “Le point de vu d’une publiciste”, *ibidem*, pp. 31-37.

<sup>130</sup> *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, cit., p. 35.

suscetível de ser preenchido com os mais diversos conteúdos ideológicos – que remonta a GRÓCIO e a HOBBS –, e do qual são devedores tanto SPINOZA, como PUFENDORF, LOCKE e ROUSSEAU.

Tal modelo explicativo incluía a *formação da sociedade civil* (que pressupunha uma fase inicial ou pré-estadual), a *fundação do Estado* com base no contrato (fase contratual) e o *modo de exercício do poder político* (fase estadual). Trata-se, de resto, de um *modelo dicotómico – estado de natureza e estado civil* –, contraposto e antitético, que identificava esferas e zonas qualitativamente distintas ou separadas. Da contraposição entre os dois estados (natural e político) – *axioma fundamental do contratualismo moderno-iluminista* –, resultava, como elemento constitutivo do primeiro, uma ordem natural na qual indivíduos singulares (isolados e não associados), atuam seguindo não a razão, mas os *instintos* e as *paixões*, e, como elemento constitutivo do segundo, a *união racional* dos indivíduos num corpo político, organizado segundo um *contrato social* de conteúdo variável e dotado de *instrumentos políticos diversos* (direito de resistência ativa ao tirano, deposição e rebelião contra *tyrannus rex*)<sup>131</sup>. Subjacente a essa estruturação dualizada estado de natureza-estado civil encontra-se, em geral, a distinção entre *direito privado e direito público*<sup>132</sup> e, em particular, a afirmação de que o *princípio de legitimação* da sociedade política radica no *consenso*.

---

<sup>131</sup> Também na literatura jurídico-política portuguesa se observa a força irradiante das doutrinas contratualistas, sobretudo a partir do século XVII – recorde-se a obra de FRANCISCO VELASCO DE GOUVEIA, *Justa Acclamação do Serenissimo Rey de Portvgal Dom João O IV*, Officina de Lourenço de Anveres, Lisboa, 1644 – que apontava no sentido de que o poder régio, ainda que de origem divina, pertencia aos povos, que o delegavam nos soberanos através de um *pacto* com eles estabelecido: aqueles desempenhavam um *officium*, norteados pelo objetivo de assegurar a justiça e a *salus publica*, cujo incumprimento – que transformava o monarca num “tirano de governo” – levava a que os súbditos, sempre titulares do poder *in habitu* (ainda que não *in actu*), pudessem reassumir esse mesmo poder – cfr. ANA RAQUEL MONIZ, “Traços da evolução do Direito Administrativo português”, *Sep. do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011, p. 268. Por outro lado, o estudo dos últimos grandes juspublicistas do absolutismo português permite constatar que não estariam imunes ao contributo dos pensadores políticos da *Aufklärung* no que respeita à necessidade de limitação do poder público pelo Direito e à conservação da liberdade natural e civil do homem – assim, PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE e ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS. Este último pode mesmo ser considerado um representante das doutrinas contratualistas no quadro da ciência jurídica portuguesa do século XVIII, defensor de um “jusnaturalismo grócio-pufendorfiano”, conjugado, ao nível da organização do poder político, com a tradição nacional (Rei, Cortes e Estados do Reino) e, por conseguinte, adepto de um “contratualismo renovador do tradicionalismo jurídico nacional” – JOSÉ ESTEVES PEREIRA, *O Pensamento Político em Portugal no Século XVIII - António Ribeiro dos Santos*, Lisboa, 2005, pp. 180, 334-337 e 377-378.

<sup>132</sup> Nesta linha, cfr. NORBERTO BOBBIO, “Vico e la teoria delle forme di governo”, cit., pp. 5-27, salientando que os jusnaturalistas fazem apelo, com base na “dicotomia estado de natureza-estado civil”, ora a um sentido *axiológico e sistemático*, que compreende toda a vida social do homem numa relação de contraposição entre estados (estado natural e estado “artificial”, criado com base em “convenções”), ora a um sentido *historicista*, na medida em que o processo de formação do Estado se explica como passagem do estado de natureza para o estado civil, justificando a própria demarcação conceptual entre Estado e Sociedade Civil, por definição, com lógicas, regras e interesses distintos.

Por outro lado, afirmar que a invocação da contrato social se apresenta, na generalidade dos autores, como *histórico-factual* representa um *topos* amiúde revisitado e, não raras vezes, equívoco<sup>133</sup>. Efetivamente, na filosofia jusnaturalista e jusracionalista resulta indissociável do conceito de “contrato social” um sentido *historicista*, na medida em que o processo de formação do Estado se explica como passagem do estado de natureza para o estado civil, segundo uma lógica evolucionista-mecanicista. No entanto, ao aprofundarmos a *intentio* que, em cada caso, presidiu à mobilização de tal modelo, verifica-se que ao conceito de “contrato social” subjaz tanto um sentido *histórico-factual* como *hipotético-explicativo*. Assim, advirta-se que, na *generalidade* dos autores, a historicidade do pacto originário não se reconduz a um elemento factual *preciso* e *determinado*, constituindo antes um *princípio explicativo* do axioma contratualista ou o *fundamento ético-antropológico* em que assenta o Estado. A abordagem, neste domínio, varia de autor para autor, não sendo possível importar para esta sede qualquer espécie de padronização. Há quem parta do *homem natural* (ROUSSEAU), há quem parta do *homem civilizado* (KANT). Para certos autores clássicos – como LOCKE ou ROUSSEAU –, o contrato social e a transição do estado de natureza para o estado civil são geralmente descritos, além do plano teórico-explicativo, com referências histórico-factuais (contingentes e determináveis), o que torna o contrato, digamos assim, num *instrumento destinado a eternizar esse presente*.

Noutros autores, como HOBBS, PUFENDORF e KANT, a transição para o estado civil e o contrato celebrado alcançam maior abstração (na filosofia kantiana, são, *a priori*, um *produto da razão* – “*Blosse Idee der Vernunft*”, lhe chamou KANT), atingindo com RAWLS, SCANLON e BUCHANAN o nível de dispositivos puramente *hipotéticos* e *contrafactuais*. De resto, diga-se que, no espaço neocontratualista dos finais do século XX, a *posição original* não equivale a um dado antropológico ou histórico – baseado em observações culturais e análises comportamentais do *genus* humano –, mas a um ideal normativamente prescrito, visando-se, antes, retomar, com uma *argumentatio* jurídico-política renovada, a procura de uma teoria da justiça edificada num *acordo hipotético* entre indivíduos livres e iguais<sup>134</sup>.

Questão distinta consiste em saber em que termos as doutrinas contratualistas transitavam da factualidade (*sein*) para a legitimidade e para a validade (*sollen*) e, nesse domínio, não há como negar que, na tratadística do direito natural, o contrato social fundamentava o dever-ser constitutivo do direito. Em coerência, a *legitimidade* do exercício do poder estadual e a *validade* das normas editadas por este poder tinham por base o

<sup>133</sup> Sobre este aspeto, cfr. HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 116-119.

<sup>134</sup> Cfr. SAMUEL FREEMAN, *Justice and the Social Contract*, cit., pp. 17-44.

consenso ou o pacto social, que constituía a forma originária de fundamentação jurídica<sup>135</sup>. Pelo que se afigura possível discernir uma relação unicitária entre os *pressupostos históricos* e os *critérios de legitimação, scilicet*, entre o consensualismo como princípio de legitimação do poder político e a pressuposição de um “apport” histórico-culturalmente devenida de transição de um estado de natureza para o estado civil. Simplesmente, do consenso, enquanto facto, não poderá deduzir-se “o critério da verdade e da justiça”, tal como da vontade, enquanto facto, se não pode fazer derivar a validade de qualquer norma<sup>136</sup>. Não subsistem dúvidas que em causa estão construções dogmáticas *ex post facto*, que visam interpretar um objeto que lhes foi previamente dado a conhecer. Ao que acresce considerar a impossibilidade de, a partir de um postulado zero inicial<sup>137</sup>, operar uma verdadeira *inversão do curso da história* que a transição estado de natureza-estado civil faria supor, ou alcançar o sentido e a validade última da juridicidade a partir de uma autêntica *posição original* a-histórica, imune ao carácter dialógico da experiência histórico-socialmente situada. Daí se poder afirmar, recordando a imagem da *Ave de Minerva*, que *o teorema do contrato originário levanta voo só ao entardecer, quando as sombras da noite começam a cair*, na medida em que surge racionalmente apenas *após* os factos, alçando voo sobre um sistema político-social historicamente constituído ou fundado<sup>138</sup>.

## 7. Significado jurídico-administrativo

Intrinsecamente ligada aos problemas jurídicos da *legitimação e limitação do poder público* e à *constitucionalização das liberdades*, a *ideia de contrato, pacto ou consenso social* não esgota o seu âmbito de aplicação no quadro da teoria da constituição, pressupondo a inserção da juridicidade e da justiciabilidade no universo obscuro do *imperium* da administração pública. As doutrinas contratualistas encontram-se ligadas à representação liberal-individualista do Estado Administrativo do século XIX, produzindo consequências institucionais no que tange ao “modelo administrativo ocidental” (legalidade administrativa, controlo da atividade administrativa e prestação de contas), que suporta a

<sup>135</sup> Cfr. GIUSEPPE DUSO, “Pacto Social y Forma Política”, cit., p. 12.

<sup>136</sup> Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., p. 297.

<sup>137</sup> Convém recordar as considerações de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *L’Ancien Régime et la Révolution*, Paris, 1856, pp. X-XI, observando que o projeto de criação de uma ordem nova que emergiu da Revolução, simbolicamente traduzido num novo calendário a partir do *l’an un*, com o propósito de abolir o passado e fraturar a história não obteve plena realização, em face da presença de um ambiente cultural, institucional e administrativo vindo de trás e que transitou para França pós-revolucionária.

<sup>138</sup> Na senda de HEGEL, *Princípios de filosofia do Direito*, Lisboa, 1990, prefácio, *in fine*.

*autoridade e a obediência cívica* (o binómio autoridade e liberdade como perfil da relação Estado-particular)<sup>139</sup>.

Efetivamente, o modelo administrativo clássico do Estado Constitucional, acolhido em larga escala na Europa continental, foi, em determinados aspetos, influenciado pela corrente democrática contratualista, *maxime* no que toca à amplitude da vinculação do executivo ao legislativo e à crença na virtude da centralização e da verticalidade enquanto baluartes da liberdade dos cidadãos<sup>140</sup>. A estruturação de vários modelos administrativos ocidentais inspirou-se na teoria democrática, através de um sistema de que fazem parte o princípio da legalidade das decisões administrativas, o princípio da fiscalização parlamentar da atividade administrativa, o princípio da responsabilidade ministerial e o desenho de uma organização administrativa de tipo concentrado, burocrático e com forte subordinação hierárquica (*modelo clássico unitário de administração*<sup>141</sup>).

O direito administrativo surgiu e desenvolveu-se dentro de uma lógica de “unidade da administração”, que concentra no governo ou no titular do poder executivo a responsabilidade pela direção de toda a administração pública. Por aqui se pode falar na *unidade originária* da administração estadual oitocentista e na articulação entre a organização administrativa (modelo piramidal, ministerial e legal-racional) e a legitimação político-democrática da administração pública, através da responsabilidade política do decisor perante um órgão colegial eleito por sufrágio direto e universal. Na senda de PAULO OTERO, é nesta ligação entre a unidade da administração pública assegurada pelo órgão de topo do executivo e a sua responsabilidade política perante o parlamento que o direito administrativo se foi construindo ao longo dos últimos duzentos anos, transformando-se a

---

<sup>139</sup> O exercício do poder administrativo assenta originariamente num equilíbrio delicado entre a liberdade e a autoridade: limitar a liberdade individual pela autoridade, prescrevendo um dever de obediência ao serviço do bem comum – cfr. as expressivas reflexões que lhe dedicou OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 140-142.

<sup>140</sup> Sobre a projeção da ideia de contrato social nas instituições administrativas post-revolucionárias, cfr. A. BARBOSA DE MELO, “A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público”, *Estudos da Contratação Pública, I*, Coimbra, 2008, pp. 7-21, e “Introdução às Formas de Concertação Social”, cit., pp. 18-30. Cfr., também, LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 2010, pp. 48-49; GASPAR ARIÑO ORTIZ, “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 172 (2007), pp. 79-85; e FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du Droit Administratif*, cit., pp. 29-69.

<sup>141</sup> Cfr. GÖRG HAVERKATE, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, *Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart. Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem*, Bd. 46, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Walter de Gruyter, 1988, pp. 217-218; e BRUN-OTTO BRYDE, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, *Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart. Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem*, cit., pp. 181-182.

unidade administrativa em instrumento do *princípio democrático* e em fator de *legitimação da administração pública*<sup>142</sup>.

Neste sentido, o modelo administrativo clássico, centralizado e burocrático visava salvaguardar na prática do Estado democrático a ideia da autodeterminação dos cidadãos nos assuntos administrativos (“*autarquia*”), através de um sistema de que é parte essencial a fiscalização parlamentar da atividade da administração, sujeitando-a a controlo do “titular originário do poder”<sup>143</sup>. Ao Parlamento caberia, portanto, fiscalizar se a vontade do povo ou da Nação, expressa na lei formal, era, efetivamente, executada pelos ministros<sup>144</sup>. A aplicação das regras jurídicas relativos ao domínio das intervenções administrativas, bem como a determinação *em concreto* dos interesses públicos a prosseguir pela administração ficavam, assim, sob o controlo da comunidade universal dos cidadãos ou eleitores através da vigilância crítica do poder legislativo. Para além disso, o elemento democrático exigia que o poder público adquirisse uma estrutura *centralizada e hierarquizada*: a organização administrativa deveria ser estruturada segundo o modelo burocrático/monocrático (“organização departamental”), de modo a permitir que os membros do governo dispusessem de poderes de direção verticais sobre todos os agentes enquadrados no seu ministério e ainda que espalhados pelo território nacional.

Nas palavras de E. SCHMIDT-ABMANN, “na conceção tradicional do direito administrativo, a administração era definida de maneira «residual» ou «negativa»”, aparecendo “como um bloco fechado, hierarquicamente ordenado e articulado no plano interno, de acordo com o dogma da unidade da administração e traduzindo, como tal, um conglomerado de carácter unitário”<sup>145</sup>. O certo é que, aqui, as doutrinas contratualistas da

---

<sup>142</sup> *Legalidade*, cit., p. 316, e *O Poder de Substituição – enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, Lisboa, 1995, pp. 793-797. De modo idêntico, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit., p. 59; e E. SCHMIDT-ABMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, p. 429.

<sup>143</sup> Na síntese de A. BARBOSA DE MELO, “A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público”, *Estudos da Contratação Pública, I*, Coimbra, 2008, p. 18., “esse controlo seria obtido, assim se pensa, por duas vias: *ex ante*, pela reserva em favor da lei parlamentar da definição da estrutura fundamental e da regulação do essencial das ações e omissões dos órgãos administrativos e seus titulares, nomeadamente quanto às medidas que tocam na liberdade e propriedade dos cidadãos ou, mais tarde, quanto às medidas que afectem quaisquer direitos subjectivos das pessoas (*princípio da legalidade*); e *ex post*, pela sujeição da atividade administrativa à vigilância e fiscalização do parlamento”.

<sup>144</sup> Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, pp. 263-265. No sistema inglês de administração judiciária, que conhece uma intervenção judicial mais intensa, o princípio *ultra vires* veio a constituir um instrumento fundamental para definir os limites da intervenção administrativa, exercendo uma função de controlo dos atos praticados pelos ministros que fossem para além da autorização parlamentar – cfr. PAUL CRAIG, *Administrative Law*, London, 2003, p. 5. Sobre a aplicação da doutrina *ultra vires* ao direito contratual da administração pública no sistema inglês, *infra*, II, 33.4..

<sup>145</sup> “Principes de base d’une réforme du droit administrative”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, p. 429.

*Aufklärung* influenciaram, de forma determinante, o modelo administrativo clássico, intelectualmente “re-construído” como se fosse expressão da ideia democrática, e cujas grandes linhas se ajustavam à realidade administrativa da época liberal e à concepção individualista do Estado.

Por outro lado, no período liberal, a centralidade assumida pela *lei* no direito administrativo<sup>146</sup> resultava da função que a mesma exercia como expressão da vontade geral (tal como decorria do artigo 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789) e elemento de garantia dos cidadãos face aos abusos dos poderes públicos, assumindo-se concomitantemente a função administrativa como a execução dessa vontade geral<sup>147</sup>. O *princípio da legalidade* assumiu-se, deste modo, nos países de “regime administrativo”, como veículo difusor da legitimidade democrática, junto das estruturas da administração: executar a lei pela administração seria aplicar ao conteúdo de atos concretos a vontade geral do soberano, comunicando-se-lhes a legitimidade democrática da decisão legislativa<sup>148</sup>. Por isso, na *representação individualista liberal*, a redução do poder político ao poder do Estado tinha como consequência a eliminação de privilégios particulares (corporativos e de classe), a rasoura de todas as formas de autonomia coletiva e, bem assim, de todos os corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> Observa E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1998, p. 40, que o “direito administrativo é filho da instituição no sistema revolucionário do «reino da Lei», [...], pelo que é, «em virtude da Lei», que se pode exigir aos cidadãos a obediência”.

<sup>147</sup> Cfr. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne, Oeuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, Vol. 3-4, Hachette, 1910, pp. 449-450, onde se encontram referências ao princípio da legalidade administrativa herdado da tradição revolucionária de base rousseauiana. Como observa J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., p. 23, “a primeira das raízes doutrinárias do princípio da legalidade, designadamente sob a forma da *reserva de lei*, é a *concepção jusnaturalista dos direitos do homem*”: por força de um “contrato social ou do contrato de Estado (*Staatsvertrag*)”, os indivíduos acordaram “sacrificar parte da sua liberdade e propriedade às exigências de vida em comum contrárias à ordem natural das coisas”, assumindo “tais limitações no pressuposto de que elas revestiriam a forma de lei, isto é, de regra jurídica geral”.

<sup>148</sup> Cfr. MARIO NIGRO, “Il ruolo dei giuristi nello Stato Liberale”, *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Vol. II, Milano, 1988, p. 332-334. A organização administrativa era tanto mais democrática quanto melhor assegurasse a execução da lei, como forma de expressão da vontade popular, pelo que SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 70, observa que, no modelo administrativo clássico, mercê da dimensão executiva, “obedecer à administração era obedecer à lei, que é o mesmo que dizer obedecer ao povo soberano”. Ademais, a própria administração pública “constituiu um outro momento fundamental do programa revolucionário. Tratava-se de uma reação contra a hereditariedade e venalidade dos cargos públicos e da afirmação do princípio de acesso aos cargos públicos segundo a capacidade dos indivíduos e sem outra distinção que não fossem as virtudes e talentos do indivíduo (cfr. Constituição de 1822, artigos 12.º e 13.º) [...], o exercício de cargos e funções públicas não poderia radicar em condições particularísticas de privilégios” – J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 123.

<sup>149</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 2003, p. 18, mencionando que a democracia rousseauiana era inimiga das autonomias infraestaduais, “onde se acoitavam os inimigos da nova ordem e as resistências à revolução”.



No entanto, hoje, muito distantes estamos da concepção liberal-positivista do princípio da separação de poderes e do modelo administrativo clássico, centralizado e burocrático. Desde logo, a imagem de uma administração “uniforme e homogênea”<sup>150</sup>, à qual correspondia um *modelo unitário de administração*, foi superada pela “pluralidade orgânica da administração pública”<sup>151</sup>, pela emergência de uma plêiade de novos entes administrativos<sup>152</sup> e, mais recentemente, num quadro de *policentralidade de poderes transestaduais*, por um sistema de administração europeia multi-nível<sup>153</sup>.

Deste modo, facilmente se observa o contraste entre o modelo unitário de administração, herdado do Estado liberal, e o modelo plural da administração contemporânea, assente na *participação* das forças sociais nas tarefas administrativas e no *pluralismo* de legitimidade democrática<sup>154</sup>. Por outro lado, o sentido de evolução do Estado Social e de serviço público no último quartel do século XX determinou que o poder administrativo não se reduzisse a um *poder secundário* ou *meramente executivo da lei*<sup>155</sup>, subordinado à vontade geral expressa pelo parlamento, assistindo-se, antes, em matéria de poderes do Estado, ao reforço do protagonismo decisório do executivo<sup>156</sup> e ao progressivo

<sup>150</sup> Cfr. FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du Droit Administratif*, cit., pp. 56-60.

<sup>151</sup> Debruçando-se sobre a quebra do modelo clássico unitário de administração pública e a afirmação do pluralismo orgânico da administração pública, cfr. GÖRG HAVERKATE, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, cit., pp. 217-258; BRUN-OTTO BRYDE, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, *Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart. Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem*, cit., pp. 181-216; GUNNAR F. SCHUPPERT, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, *DÖV*, Bd. 40, 1987, pp. 757-768; e RUDOLF MÖGELE, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, *BayVBl*, 1987, pp. 545-549.

<sup>152</sup> A pluralidade de ordenamentos jurídicos infra-estaduais geradora, neste plano, de uma diversificação e/ou especialização organizatória e de uma multiplicidade de relações entre as fontes administrativas tem conhecido expressão nas fórmulas da “galáxia administrativa” (GARCÍA DE ENTERRÍA/RAMÓN FERNÁNDEZ), da “administração proteiforme” (ROGÉRIO SOARES), do “poliformismo administrativo” (GÉRARD TIMSIT) e da “neofeudalização da legalidade administrativa” (PAULO OTERO).

<sup>153</sup> Sobre a “europeização do direito administrativo”, com reflexos ao nível do relacionamento das fontes de direito, da organização administrativa, do poder regulatório e normativo, da eficácia transnacional das decisões e do ativismo jurisdicional dos tribunais europeus, cfr. MARIO P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 55-57 e 61-73, e *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Vol. I, a cura di Mario Chiti/Guido Greco, Giuffrè Editore, 2007; e ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez – Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, 2012, pp. 453-475.

<sup>154</sup> Cfr. W. HOFFMANN-RIEM, “The potencial impact of social sciences on Administrative Law”, *The Transformation of Administrative Law in Europe*, hrsg. Matthias Ruffert, European Law Publ., München, 2007, pp. 209-210.

<sup>155</sup> Cfr. HANS PETERS, *Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt*, Krefeld, Scherpe, 1965, pp. 12-13 e 29-32. Ao lado da administração tradicional de *autoridade*, assistiu-se, um pouco por toda a parte, durante a segunda metade do século XX, ao desenvolvimento de uma *administração fornecedora de prestações sociais*, de *serviço público*, *constitutiva (gestaltende Verwaltung)* e *infraestrutural*, que viu ampliada as suas estruturas orgânicas para responder à multiplicação das necessidades coletivas, algumas delas constitucionalmente impostas e configuradas como direitos fundamentais.

<sup>156</sup> V.g., admissibilidade de *regulamentos administrativos independentes*; concepção do *poder discricionário* como um meio adequado à realização da *ideia de direito* pela administração; possibilidade de

enfraquecimento do papel desempenhado pelos parlamentos<sup>157</sup>. Decorrência das abordagens liberais defensoras da supremacia do parlamento, a visão de um mundo em que a expressão da vontade geral da coletividade se concentrava no parlamento tombou diante da “desmistificação da perfeição da lei”<sup>158</sup> e da “erosão do princípio da legalidade administrativa”<sup>159</sup>. Ainda que a representação individualista liberal do Estado se tenha encontrado mais ou menos próxima da realidade administrativa do século XIX, as profundas alterações ocorridas durante a segunda metade do século XX encarregaram-se de a distanciar dos factos, conduzindo inevitavelmente à desconstrução do esquema clássico da teoria democrática e do seu *standard* normativo.

Isso não significou o afastamento da ideia de contrato na “re-construção” (*continuum*) do modelo administrativo ocidental: ao invés, aquela ideia é parte integrante da sua história sucessiva, submetendo-o a uma revisão contínua, onde “as forças sociais e o poder público se reposicionam e reconstituem continuamente”<sup>160</sup>. No nosso tempo, a ideia de contrato *renovou-se*, integrando novas dimensões apreensíveis sob a lupa de um “compromisso social” entre os cidadãos e o Estado Administrativo, poderoso fator de realização da paz social e de eficácia do direito positivo<sup>161</sup>.

A esta perspetiva não é alheia a constatação do *fortalecimento da teoria do direito administrativo* (*Verwaltungsrechtslehre*<sup>162</sup>) no quadro do direito público, a qual se vem

adoção pela administração de *providências concretas em determinadas circunstâncias excepcionais sem uma específica cobertura legislativa* [artigo 209.º, g), da CRP]; reserva à administração da adoção, por princípio, das *providências individuais e concretas necessárias à execução das leis*.

<sup>157</sup> Sobre este tópico, cfr. o estudo de PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária*, Principia, 2001, pp. 205-226.

<sup>158</sup> J.-C. BÉCANE/M. COUDERC/ J.-L. HÉRIN, *La Loi*, Dalloz, 2010, pp. 53-67, em especial sobre a *dessacralização da lei parlamentar*, a *legislação governamental* e a *produção normativa de gabinete*.

<sup>159</sup> Cfr. FRANCESCO SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 59-61, aludindo, também, ao fenómeno da *deslegalização* e à tendência para a substituição da lei pelo regulamento na tarefa de criação de disciplinas jurídicas iniciais sobre as matérias.

<sup>160</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Il Contratto Sociale, Oggi*, Napoli, 1992, pp. 31 e 40-41. Cfr., também, RON REPLOGLE, *Recovering the Social Contract*, cit., pp. 3-4; TERRY CARNEY/GABY RAMIA/ANNA YEATMAN, *Contractualism and Citizenship*, Federation Press, 2001, pp. 3-18; ROBERT DENHARDT, *Theories of Public Organization*, cit., pp. 72-73 e 111; e PATRICE CANIVEZ, “La réalité historique du contrat social”, *Approche renouvelée de la contractualisation*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2007, pp. 35-46.

<sup>161</sup> Esse “novo compromisso social” adquire expressão nas constituições políticas dos Estados, em especial na *constituição administrativa* e nas sucessivas revisões constitucionais, que abriram espaço à *participação administrativa*, à *responsabilidade pública de garantia*, ao *pluralismo administrativo*, ao *direito administrativo da cooperação*, à *democratização da administração pública*, etc.. Como observa J. ROUX, “La Constitution comme contrat”, cit., p. 452, referindo-se à realidade francesa, as sucessivas revisões constitucionais introduzem na constituição administrativa disposições que traduzem um novo compromisso político-social (v.g., a regulação pública e a assunção de uma responsabilidade pública de garantia da realização de certos fins institucionais do Estado).

<sup>162</sup> Cfr. W. HOFFMANN-RIEM, “The potencial impact of social sciences on Administrative Law”, *The Transformation of Administrative Law in Europe*, cit., pp. 209-210. Sobre a abordagem científica da

assumindo como “equivalente funcional da teoria da constituição”<sup>163</sup> na tarefa de racionalização e sistematização da *administração pública democrática*. Neste sentido, passa a procurar-se o nervo ordenador do sistema jurídico na estrutura administrativa (*Verwaltungsstaat*) e na legitimação de um “poder administrativo autónomo” face ao legislador, o que permite, *de iure constituendo*, desvelar fontes alternativas, libertando a administração de poder derivado ou apenas “indiretamente legitimado”<sup>164</sup>.

O que pode acrescentar a ideia de contrato social neste contexto? Enquanto *princípio regulativo da ação pública*, a ideia de contrato funciona como operador hermenêutico no que concerne à reconfiguração do papel e das responsabilidades do Estado Administrativo e à reinterpretação das formas de relacionamento deste com a Sociedade: a *cooperação* sistemática entre público e privado, a *participação* das forças sociais nas tarefas administrativas e nas decisões públicas, a assunção de uma *responsabilidade pública de garantia* e a *prestação de contas* pelos agentes administrativos integram o “compromisso social” entre o Estado administrativo e os cidadãos *como um contrato* ou *como um processo análogo a relações contratuais (als ob)*, constituindo premissas fundamentais do modelo administrativo contemporâneo.

Aproveite-se o ensejo para afirmar que a ideia de *Estado Administrativo Cooperativo (kooperativen Verwaltungsstaat)*<sup>165</sup>, quanto a nós, é aquela que se encontra em harmonia com aqueles valores primordiais que constituem a razão de ser (*ratio*) do teorema do contrato, pacto ou consenso social. Além disso, não é difícil vislumbrar-se o *potencial aplicativo* da ideologia contratualista em matéria de vinculações da administração pública<sup>166</sup>. Isto justifica a introdução de soluções de “temperamento” de um poder

---

*Verwaltungsrechtslehre*, cfr. NORBERT WIMMER, *Dynamische Verwaltungslehre*, Springer Wien, 2010; GÜNTER PÜTTNER, *Verwaltungslehre*, Beck, 2007; GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Nomos Verlagsges, 2000; e WERNER THIEME, *Verwaltungslehre*, Carl Heymanns Verlag KG, 1984.

<sup>163</sup> Expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1340.

<sup>164</sup> Nestes termos, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1340.

<sup>165</sup> Cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Mohr Siebeck, 2005, p. 55.

<sup>166</sup> Um bom exemplo disso mesmo enquadra-se no âmbito da tematização da *sustentabilidade* e do relevo conferido a uma “administração pública sustentável”, onde a alusão à *ideia de contrato* modela a intervenção administrativa no espaço social e visa reforçar as exigências de *responsabilidade* e o *vínculo que une as gerações presentes às gerações futuras*: assim, entre nós, PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, cit., p. 139, utiliza esse sentido como substrato das políticas públicas, mencionando que a intervenção administrativa (nos domínios ambiental, social e económico financeiro) vincula-se a observar “que o presente seja ditado pelo futuro, numa preocupação crescente com as gerações futuras, interpretando-se o fideicomisso como compromisso ou contrato entre os vivos e os que estão por nascer, sem que a geração presente possa consumir, esgotar ou sacrificar as gerações futuras, antes a sua preservação intergeracional constitui preocupação do presente – é a solução da *administração sustentável*”. Sobre a tematização da

administrativo excessivamente fortalecido, autorreferenciado e autossustentado (porque, cada vez mais, à margem da legitimação parlamentar). À “administração dirigente” não pode deixar de se contrapor uma “administração plurivinculada”<sup>167</sup> e responsável perante os cidadãos (poder originário).

As transformações ocorridas na transição para um *Estado Cooperativo e Garantidor* significaram, por conseguinte, um “reequacionar do equilíbrio envolvendo o binómio liberdade e autoridade” – circunstância que tem levado alguma doutrina a aludir a uma verdadeira “revolução administrativa”, que, no século XXI, se tem vindo, paulatinamente, a instalar<sup>168</sup>. No aspeto que nos interessa por, agora, destacar, observa-se que, para além de estabelecer autoritária e imperativamente os quadros jurídicos vinculantes da ordem jurídica administrativa, o Estado Administrativo instituiu, também, uma ordenação normativa dentro da qual se torna viável a *comunicação* e a *negociação* dirigidas à *cooperação* e ao *consenso*, não apenas nas áreas da administração de prestações e nos complexos domínios económico-sociais em que a intervenção estadual foi requerida, mas ainda em zonas consideradas, por natureza, reservadas à atuação unilateral das autoridades administrativas. Neste sentido, *público* e *privado* repositionam-se, surgindo não como polos opostos, mas como setores colaborativos, de ação concertada e de responsabilidades partilhadas<sup>169</sup>.

Está aqui suposto o papel do particular no seu estatuto de cidadão comprometido, empenhado e socialmente responsável que procura e aceita contribuir para a realização do bem comum. O particular não é visto como mero “administrado” *objeto do poder público*, não é apenas *destinatário* da atividade administrativa, nem surge reduzido ao denominador comum de um *consumidor final*. No fundo, o particular não é o mero súbdito do Estado-Polícia, não é o *cidadão socialmente descomprometido* do Estado Liberal e também já não é o simples *utente* dos serviços do Estado Social. Pelo contrário, ele é *sujeito na relação jurídica procedimental, é participante e colaborador na atividade administrativa*<sup>170</sup>.

Complementarmente, diz-se que a relação entre a administração e o particular não é tipicamente *episódica* e *conflitual*, mas uma relação *continuada* e *duradoura* entre “partes

*responsabilidade inter-geracional como decorrência de um contrato implícito, tácito ou não escrito*, cfr. Ages, *Generations and the Social Contract: The Demographic Challenges Facing the Welfare State*, (eds.) Jacques Véron/Jacques Légaré/Sophie Penneç, Springer, 2007, pp. xi-xv, 7-11 e 301-302; e ALBERT WEALE, *Democratic Justice and the Social Contract*, Oxford University Press, 2013, pp. 227-231 e 253-254.

<sup>167</sup> As expressões são de SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um novo direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 92.

<sup>168</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, cit., p. 127.

<sup>169</sup> Cfr. BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat – Aktive Bürgergesellschaft. Eine Analyse für das Bundeskanzleramt*, Hannover, 2001, p. 22.

<sup>170</sup> Cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., p. 56.

cooperantes”: em determinados domínios, é perceptível que o particular assume ou é convocado a assumir um novo papel de *ator* que partilha com o Estado a missão de realizar o interesse público<sup>171</sup>.

É este fenómeno de emergência da sociedade (“*the steering of society*”) – de uma sociedade pós-estadual que contribui para a realização do bem comum –, aliado ao aprofundamento da participação dos cidadãos no cumprimento de tarefas de interesse público, que nos oferece uma compreensão reabilitadora do princípio democrático<sup>172</sup> e, em último termo, da *ideia de contrato social* que vai modelando o equilíbrio e o espaço de intervenção entre sociedade (liberdade/participação) e Estado (autoridade ao serviço do bem comum). A administração pública não é mais compreendida como uma estrutura monolítica, burocrática, fechada e distante dos cidadãos<sup>173</sup>, afirmando-se, em diversas áreas de atuação, como “administração recetiva à cidadania”.

## 8. Significado jurídico-internacional

Os arrimos dogmáticos do contratualismo não esgotaram o seu âmbito de aplicação no interior da ordem jurídica estadual – ao invés, projetaram-se na formação do direito internacional público moderno e na esfera das relações internacionais, para lá do foro interno do Estado. Neste domínio, podemos afirmar que o *approach* contratualista visa possuir alcance *universal*<sup>174</sup>, nele estando implícita uma pretensão de “unidade do sistema normativo”, que se vem manifestando em períodos históricos distintos, no que tange aos

---

<sup>171</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., p. 150. Isto traz como consequência que certos setores da administração pública tendem a ordenar-se e a agir com uma preocupação de *mobilização e ativação* da capacidade dos particulares para a realização de objetivos e de fins públicos, implementando medidas que apontam para a responsabilização do particular-beneficiário. O *modelo colaborativo, de ação concertada ou de negociação* entre o setor público e privado em ordem à realização de objetivos públicos figura como uma das premissas fundamentais do direito administrativo contemporâneo, opondo-se, por exemplo, à clássica ação autoritária e unilateral nos domínios económico-sociais (“*dirigismo económico*”). Neste espaço discursivo, o *interesse público* é compreendido como uma “empresa mista”, apela-se à *partilha de responsabilidades* entre Estado e entidades particulares (especialmente nas áreas da saúde, do ensino, da ação social, do ordenamento do território e urbanismo), à *ativação de responsabilidades privadas* em domínios tradicionais de intervenção pública, a esquemas de *contracting out*, de externalização e de delegação de responsabilidades pela execução de tarefas públicas.

<sup>172</sup> Cfr. BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat*, cit., p. 9, densificando aquilo que designa por “*bürgerlicher Staat*”. Já nesta linha, perspetivando o “*princípio da cidadania administrativa*” como *princípio ativo do ordenamento jurídico democrático* do Estado Social, cfr. GIOVANNI MARONGIU, “Gli Istituti della Democrazia Amministrativa”, *La Democrazia come Problema*, Vol. I, Tomo 2, Bologna, 1994, p. 481.

<sup>173</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, p. 448.

<sup>174</sup> Cfr. GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, cit., p. 284.

problemas jurídico-políticos da *fundamentação* e da *validade* das normas de direito internacional público<sup>175</sup>.

No campo do direito internacional público, a *ideia de contrato* foi invocada como fundamento da coexistência de ordenamentos jurídicos diversos no contexto de uma comunidade internacional enquanto *sociedade de Estados*<sup>176</sup>. Nessa medida, os Tratados de Vestefália – o de Osnabruck e o de Munster –, que, em 1648, puseram termo à Guerra dos Trinta Anos, representaram, no continente europeu, um marco histórico decisivo, já que formalmente legitimaram o surgimento de novos Estados independentes<sup>177</sup>. Ademais, a ideia reguladora de *pacto social* sempre foi, em geral, utilizada pela dogmática na concretização de princípios jurídicos fundamentais de direito internacional, tipicamente ligados ao pensamento jusracionalista (v.g., liberdade e igualdade soberana dos Estados, autodeterminação dos povos, reciprocidade, consentimento, dever de cooperação, *pacta sunt servanda*, etc.). Assim, as tentativas de *fundamentação* do direito internacional a partir de *princípios de direito natural* remontam, essencialmente, aos escritos da Neo-Escolástica, da Escola de Direito Natural e aos pensadores da *Aufklärung*<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> Cfr. CHARLES LEBEN, *The Advancement of International Law*, Hart Pub., Oxford and Portland, 2010, pp. 11-120; N. QUOC DINH/P. DAILLIER/A. PELLET, *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1999, pp. 42-73; e AFONSO QUEIRÓ, “Fundamento do Direito Internacional”, *Estudos de Direito Público, Vol. II*, Tomo II, Coimbra, 2000, pp. 197-223.

<sup>176</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Principles of International Law* [1952], The Lawbook Exchange, New Jersey, 2003, pp. 314-315.

<sup>177</sup> Procedendo ao reconhecimento da independência dos Países Baixos e da Confederação Helvética, o Tratado de Vestefália colocou, assim, a ideia de contrato social no centro da construção normativa e doutrinal do direito público (*Ius Publicum Europaeum*). O Tratado de Vestefália representou, mesmo para alguns, a “primeira Carta Constitucional da Europa”, base de um embrionário Direito Público Europeu – cfr., a este respeito, LEO GROSS, “The Peace of Westphalia, 1648-1948”, *American Journal of International Law*, Vol. 42, n.º 1, pp. 20-41; N. QUOC DINH/P. DAILLIER/A. PELLET, *Direito Internacional Público*, cit., pp. 42-73; J. L. BRIERLY, *Direito Internacional*, Lisboa, 1965, pp. 15-39; JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional*, Coimbra, 2006, pp. 65-78; e J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, 2010, pp. 108-111.

<sup>178</sup> Não obstante a importância da Neo-Escolástica para a afirmação do direito internacional como um ordenamento jurídico universalmente válido, baseado numa *lei natural* (elemento exterior e superior aos Estados) aplicável a todos os homens e em toda a parte, a rotura científica que criou as condições necessárias para o desenvolvimento do direito internacional moderno foi promovida pelos cultores da Escola de Direito Natural. A aplicação de premissas racionalistas-contratualistas como *fundamento* do direito internacional foi levada a cabo, durante os séculos XVI e XVII, surgindo inicialmente nas obras de ALBERICO GENTILI (*De Jure Belli*) e, sobretudo, de HUGO GRÓCIO (*De Jure Belli ac Pacis*) e de SAMUEL PUFENDORF (*De Jure Naturae et Gentium*). Destarte, foi no quadrante do jusnaturalismo racionalista protestante que o direito internacional público adquiriu uma base não confessional, secularizada e reguladora de um direito comum entre Nações.

A *tradição do direito natural* e a *ideia de pacto social* conformam, assim, a fundamentação de um direito internacional racionalista numa comunidade de Estados soberanos, perdurando até ao século XIX. A ideia de contrato social explicava-se de forma simples e escorreita: do mesmo modo que se deveria partir do indivíduo soberano e dos seus direitos naturais para o Estado, também se tornava possível alcançar a submissão do Estado soberano ao direito internacional com base no consenso e na manifestação de vontade estadual – cfr. GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, cit., pp. 286-287. Recorde-se, a este propósito, a construção do suíço EMERICH DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires*

Mais tarde, sobretudo a partir do século XIX, afirma-se que a vontade dos Estados soberanos deixa de estar vinculada pelo direito natural, uma vez que ela pode modificá-lo ou, pelo menos, interpretá-lo soberanamente. O *voluntarismo* alcança um lugar primordial na fundamentação do direito internacional, sendo as regras de direito internacional obrigatórias na ordem internacional em nome do *princípio da soberania estadual*. O *sistema interestatal* está alicerçado no princípio básico da *soberania estadual*: os Estados são soberanos e iguais entre si; a sociedade internacional é uma sociedade interestadual; o direito internacional é também um direito interestadual que não se aplica aos indivíduos; relativamente às fontes, o direito internacional é um direito derivado da vontade e do consentimento dos Estado soberanos, derivando os tratados de um consentimento expresso e o costume de um consentimento tácito. Por aqui se chegava a um direito internacional exclusivamente fundado no consentimento dos Estados quer seja *expresso* (na celebração de tratados), quer seja *tácito* (enquanto aquiescência do costume). As normas de direito internacional alicerçavam-se numa simples base de legitimação formal do poder, dispensando a *veritas* ou a *ratio* e reconduzindo o direito à *voluntas* estadual.

Na ótica das correntes positivistas-voluntaristas e estadualistas do século XIX e da primeira metade do século XX, a vinculação internacional dos Estados estabelecia-se com base na manifestação de uma vontade expressa em termos estritamente *contratuais* ou *associativos* (*Vereinbarung*), admitindo como obrigatórias no ordenamento internacional apenas as normas jurídicas que fossem expressão da *voluntas* do poder político dos Estados. Eleva-se, assim, no domínio das relações de poder público, a vontade dos Estados (e a prescrição político-estratégica) a modo por excelência de manifestação da vinculatividade do direito, que ora se materializa na *lex*, na ordem interna, ora no *tractatus*, na ordem internacional – *dualismo* jurídico-normativo<sup>179</sup>.

A centralidade da figura do *tratado internacional* como modo de ação no âmbito do direito internacional público obtinha, portanto, a sua explicação imediata na tentativa

---

*des Nations et des souverains* (1758), Reproduction of Books I and II of the Edition of 1758, Carnegie Institution of Washington, Washington D. C., 1916, que aplicou o método jusnaturalista e a condição explicativa do *estado de natureza* às relações internacionais: uma vez que “as nações são formadas por homens naturalmente livres e independentes, que viviam em comum num estado de natureza” antes da criação das sociedades políticas, “as Nações ou os Estados soberanos devem ser considerados como outras tantas pessoas livres, vivendo em comum no mesmo estado de natureza” – *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des souverains* (1758), cit., p. 163. Consequentemente, *se os homens são iguais por natureza, também os Estados o são na soberania política*. Observa VATTEL que “a força e a fraqueza não contam para esse efeito. Um anão é homem do mesmo modo que um gigante; uma pequena república é tão soberana como o mais poderoso dos reinos” – *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des souverains* (1758), cit., p. 310.

<sup>179</sup> Cfr. DIONISIO ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale: introduzione e teorie generale*, Vol. I, Padova, 1964, pp. 37-40. A vontade comum dos Estados é a “fonte legítima” do direito internacional.

doutrinal de vincar a obrigatoriedade do direito internacional, marcando com nitidez essa vinculatividade em volta das notas *consensualista* e *voluntarista*, conformadoras de relações jurídicas bilaterais (e multilaterais) entre Estados e entre estes e outros sujeitos internacionais<sup>180</sup>. No direito internacional clássico, uma parte substancial da normatividade internacional era, por assim dizer, remetida para um *procedimento de formação convencional*, o que, em termos práticos, implicava o afastamento de atos jurídicos unilaterais emitidos por uma entidade internacional *supra partes*. O esforço da doutrina concentrou-se, assim, na tentativa de reconduzir a normação jurídico-internacional ao esquema do tratado<sup>181</sup>, numa lógica concorrente com o costume (*opinio iuris sive necessitatis*).

No entanto, a redução dos sujeitos e das normas internacionais a uma natureza meramente estadual e a ausência de uma ordem de valores morais (*justiça, jus cogens, boa fé*) nas relações internacionais colocaram a descoberto as debilidades das doutrinas voluntaristas. No pós II Grande Guerra produzem-se transformações muito significativas, designadamente com a proliferação de normas de *ius cogens*, a declaração de direitos humanos universais em documentos e pactos internacionais, a emergência do direito internacional penal, o aprofundamento da integração económica e das relações

---

<sup>180</sup> Neste domínio, destaca-se a abordagem de HEINRICH TRIEPEL. Esboçando na obra *Völkerrecht und Landesrecht* uma Teoria Geral do *Direito Internacional Associativo (Veireibbarung)* e *Contratual (Vertrag)*, procurou TRIEPEL atrair para o âmbito jusinternacionalista os postulados voluntaristas, visando alcançar uma *metateoria* suscetível de fundamentar substantivamente a obrigatoriedade do direito internacional público, em ordem a garantir a sua *legitimidade* e *eficácia* – *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899. Naturalmente, o *direito contratual em sentido positivo* passou a constituir, nesta medida, uma sede própria para a dogmática tratar os problemas do fundamento e da vinculação dos Estados nas relações internacionais.

Desde logo, generalizara-se o entendimento segundo o qual o direito internacional é produto da vontade dos Estados. Nestes termos, por força do princípio da igualdade soberana, as relações internacionais não dispensavam a *adesão* ou o *consentimento* dos Estados, sendo geneticamente marcadas pela expressão da *voluntas* estadual. As *doutrinas voluntaristas* procuravam, assim, reconduzir a legitimidade e obrigatoriedade do direito internacional à vontade de um único *Estado singular* ou à *vontade comum dos Estados*. Na primeira dimensão, fez escola a doutrina de GEORG JELLINEK, à luz da qual, nas relações internacionais, cada Estado *autolimitava* a sua conduta, em obediência a certos fins *queridos* e *pretendidos* – *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1929, p. 479 – teoria da *auto-obrigação do Estado*, com o significado de o Estado só ficar juridicamente submetido à sua própria vontade no quadro das relações internacionais. Logo, somente se produz a vinculação jurídico-internacional de um Estado perante outros sujeitos internacionais se e na medida em que tenha sido aceite pelo próprio Estado. Já na segunda dimensão, é incontornável a obra de HEINRICH TRIEPEL, perspetivando a obrigatoriedade do direito internacional na base da *vontade comum ou coletiva dos Estados*. TRIEPEL estabelece uma ligação intrínseca entre a força obrigatória da *norma internacional* e o *acordo de vontades*, seja ele o contrato (*Vertrag*) ou o acordo coletivo (*Veireibbarung*) – *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., pp. 49-62. O que TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., pp. 49-62, pretende é autonomizar a fonte de produção jurídica mais típica de direito internacional (o tratado) por via da acentuação do conceito de *Vereinbarung*. Deste modo, o fundamento da *obrigatoriedade de uma norma internacional* não procede de uma lei natural aplicável às relações entre Estados, antes repousa na “reunião de várias vontades com conteúdo idêntico” – Cfr., também, DIONISIO ANZILOTTI, *Corso di Diritto Internazionale*, cit., pp. 37-55.

<sup>181</sup> Cfr. APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag* (1920), Aalen, 1964, pp. 60-61.



internacionais, o aumento exponencial de organizações internacionais e de ONG, a codificação do direito internacional, etc.. Assim, de um direito marcadamente *intergovernamental* caminhou-se para um *direito de cooperação* (v.g., direito internacional económico) e, em certos domínios, para um *direito de subordinação em sentido estrito* (por exemplo, no tocante à manutenção da paz e da segurança coletiva na Carta das Nações Unidas ou à justiça penal internacional)<sup>182</sup>.

Na *Carta das Nações Unidas*, de 1945, e na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, são incontornáveis as refrações jusnaturalistas e juscontratualistas<sup>183</sup>, que se apoiam, em grande medida, numa matriz universalista próxima do ideal rousseauiano de um «projeto para a paz perpétua» (1760) e do ideal kantiano de implementação de um «plano para uma paz perpétua» (1795). Os *Pactos Internacionais dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP)* e dos *Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)*, de 1966, conferiram força jurídica vinculativa aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. O reconhecimento internacional da força *heterovinculativa* de tais direitos humanos em relação a todos os Estados – gozando de uma força hierárquico-normativa prevalecente relativamente a quaisquer atos internos<sup>184</sup> – criou uma constituição global dos direitos fundamentais<sup>185</sup>. A *primariedade do indivíduo* enquanto sujeito por excelência do direito internacional permite retomar a primazia dos valores morais, reavivando abordagens (neo-morais e neo-contratualistas) de *fundamentação do direito internacional* com base em valores suprapositivos, critérios éticos e princípios de justiça racionalmente aceitáveis e que transcendem a vontade dos Estados<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> Cfr. ANTONIO CASSESE, “For an Enhanced Role of *Jus Cogens*”, *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 158-171; e CHARLES LEBEN, *The Advancement of International Law*, Hart Pub., Oxford and Portland, 2010, pp. 113-132 e 165-202.

<sup>183</sup> Cfr. BARDO FASSBENDER, *The United Nations Charter As the Constitution of the International Community*, Leiden, 2009, pp. 34 e 46; R. ST. J. MACDONALD, “United Nations Charter: Constitution or Contract?”, *The Structure and Process of International Law*, Leiden, 1986, pp. 893-894; e JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional*, cit., pp. 84 e 256.

<sup>184</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Coimbra, 2007, p. 365.

<sup>185</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Coimbra, 2006, p. 289.

<sup>186</sup> A partir dos finais do século XX, prevalecem na doutrina internacional as *teses não voluntaristas*: deste modo, a obrigatoriedade jurídica das normas internacionais é aferida com base na *sociabilidade internacional* e na *solidariedade entre indivíduos* (SCELLE, POLITIS e, numa primeira fase, DUGUIT), na consideração do ordenamento internacional como *instituição a se* (SANTI ROMANO e MONACO) ou, ainda, segundo um jusnaturalismo renovado, assente em princípios jurídicos suprapositivos, valores e categorias éticas (DUGUIT, numa segunda fase, LE FUR, BRIERLY, KRABBE, LA PRADELLE, DEL VECCHIO, BERBER, TRUYOL Y SERRA e, em Portugal, AFONSO QUEIRÓ, SILVA CUNHA e GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO QUADROS). Por todos, v. ROLANDO QUADRI, “Le fondement du caractère obligatoire du droit international public”, *Recueil des Cours*, 1952, I, pp. 579-633; AFONSO QUEIRÓ, “Fundamento do Direito Internacional”, cit., pp. 197-223; e N. QUOC DINH/P. DAILLIER/A. PELLET, *Direito Internacional Público*, cit., pp. 42-73.

Neste contexto de *alteração de paradigma* e de abandono de uma *concepção estatocêntrica* (coordenação inter-estadual), que desfigura o arquétipo de Estado vestefaliano<sup>187</sup>, assiste-se ao desenvolvimento de uma fundamentação *necontratualista* do direito internacional, que aponta para a existência de uma verdadeira Constituição transnacional de vocação universal<sup>188</sup>, estabelecida na base de um *acordo hipotético* entre indivíduos livres e iguais, do qual derivam *princípios de justiça* racionalmente aceitáveis<sup>189</sup> (v.g., proteção dos direitos humanos, justiça distributiva global, democratização das instituições internacionais, dever de assistência e combate à pobreza extrema) que, enquanto “princípios de justiça global”<sup>190</sup>, heterovinculam os sujeitos de direito internacional e permitem alcançar uma reforma política das instituições internacionais em larga escala.

Nestes termos, a concepção de uma ordem política, fundada num *acordo hipotético* entre indivíduos livres e iguais, do qual se podem extrair os princípios jurídicos fundamentais de um Estado de direito democrático justo, passou a configurar um processo ascendente a *dois níveis*, moldando a “estrutura básica da ordem constitucional interna” e estabelecendo a “Lei dos Povos” reguladora da ordem jurídica internacional<sup>191</sup>. As apologias da “democracia global” (KOK-CHOR TAN, RICHARD FALK, TONY MCGREW, DANIELE ARCHIBUGI e DAVID HELD) e da “justiça global” (CHARLES BEITZ, THOMAS POGGE, BRIAN BARRY, PETER SINGER e ONORRA O’NEIL) traduziram, em geral, uma tendência de *supranacionalização política integradora* (internacional e/ou europeia), que reclama uma articulação de vários níveis (*multilevel constitutionalism*), chegando-se mesmo a propor um “modelo cosmopolita de democracia”<sup>192</sup>, que se encontra muito para além das perspetivas

---

<sup>187</sup> A soberania absoluta dos Estados e os velhos estereótipos do Estado-Nação, fechado em fronteiras territoriais, cujo poder se impõe interna e externamente como soberano, têm vindo a sofrer um processo de degenerescência, em face do enfraquecimento estadual, decorrente da *internacionalização das relações jurídicas* e da *desterritorialização do poder político*. Se o Estado-Nação assenta classicamente nos conceitos de *território* e de *soberania* num espaço delimitado com fronteiras físicas, mercê da globalização, da revolução tecnológica e da dinâmica da sociedade do conhecimento, é, hoje, inquestionável que aqueles conceitos perderam a importância que tradicionalmente detinham – aludindo à necessária revisão do conceito de Estado-Nação, cfr. VOLKER BOEHME-NEBLER, “Das Ende des Staates? Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf den Staat”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Springer Verlag Wien, 2009, pp. 145-199.

<sup>188</sup> Cfr. R. UERPMANN, “Internationales Verfassungsrecht”, *Juristenzeitung*, 2001, p. 565; JAN KLABBERS/ANNE PETERS/GEIR ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 3-30; ANNE PETERS, “Are we moving towards Constitutionalization of the World Community?”, *Realizing Utopia: The Future of International Law*, ed. A. Cassese, Oxford University Press, 2012, pp. 118-135; e LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. II, *Teoria della democrazia*, cit., pp. 572-653.

<sup>189</sup> Cfr. IAN SHAPIRO, *Political Criticism*, cit., pp. 3-16.

<sup>190</sup> THOMAS POGGE, *World Poverty and Human Rights*, Cambridge, Polity Press, 2008, p. 111.

<sup>191</sup> Cfr. JOHN RAWLS, *The Law of Peoples: with the idea of Public Reason revisited*, Harvard University Press, 2002, pp. 4-13.

<sup>192</sup> Cfr. KOK-CHOR TAN, *Justice without Borders: Cosmopolitanism, Nationalism, and Patriotism*, Cambridge University Press, 2004, pp. 1-4; DAVID HELD, *Models of Democracy*, Stanford University Press,

que restringem as obrigações mútuas ao interior de uma ordem político-constitucional, onde os mesmos cidadãos partilham idênticas concepções de justiça. Por aqui se criam condições para instituir uma identidade entre governados (cidadãos de diferentes nações a uma escala transnacional) e governantes, onde o Estado não figura como o exclusivo da supra-ordenação internacional, assumindo papéis e responsabilidades partilhadas com *pessoas, novas ordens normativas e organizações internacionais*.

No entanto, a problemática da conjugação dos “*ordenamentos internacionais*” com o “*ordenamento estadual*” não constitui o único desafio no nosso horizonte reflexivo. É mister reconhecer o naípe de novos problemas decorrentes da conjugação dos “*ordenamentos regionais*” e “*internacionais*” com o “*ordenamento estadual*”. Referimo-nos não à temática dos sistemas multinível, mas ao que FRANCISCO LUCAS PIRES chamou expressivamente de “embate de uma *dupla tenaz*, mais forte do que nunca: a da internacionalização, de um lado, e a da regionalização, do outro”<sup>193</sup>.

Ao alargarmos o diálogo da constitucionalização do direito internacional público ao domínio da *democracia constitucional europeia*<sup>194</sup>, não falta quem venha propondo a

---

Stanford, 2006, pp. 290-306; DANIELE ARCHIBUGI, *The Global Commonwealth of Citizens – Towards Cosmopolitan Democracy*, Princeton University Press, 2008, pp. 85-150; e BRIAN BARRY, “International Society from a Cosmopolitan Perspective”, *The Cosmopolitanism Reader*, ed. Garrett Wallace Brown/David Held, Polity Press, 2010, pp. 100-113, distinguindo “cosmopolitismo moral”, que pressupõe a adoção de uma constituição política transnacional e “cosmopolitismo institucional”, que aponta para uma reforma democrática das instituições internacionais. Cfr., também, no âmbito do cosmopolitismo internacional, JÜRGEN HABERMAS, *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1998, pp. 106-107, “Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?”, *Der Gespaltene Westen*, Frankfurt am Main, 2004, pp. 113-193, e “Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?”, *Zwischen Naturalismus und Religion*, Frankfurt/Main, 2005, pp. 324-365. Torna-se, por isso, indiferente na ética cosmopolita o tipo de sociedade política, de Estado ou a comunidade religiosa a que pertencem os indivíduos. A comunidade internacional é, na realidade, uma “comunidade moral”, onde os indivíduos alcançam a plena realização pessoal, possuindo direitos e deveres enquanto *cidadãos do mundo*.

<sup>193</sup> *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (seu Sentido, Problemas e Limites)*, Coimbra, 1997, p. 9.

<sup>194</sup> Já em 1997, LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (seu Sentido, Problemas e Limites)*, cit., p. 67, justificava a circunstância de “a par do «contrato inter-estatal» que está no ponto de partida das Comunidades Europeias, tenha emergido um apelo de «contrato social» e, em última análise, de «Constituição», de que a «cidadania europeia» foi, em Maastricht, um primeiro dote”. Convém notar que estão aqui em jogo duas ideias distintas de contrato. Apenas a segunda (o apelo à constituição europeia e à noção de poder constituinte) remete para a teoria do contrato social. Já a primeira tem que ver com o processo de associação política e de integração europeia – de base voluntarista e interestatal –, que resulta, historicamente, dos tratados institutivos e do estatuto organizatório. O reconhecimento da origem pactícia – em que a vontade soberana dos Estados-membros, como Partes Contratantes, se projetou no ato originário de criação das Comunidades Europeias – é inerente ao conceito de tratado institutivo (e não de contrato social). Por isso, o tópico *voluntarista* deveria, sempre que possível, encontrar plena correspondência no plano institucional, enquanto fórmula intergovernamental, de tipo realista, baseada na unanimidade decisória. A este respeito, cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, *A Teoria dos Poderes Implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*, Lisboa, 1997, pp. 357-358, sobre os domínios de intervenção do “*princípio contratualista no plano institucional*”.

criação de uma *federação* europeia, cujas bases concretas se adequassem ao acervo unificador europeu. É que a constituição de um verdadeiro “Estado europeu” não pode deixar de considerar, na sua autónoma intenção constituinte, os conceitos de *povo europeu*, titular de um poder constituinte, a ideia de *legitimação dupla* do poder político, a articulação entre os níveis *europeu, estatal, regional e local*, a compatibilidade da *legislação europeia* e da *legislação parlamentar nacional*<sup>195</sup>, etc.. No quadrante de uma teoria do “contrato social europeu”, constitui este o desafio sucessivamente adiado, o derradeiro ato da *Europa unida*, suscetível de representar um elemento congregador da identidade político-cultural europeia (a “federação dos povos europeus”), que possa garantir, a montante, o momento histórico da *instauração constitucional*.

### 9. Razão de Ordem

Quem defende a tese do apriorismo da ideia de contrato tem, naturalmente, que fundamentar, com detalhe, as premissas de que parte e as proposições sustentadas, designadamente recorrendo às fontes históricas e aos quadros clássicos da dogmática publicista. As páginas que se seguem são, por isso, dedicadas ao estudo do teorema do contrato social na história do direito público, procurando conhecer o *contexto* em que surgiu, a sua *envolvente* e aludindo, de forma particular, às *linhas de desenvolvimento do Estado moderno* e ao *advento do constitucionalismo liberal*. O binómio contrato social e poder público traduz, segundo os quadros dogmáticos clássicos, ora a “perceção da *lei como um contrato*”, constituindo aquela uma forma específica de heterorregulação normativa que tutela os direitos dos cidadãos, ora a “*perceção do Estado e da ordem jurídica pública como emanção de um pacto fundacional*”, que se assume como princípio genético (*rectius*, construtivo-racional) da ordem constitucional<sup>196</sup>. O seu tratamento sistemático não pode, em qualquer caso, desligar-se da sua dimensão histórica e potencialmente explicativa da realidade jurídica. A análise histórico-sistemática que levaremos a cabo permite sedimentar

---

<sup>195</sup> Entre nós, sobre a doutrina da *dupla legitimação*, sustentando-se a exigência de legitimar o ato fundador de uma União positivamente integradora por meio de dois momentos constituintes: o momento da feitura do “tratado-constituição”, através de uma convenção democraticamente representativa, e o momento de ratificação deste “tratado-constituição”, através da participação dos cidadãos nacionais (seja pela via dos representantes ao Parlamento ou por meio do referendo), cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, “Precisará a Teoria da Constituição Europeia de uma Teoria do Estado?” *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia, Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, cit., pp. 665-674.

<sup>196</sup> O que, necessariamente, implicará que nos detenhamos, por breves momentos, sobre o pensamento dos *maître-penseurs* do contratualismo clássico, isto sem ignorar a advertência de FRANCIS FUKUYAMA, a de que “é sempre arriscado julgar que se entendem as verdadeiras intenções de um grande pensador” – *As Origens da Ordem Política*, cit., p. 55.

a tese do apriorismo do conceito de contrato e compreender porque é que a existência de um *contrato social* entre governantes e governados constituía um instrumento de regulação de condutas das partes, frequentemente invocado pela doutrina e até pela jurisprudência.

Pode afirmar-se, na esteira de J. W. GOUGH, que não há autor que tenha tratado das grandes questões da legitimidade do Estado moderno sem que tenha tido ensejo de tomar posição sobre os princípios e figuras de direito público expostas pelas doutrinas do *contratualismo*, *individualismo* e *jusnaturalismo*, deles procurando dar uma visão de conjunto mais ou menos sistemática<sup>197</sup>. Não será, por isso, de estranhar a amplitude e a riqueza que as doutrinas do contrato, pacto e consenso social atingem na ciência jurídica e na ciência económica, avolumando o enorme acervo doutrinal produzido sobre o tema e multiplicando *novas abordagens* passíveis de *reinventá-lo* ao longo dos tempos. Neste campo, a montanha de contributos, mais teóricos ou mais pragmáticos, é incomensurável.

O problema do contrato social como base fundacional do Estado e da ordem jurídica pública existe “desde os primórdios da elaboração da dogmática do direito público”: nenhum escritor de relativo mérito nesta disciplina a desconheceu, criando-se desta sorte uma literatura muito rica e, por isso, difícil de expor.

Como em geral se assinala, “contrato social” é um termo *vago*, *confuso* e *indeterminado* que conhece aplicações e significados diversos na linguagem jurídica, filosófica, política, económica, sociológica e, inclusive, matemática<sup>198</sup>. Tal discrepância de juízos conduz, de imediato, à suposição de que o teorema do contrato tem sido tomado em múltiplas aceções, algumas muito díspares, incompatíveis entre si ou até contraditórias, o que o torna um dos mais confusos *termos* utilizados na linguagem jurídica. Podendo representar uma “ideia política”<sup>199</sup>, regulativa ou constitutiva da ordem política e social<sup>200</sup>, “contrato social” surge, correntemente, associado a uma “doutrina jusfilosófica”, a uma “metanarrativa constitucional”, a um “método de discussão pública”, a um “projeto político de cooperação social”, a uma “aliança dirigente entre Nações”, a um “programa político reformador”, etc.. Trata-se, na verdade, de uma fórmula heurístico-racional com um sentido muito amplo, devendo ser entendida como um conceito-miscelânea (*Sammelbegriff*).

---

<sup>197</sup> Cfr. J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., pp. 1-7. Praticamente nenhum manual ou tratado de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Teoria Geral do Estado ou mesmo Ciência Política, deixa de incluir nos seus conteúdos programáticos referências mais ou menos desenvolvidas sobre a temática do contrato social, debruçando-se sobre a sua génese histórica ou a sua ligação às categorias de, “Estado de Direito”, “governo representativo”, “lei formal” e “Estado Constitucional”.

<sup>198</sup> Cfr. PHILIP J. DAVIS, “Applied Mathematics as Social Contract”, *ZDM*, 88, (1), 1988.

<sup>199</sup> Na senda de FREITAS DO AMARAL, *História das Ideias Políticas, I*, Coimbra, 2010, pp. 26-27, pode dizer-se que se trata, na realidade, de uma das principais ideias políticas, em torno da “discussão sobre os fenómenos da luta pelo poder e do exercício do poder”.

<sup>200</sup> Cfr. FRANCIS FUKUYAMA, *As Origens da Ordem Política*, D. Quixote, 2012, pp. 136-138.

“Contrato social” aponta, assim, para um *conceito complexo, variável e elástico*, que resulta, em boa medida, da variedade de aplicações e de significados que pode ter na linguagem jurídica e, mais ainda, fora dela.

Não obstante, existe um significado genérico e corrente de contrato, pacto ou consenso social que, na literatura juspublicística, engloba um conjunto de princípios jurídicos fundamentais ordenadores da comunidade política (ou das suas leis) e, bem assim, de figuras contratuais (“*pactum societatis*”, “*pactum subjectionis*”, “*decretum*” “*pacte de gouvernement*”, “*gesellschaftsvertrag*”, “*herrschaftsvertrag*”, “*unterwerfungsvertrag*”, “*ursprünglicher Vertrag*”) que versam sobre um *objeto público* e, *lato sensu*, têm o denominador comum de *legitimar* uma determinada forma de governo, sob a base de uma relação de *confiança* entre governantes e governados (*fides*<sup>201</sup> ou *trust*<sup>202</sup>). Traduz, por isso, um *consenso* ou um *acordo de vontades* entre pessoas, *politicamente vinculativo*, e que é formado com o propósito de desencadear a *produção de efeitos* que se vão repercutir na esfera das pessoas que o subscrevem.

Deste modo, na nossa sistematização, estruturam-se os grandes paradigmas do contratualismo político nos movimentos constitucionais inglês, norte-americano e francês e autonomizam-se os fundamentos dogmáticos da ideia de contrato no direito público. Nessa exposição, verificamos que as doutrinas contratualistas percecionam a *lei* e a *ordem jurídica pública* sob o ângulo de um contrato implícito, tácito ou não escrito (*als ob*). Se, no primeiro sentido, a própria *lei* aparece aqui contratualizada, não só no momento da sua *formação*, mas também no momento da sua espontânea *observância* pelos cidadãos<sup>203</sup> – como é tradicional no pensamento contratualista –, já do segundo sentido resulta uma determinada visão do *Estado* e da sua *ordem jurídica* como emanações de um *acordo ou contrato fundamental* hipoteticamente concluído ora entre os cidadãos, ora, pelo menos, entre o conjunto dos cidadãos e os governantes<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> Cfr. WOLFGANG FIKENTSCHER, *De fide et perfidia – Der Treuegedanke in den “Staatsparallellen” des Hugo Grotius aus heutiger Sicht*, Beck, 1979, pp. 9-10.

<sup>202</sup> Cfr. JOHN MILTON, *The Prose Works of John Milton: The Tenure of Kings and Magistrates*, Vol. II, intro and notes by J. A. St. John, London, 1848, p. 11; e JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, ed. Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 2003, II, §149.

<sup>203</sup> Aspectos contemplados no Capítulo II (pontos 11., 12. e 13.) da Parte I.

<sup>204</sup> Temática desenvolvida no Capítulo III (pontos 14., 15. e 16.) da Parte I.

## CAPÍTULO II

### CONTRATO SOCIAL E NORMA JURÍDICA PÚBLICA

#### 10. A origem do contratualismo normativista na Antiga Hélade – a *lei-convenção* (LICOFRON) e a *obediência à lei por contrato* (SÓCRATES)

Remonta à Antiga Grécia (séculos VI a III a.C.) a utilização da figura da *lei-contrato* como *fundamento* e *categoria central* do exercício do poder público normativo. Tal como sucedera em relação a tantas outras correntes marcantes do pensamento político, também a Antiga *Hélade* surgiu como o *berço do teorema contratualista*, que, assente no binómio entre contrato e poder público, “fundou a ideia de que as leis de uma sociedade politicamente organizada brotavam de uma fonte convencional”<sup>205</sup>. Sob ponto de vista da organização política, a Grécia não constituía um Estado unitário, mas um mosaico de Cidades-Estado, formado por diversas *polies*, de reduzida expressão territorial<sup>206</sup>.

Apresentando-se como “modelo da civilização helénica”<sup>207</sup>, a *polis* ateniense destacou-se como o centro irradiador de ciência e cultura do mundo ocidental, onde ganharam vida as primeiras instituições democráticas e obraram políticos, filósofos, oradores, matemáticos e físicos, que inspiraram, de forma determinante, a evolução do pensamento europeu nas épocas seguintes. De facto, a filosofia política adquirira, sobretudo a partir do séc. V a. C. – no chamado “século de Péricles” –, um grau de desenvolvimento

---

<sup>205</sup> Cfr. J. W. GOUGH, *The Social Contract – a critical study of its development*, cit., p. 9. Sobre o contratualismo grego, cfr. M. D'ADDIO, *L'idea del contratto sociale dai sofisti alla riforma e il "De principatu" di Mario Salamonio*, cit., pp. 119-193; GIORGIO DEL VECCHIO, *Sui Vari Significati della Teoria del Contratto Sociale*, cit., pp. 5-6, e *Storia della Filosofia del Diritto*, cit., pp. 4-17; NORBERTO BOBBIO/MICHELANGELO BOVERO, *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, cit., pp. 61-63; GUIDO FASSÒ, *La Democrazia in Grecia*, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro e Giampaolo Zucchini, Milano, 1999, pp. 70-82; CHARLES H. KAHN, “The Origins of Social Contract Theory in the Fifth Century BC”, in G.B. Kerferd (ed.), *The Sophists and Their Legacy*, Hermes, Einzelschriften 44 Wiesbaden, 1981, pp. 71-95; W. K. C. GUTHRIE, *A History of Greek Philosophy, The Sophists*, Vol. 3, Cambridge University Press, 1971, pp. 55-66, 88-112, 135-147; E. BARKER, *Greek Political Theory: Plato and his predecessors*, London, 1977, pp. 66-98, 179-186; R. G. MULGAN, “Lycophron and Greek Theories of Social Contract”, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 40, n.º 1, Jan.-Mar., 1979, Pennsylvania Press, pp. 121-128; G.B. KERFERD, *The Sophistic Movement*, Cambridge, 1981, pp. 144-150; M. I. FINLEY, “Los Antiguos Griegos y su Nación”, *Uso y Abuso de la Historia*, Barcelona, 1977, pp. 187-190; WOLFGANG KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrag*, cit., pp. 12-25; e LUIS CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, cit., pp. 12-45.

<sup>206</sup> Cfr. JOSÉ RIBEIRO FERREIRA, *Hélade e Helenos, Gênese e Evolução de Um Conceito*, Instituto Nacional de Investigação Científica, Coimbra, 1992, pp. 95-125, sublinhando a *ausência de unificação política* (*rectius*, de uma Nação), a *autonomia*, a *autarcia* e a *participação direta dos cidadãos no governo* como traços tipicamente caracterizadores do sistema de *polis*.

<sup>207</sup> TUCÍDEDES, Livro II, XXXVI-XLII, *Hélade. Antologia da Cultura Grega*, trad. de Maria Helena da Rocha Pereira, Coimbra, 1982.

notável, em que florescia o sábio equilíbrio entre o rigor conceitual e a reflexão teórica e se autonomizava um tipo de pensamento político eminentemente criativo e de fecunda elegância<sup>208</sup>. Foi, também, nesta época que surgiu um *movimento fraturante* na vida social e política ateniense – a *sofística grega* –, que se impôs como uma corrente de reação anti-metafísica, de caráter pragmático e utilitário, contra os excessos do naturalismo e do idealismo da época pré-socrática. Assumindo-se como maestros e cultores da democracia da Escola da Grécia<sup>209</sup>, os sofistas formaram um movimento agitado em ideias e rico em tendências contraditórias, empregando no interior da *ágora* um novo esquema metódico, alicerçado na retórica, na oratória, na dialética e na pedagogia<sup>210</sup>.

Em oposição à tradicional perspectiva cosmocêntrica, sustentavam a adoção de um *antropocentrismo* e estabeleciam uma relação causal entre o indivíduo, a *polis* e as suas instituições, negando a tradicional supremacia destas sobre o indivíduo. Advogavam, assim, um modelo político de base *individualista e participativa*, exaltando o espaço da cidadania e a participação no governo da Cidade. Nessa ótica, o *contratualismo* surgiu como uma doutrina favorável à concepção antropológica da comunidade política, o homem foi dado, nas palavras de PROTÁGORAS<sup>211</sup>, como *a medida de todas as coisas*, e a lei escrita – a

---

<sup>208</sup> Cfr., sobre esta “época dourada” do génio grego, as reflexões de FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Coimbra, 2012, pp. 23-51. No plano do direito, inicialmente, no séc. VI a. C. – a *época pré-socrática* –, predominava uma concepção *cosmológica do direito natural* (sobre o *jusnaturalismo cosmológico* e o *idealismo* de HERÁCLITO, PARMÉNIDES, ZENÃO de Eléia e PITÁGORAS, cfr. E. BARKER, *Greek Political Theory*, cit., pp. 19-62, e OSCAR D’ALVA e SOUZA FILHO, *Polis Grega e Praxis Política*, ABC, Rio-São Paulo-Fortaleza, 2003, pp. 19-79), à luz da qual o fundamento ontológico da ordem político-social da *polis* residia numa “ordem ideal necessária”, não existindo uma verdadeira autonomia entre o mundo jurídico e o universo cosmológico-metafísico da *nomos* (como expressão da *physis* e do seu *logos* imanente). O direito participava diretamente na ordem ontologicamente imutável das coisas, “ele era em si mesmo expressão de uma essência metafísica” – CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo de Direito*, polic., Coimbra, 1968-1969, p. 52. Deste modo, os gregos não pensaram o direito como uma autónoma normatividade constitutiva – o *ius* viria a ser uma invenção romana –, antes invocavam *Diké* que, metaforicamente, cumpria os ditames de *Themis*: o problema jurídico-social mais relevante do período helénico consistiu no desvelar do sentido imanente da justiça, enquanto categoria ética, ontológica e política, e não especificamente na procura do sentido prático do direito. Daí a concepção de um direito especulativo e abstrato, alicerçado em fundamentos metafísicos e ontológicos. Para mais desenvolvimentos sobre a passagem de um paradigma jusnaturalista cosmológico (pré-socrático) da *Physis* a uma perspectiva antropológica (socrática), MARTIN OSTWALD, *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law*, London, 1986, pp. 199-265.

<sup>209</sup> Cfr. GUIDO FASSÒ, *La Democrazia in Grecia*, cit., p. 61.

<sup>210</sup> Cfr. CHRISTIAN MEIER, *La Nascita della Categoria del Politico in Grecia*, Bologna, 1988, pp. 464-478.

<sup>211</sup> PLATÃO oferece-nos alguns fragmentos do pensamento de PROTÁGORAS, qualificando-o como um defensor do poder político e da lei, a qual era entendida como fonte de uma moralidade humana, que nasce unicamente da razão e do consenso entre os homens. Com efeito, para PROTÁGORAS, é no quadrante de uma ordem política fundada no consenso que os homens aceitam submeter-se ao poder de autoridade e à obrigatoriedade de cumprimento das normas jurídicas, cabendo ao Estado *orientar o homem* na procura das virtudes, incorporando-o na totalidade política, de modo a permitir-lhe encontrar de novo a sua verdadeira individualidade – GUIDO FASSÒ, *La Democrazia in Grecia*, cit., p. 62. Uma ideia de *liberdade no e dentro do Estado*, que será, séculos mais tarde, retomada por ROUSSEAU. Sobre o pensamento político do Mestre Sofista,



*normatividade pública* – considerada, segundo LICOFRON, ANTIFONTE e HÍPIAS, mero produto convencional da vontade dos homens, nascida de um *contrato*<sup>212</sup>. Por conseguinte, o teorema sofista do pacto social assentava numa *concepção contratualista da lei*, enquanto forma específica de *heterorregulação de condutas* que simultaneamente garantia a igualdade e a proteção dos “direitos recíprocos” dos cidadãos.

Sendo assim, para os sofistas, a *lei-contrato* – que encontrava, em certos termos, correspondência jurídica no sistema político democrático ateniense – representava um instrumento, de base individualista, que firmava, no seu momento constitutivo, não apenas a *igualdade* entre as partes<sup>213</sup>, mas também a ideia antropológica de *homem* enquanto participante político ativo na regulamentação dos assuntos públicos da *polis*. Encontra-se, explicitamente, essa construção em ANTIFONTE, que alude à natureza contratual da lei (*nomos*), concebendo-a, em oposição à *physis*, como um acordo de vontades (*homologeîn*) que disciplina as relações sociais na *polis*<sup>214</sup>.

Do mesmo modo, LICOFRON acentuou a origem da normatividade enquanto produto da vontade dos indivíduos, que visa garantir na ordem político-social a igualdade

cfr. PLATÃO, *Protágoras*, trad. Ana da Piedade Elias Pinheiro, Relógio D'Água, *Humanitas*, Lisboa, 1999; W. K. C. GUTHRIE, *A History of Greek Philosophy, The Sophists*, Vol. 3, cit., pp. 63-79, 181-191 e 262-268; e E. BARKER, *Greek Political Theory*, cit., p. 63-74.

<sup>212</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO/MICHELANGELO BOVERO, *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, cit., p. 63; e DAVID BOUCHER/PAUL KELLY, “The Social Contract and Its Critics: an overview”, *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, London, 1994, cit., p. 4.

<sup>213</sup> TRASÍMACO desenvolveu o teorema do pacto social por referência a uma ideia de criação de direito igual, ínsita no contrato a que todos devem obediência, funcionando como um instrumento que impede a arbitrariedade do exercício do poder político e a proliferação do interesse do mais forte. Neste domínio se destaca a (aberta) crítica político-social promovida pela sofística relativamente às fortes desigualdades sociais que resultavam do direito positivo ateniense (*nomos*): neste sentido, CÁLICLES reconhecia nas leis a presença de inúmeros privilégios da minoria governante (“justo é o que convém ao mais forte; a lei é a vontade do tirano”), ensinando que as leis desiguais eram *contra naturam* e, por isso, injustas. ANTIFONTE, CRÍTIAS e ALQUIDAM debruçaram-se sobre os problemas do *justo e injusto*, enunciando uma ideia de direito natural, segundo a qual todos os homens são *iguais por natureza*, não devendo existir quaisquer fatores desigualdade na ordem social entre helénicos e bárbaros (ANTIFONTE), nem a manutenção da *escravatura* (ALQUIDAM) – E. BARKER, *Greek Political Theory*, cit., pp. 77-79; e W. K. C. GUTHRIE, *A History of Greek*, cit., pp. 181-292.

<sup>214</sup> No fragmento *A Verdade (Alêtheia)*, sublinhando que o caráter *sancionatório* da lei deriva da violação da convenção subjacente, voluntariamente aceite pelos membros da comunidade. Analisando o mencionado fragmento, cfr. J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., pp. 11-12; MICHAEL GAGARIN, *Antiphon the Athenian: Oratory, Law, and Justice in the Age of the Sophists*, University of Texas Press, 2002, p. 67; e VINCENT FARENGA, *Citizen and self in ancient Greece: individuals performing justice and the law*, Cambridge University Press, 2006, pp. 328 e 329. Interrogando-se sobre a incontornável distinção entre *physis* e *nomos*, conclui ANTIFONTE que, enquanto a *physis* se encontra submetida às regras físicas e imutáveis do mundo natural e religioso, a dimensão da lei escrita (*nomos*) apresenta a natureza de uma *convenção*, cuja origem resulta de um *acordo* entre os membros da comunidade, que, reunidos em assembleia (Eclésia), aprovam o conteúdo permissivo e proibitivo da prescrição legal – cfr. R. G. MULGAN, “Lycophron and Greek Theories of Social Contract”, cit., p. 122; e W. K. C. GUTHRIE, *A History of Greek Philosophy, The Sophists*, Vol. 3, cit., pp. 136 e 138.

entre os cidadãos<sup>215</sup>. Discípulo de GÓRGIAS, LICOFRON aventou um conceito de *lei-convenção*, segundo o qual a produção normativa tem como base um contrato, firmado entre os cidadãos da *politike koinonia*, cuja função consiste na “garantia dos direitos recíprocos dos cidadãos”<sup>216</sup>. Perspetivas semelhantes a esta encontram-se em fragmentos de pensamentos de HÍPIAS, TRASÍMACO e ANÓNIMO DE GIAMBILICO, os quais fundam no teorema do contrato a constituição da normatividade jurídica vigente, esquema suscetível de gerar uma nova moralidade social, assente no reconhecimento e na livre aceitação por todos do teor da prescrição legal<sup>217</sup>. Por outro lado, desenvolveram-se, ainda, conceções contratualistas, que contemplam aspetos particulares do teorema da lei-contrato: referimo-nos ao pensamento de GLÁUCON, em *A República*, a propósito da *justiça e do pacto social de não agressão entre os homens*<sup>218</sup>, e de SÓCRATES, em *Críton*, no que toca ao problema da *coaçoão política* (fundada em injustiça) e da *obediência à lei pública da Cidade-Estado*<sup>219</sup>.

<sup>215</sup> Cfr. GUIDO FASSÒ, *La Democrazia in Grecia*, cit., pp. 72 e 73.

<sup>216</sup> A *lei-convenção* de LICOFRON, de que ARISTÓTELES nos dá conta em *Política*, trad. de Torrieri Guimarães, Hemus, 2005, Livro III, Capítulo IX, pp. 90-91, cuja finalidade reside em garantir os “direitos recíprocos dos cidadãos” e a justiça nas relações sociais, tem sido objeto de diversas interpretações. Para a doutrina dominante da ciência política norte-americana (W. K. C. GUTHRIE, *A History of Greek Philosophy, The Sophists*, Vol. 3, cit., pp. 139-143, G.B. KERFERD, *The Sophistic Movement*, cit., pp. 149-150, e VINCENT FARENGA, cit., p. 328), LICOFRON, ao contrário dos restantes sofistas, encontra-se, geralmente, associado a uma teoria do contrato social de cariz *individualista e protecionista*, nos termos da qual a função das leis reconduz-se à proteção dos direitos dos cidadãos contra intromissões do poder do Estado. Seguindo de perto ARISTÓTELES em *Política*, cit., a citação da conceção de LICOFRON surge no contexto do problema da justiça distributiva, perspetivando-se o Estado como uma *aliança política entre os cidadãos*, cujas leis se tornam uma convenção que garante os seus direitos recíprocos, o que permite nas palavras de R. G. MULGAN, “Lycophron and Greek Theories of Social Contract”, cit., p. 127, associar “esse contrato social à conceção de um Estado mínimo”. Para mais desenvolvimentos sobre a ligação da tese contratualista à conceção de um Estado mínimo na sua intervenção político-social, cfr. a posição de R. G. MULGAN, “Lycophron and Greek Theories of Social Contract”, cit., pp. 121-128, que inclui a contra-argumentação à exposição de W. K. C. GUTHRIE.

<sup>217</sup> As suas posições evidenciam, na realidade, um pensamento político distinto da restante corrente sofista, na medida em que o teorema do *pactum* surge a propósito de reflexões críticas sobre as previsões normativas da lei escrita (*nomos*), concessoras de privilégios e regalias a certos grupos de destinatários, o que, nas palavras de R. G. MULGAN, “Lycophron and Greek Theories of Social Contract”, cit., p. 122, traduz uma “filosofia da desolação”, voltada mais para o ceticismo do conteúdo material das leis do que para a justificação e legitimação da ordem política. Nesta linha, cfr. também G.B. KERFERD, *The Sophistic Movement*, cit., p. 148.

<sup>218</sup> Debatendo o problema da *moralidade social*, GLÁUCON parte da premissa de que o homem apresenta uma inclinação natural simultaneamente para agredir e para evitar ser agredido pelos restantes membros da comunidade, o que conduz à necessidade de se estabelecer um *pacto de não agressão* entre todos os homens, de molde que a natureza da justiça passa a constituir um “acordo mútuo” de vontades, aceite como um compromisso social “vantajoso” para “não cometerem injustiças, nem serem vítimas delas. Daí se originou o estabelecimento de leis e convenções entre elas e a designação de legal e justo para as prescrições da lei” – PLATÃO, *A República*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, 359a.

<sup>219</sup> No âmbito da filosofia política, apresenta-se como pacífica a posição que qualifica como especificamente contratualista a perspetiva de SÓCRATES, no que respeita ao problema da obediência à lei. Nestes termos, em *Críton* (50c-53d) – PLATÃO, *Oeuvres Complètes*, Vol. I, ed. Maurice Croiset, Les Belles Lettres, 2002 –, SÓCRATES expõe, durante o cárcere, a doutrina do contrato existente entre si e as leis da cidade, como contra-argumento para se evadir da cela e evitar o julgamento, já que, segundo o filósofo, tais leis que, agora o condenam, conferiram-lhe a liberdade desde a nascença, sem quaisquer objeções da sua parte, levando-

Ora, tais construções doutrinárias não se reduziram a uma mera enunciação de conceitos, desprovida de quaisquer efeitos práticos em matéria jurídico-política. Pelo contrário, a conceção da *lei-contrato* alcançou em Atenas a dimensão de um *topos*, influenciando sobre as formas e os esquemas fundamentais do *exercício do poder político democrático*, de tal forma que o pensamento contratualista encontrava plena correspondência no sistema político-constitucional ateniense<sup>220</sup>.

Neste cenário, a democracia ateniense, obedecendo a uma *certa* estrutura territorial e social, foi concebida como uma *democracia direta*, nos termos da qual o exercício do poder político cabia diretamente ao povo. Significa isto que todo e qualquer *cidadão* estava, *per se*, qualificado para exercer funções governativas, participando nas reuniões em assembleia, tomando a palavra e votando diretamente as leis em discussão. Os cidadãos juntavam-se, deste modo, em assembleia para decidirem sobre os destinos da comunidade. Mas nisto não consistia apenas este tipo de democracia. Tratava-se, na verdade, de um *democracia direta em sentido amplo*, não apenas porque as decisões da governação eram tomadas na assembleia de todos os cidadãos, mas ainda no sentido de que a liberdade e o poder dos cidadãos se exerciam mediante a sua participação na vida da *polis*, assumindo esta “participação natureza político-institucional”, a qual abrangia a *criação*, o *procedimento* e o *conteúdo normativo* das leis.

---

o a concluir que, por força desse contrato, acordou chamar-se “filho” e “servo” das leis atenienses. Nas palavras de W. K. C. GUTHRIE, *A History of Greek Philosophy, The Sophists*, Vol. 3, cit., p. 140, “esse era o contrato celebrado entre ambos, indispensável para a própria existência do Estado [...] e para evitar o colapso da cidade”. Daí entender-se que a perspectiva socrática constitui um exemplo claro no pensamento político grego de uma teoria do pacto “por referência ao dever de obediência à lei pública, nos termos da qual tal dever de obediência às leis resulta de um contrato social” – R. G. MULGAN, “Lycophron and Greek Theories of Social Contract”, p. 125. A autonomia da pessoa deve garantir a cada membro da comunidade política que seja tratado como agente livre e autodeterminado, mas, ao mesmo tempo, por força do dever de obediência, o mesmo sujeito tem de ser havido como disciplinado, respeitador e heterodeterminado. Em tal contexto de tensão dialética, a coação pública é concebida como emanção da vontade dos obrigados e, afinal, coagidos, mas o que distancia, neste aspeto, SÓCRATES de KANT é que, para este último, a aceitação da obediência à lei pelos coagidos é, por natureza, insuscetível de lhes causar violência ou injustiça, de acordo com o princípio “*volenti non fit iniuria*” (a quem consente não se faz injustiça). Esta mesma máxima já não figura no raciocínio do filósofo helénico, pois admite que a justiça que encarna nas leis poder ser falível e, esgotados todos os recursos legais que visam obter a solução mais justa possível, não haverá, para o cidadão consciente dos seus deveres cívicos, outra atitude a tomar senão a de acatamento.

Entre nós, também MARCELLO CAETANO, “O respeito da legalidade e a justiça das leis”, *O Direito – Marcello Caetano, artigos doutrinários n’O Direito, a construção de uma teoria portuguesa de direito público*, Lisboa, 2012, pp. 74-77, se pronunciou sobre a posição de SÓCRATES no diálogo com CRÍTON, salientando que aquele “não está disposto a fazer depender o critério do justo e do injusto dos caprichos mutáveis [...], considerando os seus deveres de cidadão para com a Pátria, entre os quais figura como um dos primeiros o da veneração e acatamento das leis”; assim, “a lição deste formosíssimo diálogo parece-me ser esta: vale mais sofrer em silêncio uma injustiça individual do que pôr em causa o respeito devido a uma legalidade que assegure a Ordem social [...], esgotados os recursos legais proporcionados para obter a mais justa solução [...], sofrerá a injustiça de preferência a pôr em cheque a legalidade” – (it. nosso).

<sup>220</sup> Vejam-se, a este propósito, as considerações de J. BAPTISTA MACHADO, “Participação e Descentralização”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-2-3-4, Ano XXII, Janeiro-Dezembro, 1975, p. 74. Na mesma linha, ARNALDO BISCARDI, *Scritti di Diritto Greco*, Milano, 1999, pp. 221-238; e EMANUELE STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, 2006, pp. 69-82.

Por isso, a *politeia*, apesar de distinta das democracias atuais – em razão da pequena dimensão do território, da relativa simplicidade dos problemas e do número restrito de cidadãos, que se consagravam aos assuntos públicos –, configurava uma ordenação normativa específica, regulada por dimensões materiais e organizativo-procedimentais próprias, segundo a *medida* e as *formas* que lhe foram emprestadas durante o “século de Péricles”<sup>221</sup>. Os cidadãos participavam na formação das normas jurídicas gerais, no âmbito de uma responsabilidade própria que o ordenamento jurídico lhes cometia.

No modelo participativo-democrático ateniense, aos cidadãos eram reconhecidos os estatutos de *cidadão-demota* (enquanto membro da *Eclésia*, onde votava diretamente as leis), *cidadão-buleuta* (na qualidade de membro da *Bulé*, na qual concorria para a tomada de decisões) e de *cidadão-eliasta* (quando exercia o poder jurisdicional). Com efeito, os órgãos democráticos exerciam as funções de *aprovação de leis*, de *realização da justiça* e de *administração de recursos comunitários* – tricotomia expressa nas tarefas de *ekklesiázein*, *dikázein* e *árchein* –, não se tendo firmado uma clara demarcação entre *órgãos* competentes e *fins* a prosseguir. No âmbito da função legislativa, admitia-se a *participação direta* dos cidadãos na *Eclésia*, onde verdadeiramente se aprofundava a realização do espírito democrático, através da conformação do conteúdo das normas escritas, designadamente de natureza fiscal e financeira, urbanística e militar. Todos os cidadãos podiam tomar a palavra na *Eclésia*, discutindo propostas, propondo emendas ou sugerindo alterações às leis, e votando-as, em regra, de braço levantado. No procedimento legislativo (*nomothesia*), voltado para a produção de *nomoi*, a *Eclésia* era auxiliada pela *Bulé*, que, após a iniciativa de proposta de lei ou decreto da assembleia, elaborava um projeto (*probouleuma*), o qual, posteriormente, era debatido e votado na assembleia, preceito a preceito. Com efeito, a atividade normativa pública da *Eclésia* reconduzia-se à aprovação de Leis (*nomoi*) – que regulavam, com pretensão de durabilidade e estabilidade, matérias de interesse geral relativas à organização e funcionamento da *polis* – e de Decretos (*psephismata*) – diplomas ordinários da assembleia, hierarquicamente inferiores às leis, que disciplinavam matérias de interesse secundário, mais propensas a revisão e alteração dos próprios termos. Assim, no procedimento de emanção de *psephismata*, ao cidadão era reconhecido um poder *criativo* ou *conformador* da normatividade, na medida em que a *participação* era tomada numa *dupla* perspetiva: um poder de *iniciativa*, apresentando para o efeito uma proposta regulamentar, que era discutida preliminarmente pela assembleia e depois vertida em

---

<sup>221</sup> TUCÍDEDES, Livro II, XXXVI-XLII, *Hélade. Antologia da Cultura Grega*, cit., sublinha que o inovador regime político *democrático*, a par da organização social instituída, tornara-se um “modelo reproduzido por outras Cidades-Estado”. Sob um *regime monárquico* até ao século VII a.C., Atenas evoluiu para um *regime aristocrático* no século VII a.C. e, finalmente, para o *regime democrático* em finais do século VI a.C.. A democracia ateniense representou uma conquista alcançada pelo *demos*, cujo ponto de partida consistiu nas reformas empreendidas por CLÍSTENES em 508 a. C, mas que seria, mais tarde, ao longo do séc. V a.C., aprofundada com as reformas de EFIALTES e, sobretudo, de PÉRICLES. Com o despontar de um novo regime político, a democracia (“poder do *demos*”) passou a pressupor, simultaneamente, uma igualdade na atividade política e uma igualdade de direitos, não apenas perante a lei (*isonomia*), mas também no falar (*isegoria*) e no poder (*isocracia*) – sobre esta tríade conceitual, cfr. CHRISTIAN MEIER, *La Nascita della Categoria del Politico in Grecia*, cit., p. 291, reconhecendo especificamente a *isonomia* como igualdade de todos os *cidadãos* perante a lei (*nomos*) da cidade.

*probouleuma* pela Bulé; e um *poder de escolha*, através do voto direto na assembleia, com vista à *adoção* do decreto<sup>222</sup>.

Convém sublinhar que a variedade de sentidos que está associada a *nomos* (ou, na fórmula arcaica, *thesmos*) carregou de ambiguidade este termo. Nele se incluíam os costumes e usos, as regras divinas e a lei da *polis*. Só a partir do séc. V a. C. “*nomos*” passou a significar, fundamentalmente, a lei escrita em sentido político, que regula a organização e funcionamento interno de uma Cidade-Estado<sup>223</sup>. Até ao século IV a. C., *nomos* e *psephisma* identificam-se como conceitos sobreponíveis, podendo uma lei da Eclésia ser aprovada assumir ambas as designações: apenas se destringia o âmbito material da lei (*nomos*) do âmbito formal da sua promulgação (*psephisma*)<sup>224</sup>. A partir do séc. IV, reformadas algumas instituições democráticas, *nomos* e *psephisma* adquirem traços distintivos: *nomos* passa a identificar a *lei*, *rectius*, as leis gerais, sendo aprovadas através de um procedimento legislativo especial, designado *nomothesia*, que envolvia a participação de comissões especializadas na sua elaboração, enquanto o *psephisma* designa o *decreto*, aprovado, em via geral, pelo *demos* na Eclésia. A isto acresce a inquestionável superioridade hierárquica das *nomoi* relativamente aos *psephismata*, que com ela deveriam ser compatíveis, criando-se, inclusive, um processo judicial de declaração de ilegalidade – *graphè paranomon* – do *psephisma* incompatível com a *nomos*. Segundo a lição de JOSIAH OBER, “as *nomoi* regulavam matérias de interesse geral, com a pretensão de fixar uma disciplina de carácter duradouro e estável, enquanto os *psephismata* destinavam-se a regulamentar matérias de interesse administrativo imediato (por exemplo, a regulamentação do estatuto dos estrangeiros)”<sup>225</sup>. Sob o ponto de vista formal, leis e decretos eram inscritos em pedra ou madeira, sendo publicitados em locais públicos: “não raras vezes, nessa inscrição residia a lei oficial”<sup>226</sup>.

Em sentido rigoroso, o Estado grego encontrou-se, sucessivamente, confundido ou, pelo menos, não autonomizado da comunidade política. Naturalmente, a sua organização comunitária direta pressupunha uma reduzida extensão territorial, de âmbito quase municipal ou cantonal. Daí o fator territorial não assumir preponderância como seu elemento constitutivo, prevalecendo, ao invés, o fator *peçoal* – o Estado era, na verdade, a comunidade dos cidadãos (*politeia*), unidos ou associados sob uma ordem jurídico-política. No célebre discurso de BENJAMIN CONSTANT, pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1818, fica claro que a *liberdade dos antigos e dos modernos* revelou-se, em diversos aspetos, profundamente distinta, designadamente na conceção de *liberdade coletiva* na *polis*, em oposição à *liberdade individual* do homem no Estado moderno. Destarte, não se consolidou uma separação entre

<sup>222</sup> Cfr. H. KUPISZEWSKI, “Formazione delle leggi e forme del loro controllo nell’atene del IV secolo a. C.”, *Scritti Minori*, Napoli, 2000, pp. 467-468.

<sup>223</sup> Cfr. RIBEIRO FERREIRA, *Hélade e Helenos*, cit., p. 157; e CHRISTIAN MEIER, *La Nascita della Categoria del Politico in Grecia*, cit., p. 314

<sup>224</sup> Cfr. MOGENS HERMAN HANSEN, *Nomos und Psephisma in Fourth-Century Athens, The Athenian Ecclesia*, Museum Tusulanum Press, 1983, p. 162.

<sup>225</sup> *Political dissent in democratic Athens: intellectual critics of popular rule*, Princeton University Press, 1998, p. 145.

<sup>226</sup> Cfr. DOUGLAS MAURICE MACDOWELL, *The law in classical Athens*, Cornell University Press, 1986, p. 45. Sobre a temática dos atos normativos públicos no sistema político ateniense, cfr. F. QUASS, *Nomos und Psephisma*, München, 1971, p. 23-43; J. DE ROMILLY, *La Loi dans la Pensée Grecque*, Paris, 1971, pp. 10-54; H. KUPISZEWSKI, “Formazione delle leggi e forme del loro controllo nell’atene del IV secolo a. C.”, cit., pp. 465-472; M. OSTWALD, *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford, 1969, pp. 19-49.

Estado e Sociedade, que, conseqüentemente, tornasse clara a demarcação entre direito público e direito privado: em vez desse dualismo, existia na Antiga Hélade uma *unidade* ou *identidade* entre Estado e Sociedade, identificando-se, assim, a *polis* com a comunidade dos cidadãos. Recordando BENJAMIN CONSTANT: “a liberdade dos antigos traduzia-se em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania, em decidir na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em fiscalizar as contas, os atos e a gestão dos magistrados [...], mas ao mesmo tempo que exerciam o que os antigos designavam liberdade, eles admitiam como compatível com tal liberdade coletiva a sujeição completa do indivíduo à autoridade do conjunto”. O “objetivo dos antigos consistia na distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria [...], o objetivo dos modernos é a segurança e a autonomia nas fruições privadas”. Deste modo, “entre os antigos, o indivíduo, habitualmente soberano nos assuntos públicos, é escravo nos assuntos privados [...], ao invés, entre os modernos, o indivíduo, independente na sua vida privada, não é soberano, mesmo nos Estados mais livres, senão na aparência”<sup>227</sup>.

Observa-se, assim, que o exercício da liberdade dos cidadãos apenas se concretizava mediante a sua participação na vida da Cidade-Estado, interagindo fundamentalmente como *homines politici* e não como *homines economici*. É na *polis* que o cidadão se diferencia em liberdade, completando-se enquanto “ser” com os outros. A organização política ateniense acentuou o *comunitarismo* nas suas múltiplas dimensões: o cidadão achava-se submetido à *polis* em tudo e sem reservas, vivendo, por assim dizer, em simbiose, com a cidade, à qual o unia um destino comum de vida e de morte. À *politeia* ateniense correspondia, assim, um “vínculo identitário primordial”, traduzido na ideia de que o *político* se define sempre por referência a um exclusivismo identitário, que define as linhas de direção e de participação política. Se, por um lado, é verdade que os cidadãos exerciam diretamente o poder público, no quadro de um sistema de “*government by discussion*”<sup>228</sup>, por outro, regista-se um esvaziamento da autonomia privada e a progressiva acentuação do caráter asfíxiante do poder público, através da submissão do cidadão à *autoridade do todo*. No fundo, a liberdade individual reduzia-se à participação no governo da Cidade, pois não se exercia fora do quadro da comunidade política (*koinonia*), prevalecendo a *esfera pública sobre a esfera privada* e predominando o *domínio do coletivo sobre o individual*<sup>229</sup>.

Devemos, por conseguinte, reconhecer que foi no período helénico que se lançou o debate da *lei-contrato* (*scilicet*, da lei pública enquanto produto de uma vontade convencional dos homens), que, conjugado com o modelo político de *democracia direta participativa*, produziu uma *legalidade* assente numa estrutura consensualista. Longe de o pensamento grego ter constituído a última palavra do contratualismo como origem e essência da normatividade pública, mas foi, pelo menos, a primeira, expressando a ideia,

---

<sup>227</sup> *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes, Cours de Politique Constitutionnelle*, IV, París, 1820, pp. 238-242.

<sup>228</sup> Assim, E. BARKER, *Greek Political Theory*, cit., p. 4.

<sup>229</sup> Cfr. ARNALDO BISCARDI, *Scritti di Diritto Greco*, cit., pp. 232-233; C. MEIER, *La Nascita della Categoria del Politico in Grecia*, cit., pp. 257-258; e E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, cit., pp. 62 e 100.

desde PROTÁGORAS, passando por LICOFRON, TRASÍMACO, HÍPIAS, SÓCRATES e EPICURO, que a fonte do poder normativo e da autoridade provém do consenso (e da *prévia adesão à nomos*) e lançando na literatura do direito público o princípio (de *vocação universal*) que eleva o contrato a instituição jurídico-política, por excelência, da *fundamentação do pensamento democrático*.

### 11. A conceção contratualista da *lex publica* (PAPINIANUS) na República e da *lex regia* (ULPIANUS) no Principado

Em Roma (séculos II a. C. a IV) o teorema do *pacto fundacional* da ordem jurídico-pública não atingiu uma expressão tão vigorosa como na Grécia. Se, por um lado, o pensamento teórico dos romanos em matéria política não alcançara a profundidade e o génio grego, por outro, a influência da filosofia estoica<sup>230</sup> e a afirmação de uma mentalidade

---

<sup>230</sup> Também em Roma se manifestaram várias correntes do pensamento filosófico e da ciência política, mas vieram sobretudo da Grécia. Pode afirmar-se que a grande maioria das escolas gregas teve representantes em Roma: o estoicismo foi desenvolvido por CAIO RUFO, SÉNECA e MARCO AURÉLIO, enquanto o epicurismo foi exposto por LUCRÉCIO CARO no célebre poema *De Rerum Natura*. O estoicismo foi o sistema filosófico que mais cedo penetrou no espírito romano – cfr. SÉNECA, *Da brevidade da vida*, Coisas de Ler Edições, Carcavelos, 2005, pp. 57-95 –, sendo, nas palavras de GIORGIO DEL VECCHIO, *Lições de Filosofia do Direito*, Vol. I, Coimbra, 1959, p. 68, aquele “que melhor correspondia à índole austera e ao caráter fortemente rígido do cidadão romano”. A este sistema de ideias se associa a afirmação do “conceito de uma *lei natural*, comum a todos os homens, que se tornou familiar aos juristas romanos, quase numa crença implícita e subentendida da sua própria noção de direito positivo”. Esta ordem natural das coisas (*naturalis ratio*), que os jurisconsultos romanos colheram das normas e instituições entendidas *naturali ratione*, constitui o fundamento na época clássica do *ius naturale*, de caráter universal, idêntico e perpétuo: lembre-se, acerca do *ius naturale*, ULPIANUS, D. 1, 1, 1, 3, “*est quod natura omnia animalia docuit*”, e PAULUS, D. 1, 1, 11, “*semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale*”. Cfr., sobre este ponto, A. SANTOS JUSTO, “O pensamento jusnaturalista no direito romano”, *BFDC LXXXVII* (2011), Coimbra, pp. 21-86.

Por outro lado, no domínio da Filosofia do Direito, coube a CÍCERO a tarefa de articular o pensamento filosófico grego com o pensamento prático latino. As suas obras – *De Republica*, *De Legibus*, *De Officiis*, *De Finibus Bonorum et Malorum* – denunciam, em diversos momentos, a influência da filosofia grega (estóica, platónica e aristotélica), apontam para o primado da realização do ideal de justiça e para a concretização de princípios normativamente constitutivos, por referência a certas exigências axiológicas da *communitas*, tais como a prudência das situações concretas (*prudencia* que os romanos foram buscar à *fronesis* grega), a *bona fides*, o *animus*, a *humanitas*, a *gravitas*, a *auctoritas*, a *utilitas*, a *aequitas* e a *justa causa*. Debruçando-se especificamente sobre o problema do sentido e natureza da *obrigação política*, CÍCERO observa que a ordem política assenta contraditoriamente na autoridade e na liberdade e, reconhecendo a presença de uma tensão dialética entre *liberdade* e *coação*, fundamenta esta última dimensão num *contrato* racionalmente concluído entre todos os membros da comunidade política, propondo, nestes termos, um regime misto (*permixta constitutio*): “*quando as pessoas se temem umas às outras, o homem ao homem e a classe à classe, então, uma vez que ninguém se fia em si mesmo, faz-se uma espécie de pacto entre o povo e os poderosos, de onde se origina aquela forma mista de constituição, que Cipião elogiava*” – MARIA HELENA DA ROCHA PEREIRA, *Romana, antologia da cultura latina*, Coimbra, 2000, p. 38.

Não se confunda a *ideia de contrato* com o conceito de *contractus*. Foi sob a égide do direito romano que se autonomizou um *sistema jurídico contratual*, historicamente elaborado e consolidado no direito privado (no *ius civile*), baseado não apenas em regras jurídicas e princípios desenvolvidos pela *iurisprudencia*, mas também em *actiones* especificamente vocacionas para dirimir litígios entre as partes em conflito – cfr.

jurídica orientada para o concreto (*scilicet*, estranha a abstrações) fizeram dos romanos, sobretudo, homens de ação, comprometidos com a realidade prática da vida. Por isso, não é de estranhar que o seu legado tenha sido outro – a autonomização e constituição específica do *ius* e a emergência da *ciência jurídica*. O direito afirmou-se, nuclearmente, pela primeira vez, em Roma, como uma realidade prático-cultural, distinta do normativismo ético-político grego. E se o sentido do *ius* e o modo como a *iurisprudencia* o manifestava, por um lado, evidenciam já uma “compreensão normativa do jurídico”<sup>231</sup>, por outro, traduzem o apuramento e rigor dos jurisconsultos romanos na criação de figuras jurídicas, na formulação de princípios doutrinários e na elaboração de regras, com uma *terminologia* própria, que, é de dizer com ARNALDO BISCARDI, constituem “o alfabeto e a gramática da linguagem jurídica e de toda a Ciência do Direito”<sup>232</sup>.

Dominados por um pensamento voltado para a *actio*, do qual deriva o *ius*, os jurisconsultos romanos não se dedicaram a construções puramente abstratas, nem a reflexões exclusivamente filosóficas, operando antes a transposição destas para a *prática* do direito positivo, e assumindo, deste modo, uma perspectiva crítica na procura da solução jurídica mais *justa* em face do caso concreto, em harmonia com o *equilíbrio de interesses* e a *ordenação social*. Compreende-se, neste sentido, que, sob ponto de vista dogmático, se tenha procurado obter, no âmbito do *ius civile*, uma dilucidação entre as regras e princípios de *ius publicum* e de *ius privatum*<sup>233</sup>. Apesar de não existir uma verdadeira autonomia entre

---

JAVIER BELDA MERCADO, “Tipicidad causal, contratos innominados y sistema contratual romano”, *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Atual*, FDUL, Coimbra, 2010, pp. 463-484. Foi, na realidade, o direito romano que marcou, no espaço euro-continental, a formação do contrato como *instituição jurídica de direito civil* (*contractus*, elipse de *contractus negotii*, *contractus negotium* ou *contrahere obligationem*), ainda que desprovido da abstratização ou generalização do seu atual domínio de intervenção. Trata-se, em rigor, de um certo *tipo* de contrato, particularmente do *contrato de direito privado*, desenvolvido pela *iurisprudencia* romana, distinto da *ideia de contrato social* que penetrou no *ius publicum* romano por via da conceção da *lex* como *publica pactio* ou *rei publicae sponsio* (época republicana) e da *lex regia* (período do principado).

<sup>231</sup> Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 53.

<sup>232</sup> *Inchiesta. Studio e Insegnamento del Diritto Romano (Labeo 2)*, 1956, p. 211.

<sup>233</sup> Historicamente, a dogmática jurídica moderna faz remontar ao direito romano a instituição de uma tendencial separação entre o poder público (do Estado) e o poder privado (do *paterfamilias*), que subjaz à tradicional dicotomia entre *ius publicum* e *ius privatum* – cfr. MICHAEL STOLLEIS, *Storia del Diritto Pubblico in Germania*, Milano, 2008, pp. 23-54; MAX KASER, “«Ius publicum» und «ius privatum»”, *ZRG RA* 103, 1986, pp. 1-101; P. CAPPELLINI, “Privato e publico”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, 1986, pp. 660-687; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra, 2003, p. 57; e FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, cit., p. 54 e 57. Como observa A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I*, Coimbra, 2000, p. 29, se, inicialmente, as relações do *populus*, entendido como organização política a que modernamente se chama Estado, eram disciplinadas pela *lex* e as dos *cives* pelo *ius civile*, mais tarde, “quando a *lex* se tornou fonte do *ius*, a antiga contraposição *lex-ius* foi substituída pela nova distinção entre *ius publicum* e *ius privatum*”. O *ius publicum* podia, deste modo, ser entendido num duplo sentido: ora enquanto *produção normativa dos órgãos políticos* – abrangendo as normas que derivam da lei das XII Tábuas e de outras *leges publicae* (*lex rogata*, *pebliscitum*, *senatusconsultum* e *constitutio* imperial), segundo a respetiva hierarquia – ora como o direito que disciplina a competência e atribuições dos órgãos da organização política (a que os



ambos<sup>234</sup>, correspondendo o *ius publicum*, em larga medida, a um direito político relativo à *utilitas* ou à *res publica*<sup>235</sup>, subsistia a necessidade de se estabelecer uma regulação jurídico-política sob a veste de um *compromisso*, no plano das relações entre os *cives* e os órgãos políticos de governo da *respublica*. Ora, neste campo, novamente a *ideia de contrato*, tomada como critério de predeterminação da *lex*, opera como quadro de referência e esquema de pré-compreensão, no que tange ao problema da partilha de tarefas e de responsabilidades entre os diferentes órgãos políticos no procedimento de formação da lei.

Com efeito, assistiu-se ao desenvolvimento de *conceções contratualistas dos atos normativos públicos* no quadro político-legislativo *republicano*, como refração do princípio da participação dos cidadãos (*cives*) no procedimento de formação da *lex publica*. Recorde-se que a partir do ano de 510 até 27 a.C., Roma passara a conhecer como forma política a República, que assentava nas magistraturas, no Senado e nas assembleias populares – KARL LOEWENSTEIN refere-se mesmo a um “constitucionalismo republicado, estruturado sob uma democracia não plena”<sup>236</sup>.

---

romanos chamavam *Res publica, civitas, populus*). Na primeira aceção, o *ius publicum* é criado pela *lex*, ao passo que, na segunda dimensão, o *ius publicum* assume-se como um estatuto jurídico do político, conformando a formação da vontade dos órgãos políticos. É, portanto, compreensível o grande interesse por parte da doutrina europeia no estudo do *Direito Público romano* seja ao nível da evolução política (monarquia, república e principado) e social (do Estado patricio ao Estado plebeu), seja no plano da ação e da organização administrativas. Sobre o Direito Público romano e a sua receção na atual dogmática jurídico-administrativa, com refrações no domínio do direito fiscal, do direito do urbanismo e do ordenamento do território, do direito da organização político-administrativa e do direito penal, cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho publico romano*, Madrid, 2011, pp. 91-322; FERNÁNDEZ DE BUJÁN/GEREZ KRAEMER/MALAVÉ OSUNA, *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano*, Madrid, 2011, pp. 13-25, 77-160 e 333-408; A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, 1977, pp. 23-269; ENRICO SERAFINI, *Il diritto pubblico romano, L'età regia - L'età republicana*, Vol. I, Kessinger Publishing, 2010, pp. 187-260; FRANCESCO MAGRI, *Organizzazione politica e diritto pubblico romano*, Mariotti, 1905, pp. 23-66; CARLOS COSTA, *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, Buenos Aires, pp. 15-198; e B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Milano, 1994, pp. 3-34 e 145-242.

<sup>234</sup> Recorde-se a conceção de ULPIANUS (D. 1, 1, 1, 2), que esclarece não se tratar rigorosamente de uma distinção, mas de *duae positiones*: “*huius studii duae sunt positiones*”, pertencendo o direito público à condição do Estado romano (“*ad statum rei Romanae spectat*”) e referindo o direito privado à utilidade dos particulares (“*ad singulorum utilitatem pertinet*”).

<sup>235</sup> Por conseguinte, no entender de MICHAEL STOLLEIS, *Storia del Diritto Pubblico in Germania*, cit., pp. 4 e 8, não devemos falar num setor de direito público, dotado de regras próprias, autónomo do direito geral comum, antes da segunda metade do séc. XVI.

<sup>236</sup> *Teoría de la Constitución*, cit., p. 157. Em 367 a.C. estabeleceu-se uma repartição de poderes pelas várias *magistraturas*, as quais exerciam funções executivas e de administração da justiça. Entre as *magistraturas ordinárias*, sujeitas a relações hierárquicas e pertencentes ao *cursus honorum*, destacavam-se os *cônsules*, os *censores*, os *pretos*, os *questores* e os *edís curiis*, e, entre as *extraordinárias*, o tribunalado da plebe e a ditadura.

Para mais desenvolvimentos, cfr. F. AMARELLI/L. GIOVANNI/P.GARBARINO/A.SCHIAVONE/U.VINCENTI, *Storia del Diritto Romano*, Torino, 2001, pp. 37-47; e RIBAS ALBA, *Democracia en Roma – Introducción al derecho electoral romano*, Granada, 2009, pp. 83-140, abordando, em particular, as questões de saber *quem* podia participar nos *comitia* e *em que termos* se exercia o *ius suffragium* (aspetos reveladores de um autêntico *direito eleitoral público*).

Ora, o procedimento legislativo de formação dos atos normativos que vigorava na época republicana assentava na *participação* do *populus*<sup>237</sup> reunido nos *comitia*, que aprovava as *leges publicae*. Como sustenta RIBAS ALBA, “deve atribuir-se caráter democrático à constituição romana republicana”<sup>238</sup>: o *suffragium* era exercido em assembleia popular, onde se votava (por grupos, isto é, por *curias*, *tribus* ou *centurias*, nos respetivos comícios) a proposta do magistrado (*rogatio*). Por conseguinte, entendia-se a *lex* como uma *declaração solene com valor normativo*, feita pelo *populus romanus* que, reunido nos *comitia*, aprovava a proposta que o magistrado (presidente) apresentava e o Senado confirmava (*auctoritas patrum*)<sup>239</sup>. Subjaz à *lex* um *acordo* entre os três órgãos

---

Por conseguinte, os magistrados estavam investidos de *potestas* – representando o *populus romanus* – de *imperium* – exercendo o poder de autoridade na direção do governo da *res publica* (cônsules, pretores e ditador) – e de *iurisdictio* – administrando a justiça de forma corrente (pretores, édís curúis e questores). Por sua vez, o Senado, órgão político por excelência da República, era formado pela assembleia dos homens mais representativos da *civitas* por virtude da sua riqueza e autoridade (designação aristocrática). Apesar de não possuir o *imperium*, detinha a *auctoritas* social, exercia uma influência política preponderante sobre os restantes órgãos políticos e conferia a *auctoritas patrum* às leis votadas e aprovadas nos comícios. As suas decisões – *senatusconsulta* –, inicialmente meros atos consultivos de natureza não vinculativa, assumiram o caráter de *fonte mediata* na época republicana, e no começo do principado, de *fonte imediata* de direito. Por último, as assembleias populares (*comitia curiata*, *comitia centuriata*, *concilia plebis* e *comitia tributa*) detinham a *majestas* e exerciam funções de natureza *legislativa*, votando as leis propostas pelos magistrados, *eleitoral*, procedendo à eleição dos magistrados e *judicial*, julgando (excepcionalmente) questões de direito. As assembleias eram convocadas e presididas por um magistrado, sendo os cidadãos agrupados por classes ou grupos, com vista à votação das leis. Sobre as origens, constituição e funções dos *comitia curiata*, *centuriata*, *tributa* e *concilia plebis*, cfr. F. AMARELLI/L. GIOVANNI/P.GARBARINO/A.SCHIAVONE/U.VINCENTI, *Storia del Diritto Romano*, cit., pp. 47-54. Note-se que estes últimos elegiam os *tribuni plebis* e os seus auxiliares (*aediles plebis*), votando também os *plebiscita* que, a partir da *lex Hortensia de plebiscitis* do ano 286 a.C., passaram a gozar de obrigatoriedade geral e foram equiparados às leis comiciais.

<sup>237</sup> Etimologicamente, *populus* designava o colégio de cidadãos que participava e votava nos comícios, exercendo o *ius suffragium* (na expressão arcaica, *populus Romanus Quirites*). Com a evolução do conceito de comunidade política, o *populus* passa a designar o conjunto dos *cives* titulares de direitos e deveres políticos “que exercem funções públicas, como a eleição de magistrados e a aprovação de leis [...], sendo nesta aceção um órgão constitucional ao lado dos magistrados e do Senado” – cfr. RIBAS ALBA, *Democracia en Roma – Introducción al derecho electoral romano*, cit., p. 44, e ainda, pp. 29-48.

<sup>238</sup> *Democracia en Roma – Introducción al derecho electoral romano*, cit., pp. 56 e 21, entendendo que, neste período, a democracia também representa um *método*, que garantia a *libertas* dos *cives* e organizava a convivência social, através do sufrágio e de regras jurídicas de participação dos cidadãos na eleição de titulares para os cargos públicos, os quais exerciam o poder em nome do povo. Conclui, assim, nas pp. 21-22, que “na Roma republicana – bem como na organização municipal do Império – existiu um modelo romano de participação dos cidadãos de tipo democrático [...], o modelo de *civitas popularis*”, sendo este (e não o modelo grego) “o que constitui a raiz das instituições de participação política do Ocidente”. Neste ensejo, as categorias do *ius publicum* e da *res publica* superam, do ponto de vista constitucional, as limitações da democracia grega, demarcando-se já, com um grau de autonomia acrescida, as fases da formação da vontade popular (*lex*) nas assembleias (*comitia*) e da execução das leis nas relações jurídico-sociais (*magistratus*).

<sup>239</sup> A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I*, cit., p. 78. A atividade legislativa regula, fundamentalmente, matérias de Direito Público (v.g., constituía uma lei pública comicial a Lei das XII Tábuas – 450 a.C., segundo a tradição –, votada e aprovada pelo povo reunido nos *comitia centuriata*). As *leges publicae* mais importantes eram as *leges rogatae*, que obedeciam a um procedimento formativo faseado: *promulgatio*, *conciones*, *rogatio*, votação, aprovação pelo Senado e afixação. Portanto, o povo, reunido nos comícios, aprovava tais leis, mas, insistia-se, sob proposta do magistrado à assembleia comicial. Equiparado à

políticos supremos da *res publica*: o *populus* que vota, o *magistratus* que propõe, e o Senado que confere a *auctoritas patrum*. Este *acordo interorgânico* no procedimento de formação da *lex* explica que esta seja qualificada como *publica pactio*, sendo, a este respeito, bem expressivo o fragmento de PAPINIANUS (D. 1, 3, 1): «*lex est... communis rei publicae sponsio*».

Acompanhando de perto SEBASTIÃO CRUZ, o seu valor normativo baseava-se “num acordo (expresso ou tácito) entre quem a emite (a declaração) e o destinatário ou destinatários”, o que significa que “esta não é uma declaração unipessoal – a não ser a partir da época *decadente* do Baixo-Império –, ditada ou imposta pelo superior. Não. A *lex publica* deriva duma promessa solene da comunidade social, portanto, baseia-se num *negócio público*”<sup>240</sup>.

Por isso, à semelhança do que sucedeu na Antiga Hélade, também em Roma – ainda que matizada com um sentido diverso – se desenvolveu uma conceção *contratualista* da *lei pública*<sup>241</sup>, expressando, por um lado, a ideia de que esta constitui, no que toca ao procedimento de formação, o produto de um acordo entre diferentes órgãos políticos da *res publica* e, por outro, um parâmetro de *autovinculação* desses órgãos à estrita obediência do seu teor prescritivo, baseado na *fides*<sup>242</sup>. Mediante um tal procedimento de predeterminação

---

*lex rogata* estava o *pebliscitum* – que, a partir da *lex Hortensia de pebliscitis* (449 a.C.), adquiriu força vinculativa idêntica à das *leges* – consistindo, em geral, numa deliberação da plebe, resultante de uma proposta apresentada pelos tribunos da plebe e votada nos *concilia plebis* [GAIUS 1,3: “*est quod plebs iubet atque constituit*”].

<sup>240</sup> *Direito Romano – Lições, I*, Coimbra, 1969, p. 203. Para mais desenvolvimentos sobre o fragmento de Papiniano, cfr. CHRISTIAN BRUSCHI, “La loi comme contrat dans le droit romain”, org. Michel Ganzin, *Actes du Colloque International de l’A.F.H.I.P.*, 2008, pp. 32-38. Constitui uma interpretação muito interessante neste âmbito – que formou escola em Itália – a de GIUSEPPE BRANCA, “Convenzioni Costituzionali e Antica Repubblica Romana, *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Vol. I, Milano, 1988, pp. 77-88 (pp. 77-78), que sustenta a existência de *convenções constitucionais (convenzioni costituzionali)* no ordenamento constitucional romano, que traduziam a observância de certas regras e padrões de conduta pelos órgãos supremos da República, fruto de acordos interorgânicos, sobre procedimentos a adotar ou sobre o modo de exercício de determinadas competências. Essas convenções constitucionais podem ser vistas, segundo GIUSEPPE BRANCA, *inter alia*, nas figuras da “*auctoritas patrum*” e na “*provocatio ad populum*”.

<sup>241</sup> Desenvolvendo este tópico, FRANÇOIS QUESTANA, “La fortune de la maxime romaine «*lex...est communis rei publicae sponsio*»”, *Actes du Colloque International de l’A.F.H.I.P.*, 2008, pp. 56-84; e CHRISTIAN BRUSCHI, “La loi comme contrat dans le droit romain”, cit., 2008, pp. 13-38.

<sup>242</sup> De 242 a.C. ao séc. I d.C., a *lex* perde a sua importância e entra em declínio, mercê do aparecimento do *edicto do pretor*, que ganha primazia como fonte de direito. E a partir do séc. II, as *leges publicae*, sobretudo as *leges rogatae*, começam a desaparecer para darem lugar aos *senatusconsulta com conteúdo normativo* e às *constitutiones imperiais*. Nas palavras de SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano – Lições, I*, cit., p. 215, as *leges rogatae* principiam a diminuir extraordinariamente com a decadência dos comícios, que se verifica principalmente depois de Augusto. No séc. I, o Senado começa a sua atividade legislativa e no séc. II inicia-se a consagração do poder imperial. Perante isto, a *lex rogata* desaparece por completo antes do séc. III”, passando a “*triumfar um novo tipo de lei – a vontade absoluta do imperador, as constituições imperiais*”. Com efeito, a forma de governo foi evoluindo no sentido do absolutismo e da centralização do poder na pessoa do imperador, em sentido contrário à participação do povo nos *comitia (lex)* e à pronúncia do Senado com força de lei (*senatusconsultum*), de tal modo que não é de estranhar que, depois de

negocial da legalidade, surgindo como trâmite obrigatório de *ius publicum* e pressuposto de facto (implícito ou natural) para certas leis, alcançava-se um *compromisso político interorgânico*, gerador de uma heterovinculação normativa. Do mesmo modo ecoa no espaço público romano a assunção da lei como um *artefacto*, aposteriorístico relativamente à fundação da *res publica* – a ordem pressuposta –, talqualmente sucedera na Grécia na relação *polis-nomos*. Observa-se, contudo, que, na época republicana, a *lex publica (rogata)* encontra-se umbilicalmente ligada à *legitimação da própria solução normativa*, na medida em que a emanação da lei depende do *acordo entre os órgãos políticos* (designadamente, do povo e do Senado), circunstância que se vem a alterar profundamente no período imperial, em que a *fons existendi* daquela provém do facto de ser manifestada por um único titular do poder político (*quod principi placuit lex est*).

No entanto, a influência do “constitucionalismo republicano” perpetuar-se-ia, de uma forma simbólica, durante o período imperial, por intermédio do “dogma da «*lex regia*»”, postulando que o poder absoluto tinha como sua “fonte originária a delegação do poder político do povo na pessoa do imperador”<sup>243</sup>. Na conhecida afirmação de ULPÍANUS (D. 1, 4, 1 e Institutiones, 1, 2, 6): “*quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*”. A interpretação da *lex regia* como o fundamento do *imperium* e da *potestas* conferidas ao imperador “oscilava, à época, entre as concepções absolutistas – o *populus* havia transmitido, de forma irrevogável, a soberania em favor do imperador – e democráticas – mera *concessio* da soberania, temporária e a todo o momento revogável,

---

ADRIANO, já não haja notícias da atividade legislativa deste último órgão. No entanto, mesmo na época imperial, não deixaram os particulares de, excecionalmente, participarem no exercício de funções públicas de autoridade: referimo-nos ao instituto do *ius respondendi ex auctoritate principis*, que AUGUSTO concedera a alguns dos mais célebres jurisconsultos. De um prisma jurídico-político, estaremos, em rigor, perante uma espécie de *delegação de poderes públicos em entidades privadas*, na medida em que os *responsa* destes jurisconsultos “que até aí só tinham valor de facto, adquirem uma *auctoritas* política que se impõe ao juiz” no caso concreto, tendo ADRIANO determinado que, se tais *responsa* “forem coincidentes, alcançam a força de lei” (*legis vicem*) – SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I*, cit., p. 86-87, e A “*Fictio Iuris*” no *Direito Romano* (“*Actio Ficticia*”), I, Coimbra, 1988, pp. 161-185. Observando neste contexto um rudimentar princípio da legalidade no que diz respeito em particular à delegação, também o *ius respondendi* apenas adquiria “valor normativo por efeito duma *constitutio* imperial” – BRAGA DA CRUZ, “O Jurisconsulto Romano”, *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX, Vol. I, Edição do Conselho Geral da Ordem dos Advogados*, 1947, Lisboa, p. 72. A partir de ADRIANO (117 a 138), quando a *iurisprudencia* é considerada fonte imediata de direito, com caráter geral, GAIUS (I, 1-7) dá-nos conta de um rescrito de ADRIANO que “elevou os *responsa* dos juristas privilegiados à categoria de *leges*, fazendo-os vigorar, portanto, não só para o caso concreto, a propósito do qual tinham sido elaborados, como para todos os casos iguais, que de futuro se apresentassem” perante os tribunais, gozando, assim, da *generalidade* e *abstração* típicas das leis – SEBASTIÃO CRUZ, *ob. cit.*, p. 295. BRAGA DA CRUZ e ALMEIDA COSTA, *Lições de Direito Romano*, Coimbra, 1957, pp. 225-233, sustentam que o rescrito de Adriano abrangia tanto os *responsa* dados desde a criação do *ius respondendi* no tempo de Augusto, como aqueles que eram dados *ex novo*, “e então, esses juristas, no seu conjunto, constituíram uma espécie de *órgão legislativo*, cujas resoluções [...] passariam a vigorar como se de verdadeiras leis se tratasse”.

<sup>243</sup> Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 157.

sendo o imperador considerado um *administrator, vicarius e procurator* do povo romano”<sup>244</sup>. Os resquícios da tradição republicana da legitimação do poder não seriam todos eliminados no quadro do Principado, formando como que um rio subterrâneo que correu durante o *pensamento teológico e político medieval*, trazendo à superfície influências na corrente da *tradição política inglesa* (sobretudo em HENRY DE BRACON<sup>245</sup>, por força da *Summa Codicis* do glosador AZO DE BOLONHA) e, mais tarde, na alvorada da modernidade, na corrente dos *monarcómacos* católicos e protestantes e na Neo-Escolástica<sup>246</sup>.

## 12. O caso português: os Forais Régios enquanto *contrato social histórico* e a *predeterminação negocial de normas de ius publicum*

Durante a Idade Média, mercê do feudalismo e do regime senhorial<sup>247</sup>, o poder político encontra-se fragmentado e disseminado por várias mãos, surgindo nestas circunstâncias *privatizado e contratualizado*<sup>248</sup>. Concorrem com a administração régia no exercício do poder político a autoridade universal da Igreja, o poder (jurídico e de facto) dos senhores feudais e a administração militar. Num quadro de enfraquecimento do poder central, em que se multiplicam os centros de poder e decisão, emergem na “*poliarquia*”<sup>249</sup>

<sup>244</sup> Cfr. GIOVANNI ANTONAZZI, *Lorenzo Valla e la polemica sulla donazione di Costantino*, Roma, 1985, pp. 81-82.

<sup>245</sup> O *De legibus et consuetudinibus Angliae* de HENRY DE BRACON (De Legibus Et Consuetudinibus Angliae, Cambridge Library Collection, Vol. I, ed. Travers Twiss, Cambridge University Press, 2012, p. 38) formam uma corrente no pensamento político da Idade Média que é dominado pela ideia de que o bom governante é o que governa observando leis de que não pode dispor livremente (*rule of law*), na medida em que o transcendem, como é o caso das leis fixadas com fundamento na constituição histórica – “*ipse autem rex, non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*”. Para além disso, o tema da superioridade do governo das leis incluía o momento formal do *juramento* e da *coroação régia*. Perspetivando o *English coronation oath* dos monarcas ingleses na ótica da *lex regia*, cfr. os desenvolvimentos de CHARLES H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2005, pp. 71-74.

<sup>246</sup> T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2010, p. 149, refere-se mesmo à *lex regia* como a primeira figuração da teoria da soberania popular em sentido moderno.

<sup>247</sup> Tomando como padrão o sistema feudal francês, entre nós, não se chegou a estabelecer um verdadeiro feudalismo, mas um regime senhorial – cfr. PAULO MERÊA, “Introdução ao problema do feudalismo em Portugal”, *Estudos de História de Portugal*, cit., pp. 11-84; e MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (1140-1495)*, Lisboa, 1962, pp. 32-36.

<sup>248</sup> Cfr. J. W. GOUGH, *The Social Contract – a critical study of its development*, cit., p. 33. Durante a Idade Média, surgem-nos, também, alguns exemplos históricos de contratualização da lei – é o caso, no século V, das Leis dos Burgúndios, elaboradas com base no *consenso popular* e juradas sob a *forma solene de um pacto* que lhes conferia obrigatoriedade jurídica: “*ut definitio, quae ex tractatu nostro et communi omnium voluntate conscripta est, etiam per posteros custodita perpetuae pactionis teneat firmitatem*”. Sobre esta temática, cfr. MAURIZIO LUPOI, *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge University Press, 2007, pp. 173-195.

<sup>249</sup> Cfr. HEGEL, *Princípios de Filosofia do Direito*, Lisboa, 1990, p. 252, segundo o qual o poder residia naquela multidão de corporações e organizações políticas, económicas e sociais. Daí não se poder falar,

medieval fórmulas de *autoadministração* e o *princípio contratualista* assume-se como a base normativa da comunidade política medieval, erigida sob laços pessoais de vassalagem e ligada numa cadeia hierárquica por vínculos negociais<sup>250</sup>.

Pode, efetivamente, afirmar-se que o *método* contratualista (*concordia*) foi absorvido como *modus agendi* pelas administrações régias medievais, operando não apenas nas matérias de *ius privatum*, mas – e, sobretudo – nos domínios de *ius publicum*, influenciando sobre os esquemas fundamentais do exercício do poder político, sobre a organização concelhia e, ainda, sobre as matérias de ordenamento do território<sup>251</sup>. Consequentemente, a “invasão do contrato feudal no domínio das relações de poder, das prerrogativas, privilégios e isenções”<sup>252</sup> veio a conhecer imediata aplicação no direito medieval. Diversos aspetos apontam, estruturalmente, nesse sentido.

---

em rigor, de um modelo medieval de participação pública dos indivíduos na produção normativa. Por via de regra, o indivíduo enquadrava a sua ação nos corpos sociais (v.g., corporações de artes e ofícios, comunas, concelhos de vizinhos, ordens militares, confrarias e guildas de comerciantes, universidades), que concorriam no exercício do poder político, lado a lado, com a administração régia – cfr. R. VAN CAENEGEM, “Gouvernement, droit et société”, *Histoire de la pensée politique médiévale*, org. J. H. BURNS, PUF, Paris, 1993, p. 171. Ora, a constante *fragmentação* da sociedade em grupos autónomos (*corporações*) e a *pulverização* dos centros de poder social concorreram, efetivamente, para a ausência de um conceito sustentável de “Povo”, de “Nação” ou de “Estado” ou, ainda, de órgãos executivos que prosseguiam *interesses gerais* de uma coletividade – v. ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, p. 48.

<sup>250</sup> O *juramento pessoal*, prestado *em cadeia*, implicava uma obediência e fidelidade sem reservas, constituindo a base sobre a qual assentava o exercício do poder político e social (personalização do poder). Sobre os *contratos de dependência pessoal* ou *pactos de fidelidade* entre um vassalo e um senhor, que disciplinavam os vínculos pessoais de sujeição e o regime de atribuição de benefícios, prerrogativas e privilégios, cfr. R. VAN CAENEGEM, “Gouvernement, droit et société”, *Histoire de la pensée politique médiévale*, cit., pp. 172-201; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, 2006, pp. 97-99; PHILIPPE GENET, “Négociier. Vers La constitution du normes”, *Negociar en la Edad Media (Négociier au Moyen Âge)*, Barcelona, 2005, pp. 571-589; MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (1140-1495)*, cit., pp. 34-35 e 73; A. RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, policop., Coimbra, 1976, pp. 130-131; e PAULO MERÊA, “Introdução ao problema do feudalismo em Portugal”, *Estudos de História de Portugal*, cit., pp. 14-53 e 63-67, sublinhando que o *contrato feudal* se impôs como um instrumento regulativo social (*Feodum est contractus*), enquanto decorrência de uma organização sob a forma piramidal, a partir de uma base económica e social fundiária, estamental e feudal.

<sup>251</sup> Também HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 74, afirma que “ao contrato ou pacto correspondeu um papel muito relevante na articulação jurídica do poder público (dos poderes dos diversos senhores e, especialmente, dos monarcas e do imperador) durante a Idade Média [...], por um lado, o pacto entre o Príncipe e a representação estamental (Cortes) permitia a produção de normas. Por outro lado, o pacto é a forma habitual de articular as relações jurídicas bilaterais entre o Príncipe e os súbditos, e serve como instrumento para encomendar aos particulares o exercício de prerrogativas públicas: desde a enfeudação de territórios, ou (em épocas mais avançadas) a venda de cargos e ofícios públicos e a atribuição de direitos de utilização de bens públicos, que se regulavam através de contratos”.

<sup>252</sup> Cfr. G. SAVINO PENE VIDARI, *Elementi di storia del diritto medievale e moderno*, Torino, 2009, pp. 62-63. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., p. 96, sublinham que a administração deste período era, acima de tudo, “uma *administração de ocasião vinculada às pessoas (Personengebundene Gelegenheitsverwaltung)*”, baseada sobretudo em compromissos pessoais e não em competências e instituições.

*Primo*, o declínio da estrutura política romana (e do arsenal de figuras institucionais relativas ao exercício de prerrogativas públicas que o direito romano havia criado<sup>253</sup>), bem como a noção *patrimonial* da administração régia conduziram à consideração do *regnum* – enquanto entidade política juridicamente distinta da pessoa do Monarca – como uma *propriedade individual e privada*, que podia ser objeto de divisão hereditária e de variados negócios, como a compra e venda, a permuta ou a aquisição por dote<sup>254</sup>. Daí o monarca assumir-se, não raras vezes, como um *political bargainer* ou um *negociador do «bonum commune» em nome próprio*, que promove acordos com as corporações de profissionais, nobres, senhores feudais e membros de ordens religiosas e militares, com o fim de obter um *equilíbrio de poderes* entre as diversas forças sociais. Por conseguinte, se, por um lado, a propriedade privada é elevada a instituto jurídico fundamental da sociedade medieval – sendo a noção de *imperium* substituída pela de *dominium*<sup>255</sup> –, por outro, o conceito de *concordia* passa a figurar como o *método* por excelência do exercício do poder político, manifestando-se sob diferentes *formas*<sup>256</sup>.

*Secundo*, o sistema jurídico medieval caracterizou-se, em larga medida, ao menos no plano formal, pela *interdependência* entre direito e religião, sendo as relações de *subordinação institucional* entre os príncipes cristãos e o Sumo Pontífice reguladas, desde logo, por contrato. Neste domínio, os *acordos* entre o rei e as autoridades eclesiásticas, comprometendo-se, reciprocamente, as partes a reconhecer direitos e obrigações relativos à Coroa e à Igreja – que tomam a designação de *concórdias* ou *concordatas* (com as autoridades eclesiásticas nacionais ou diretamente com o Papado, respetivamente) –, constituem fontes de direito (posteriores à fundação da nossa nacionalidade), que produzem

---

<sup>253</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La organización y sus agentes: revisión de estructuras”. *La Administración española*, Madrid, 1985, pp. 105-106.

<sup>254</sup> Cfr. R. VAN CAENEGEM, “Gouvernement, droit et société”, *Histoire de la pensée politique médiévale*, cit., p. 188. Segundo este autor – p. 171 –, “o *publicus* passara a corresponder ao «real»”, infiltrando-se ainda, no ânimo dos monarcas, a ideia de que a própria *soberania* se podia alienar, derramando-a em pequenas partículas. Na verdade, tornou-se frequente ver os reis concederem a grandes senhores eclesiásticos ou laicos *cartas de couto* e ou de *imunidade*, onde se atribuíam autênticos poderes de *imperium* dentro das fronteiras de um certo território, acompanhadas de privilégios, regalias e imunidades concedidas a grupos específicos (e não à generalidade dos indivíduos). Na realidade nacional, as concessões de coutos, honras, beatrias e imunidades multiplicaram-se no condado portugalense a partir do século X, em benefício de senhores leigos e, sobretudo, de instituições eclesiásticas – cfr. RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *Apontamentos de História da Administração Pública*, polic., Coimbra, 2007, p. 223.

<sup>255</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, cit., pp. 48-49.

<sup>256</sup> Cfr. LÉON DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*, Paris, 1913, p. 4, para quem se tratava de uma noção apta a exprimir a “união de todos os homens, senhores e vassallos, através de uma série de direitos e obrigações recíprocas”. Sobre a *ordem da concórdia* e da negociação de dimensões jurídico-políticas na Idade-Média, cfr. JEAN-MARIE MOEGLIN, “Heurs et malheurs de la négociation” e PHILIPPE GENET, “Négociation. Vers La constitution du normes”, *Negociar en la Edad Media (Négociation au Moyen Âge)*, cit., pp. 5-26 e pp. 571-589.

efeitos jurídicos no ordenamento interno, sendo mais tarde inseridas no Livro 2.º das Ordenações Afonsinas.

No contexto da emergência da *Respublica Christiana*, as *concordatas* concluídas com a Cúria Romana assumiram uma importância decisiva, ao lado de outras figuras, como o reconhecimento pontifício do título de rei (Bula *Manifestis Probatum Est*), no desenvolvimento histórico de uma comunidade internacional, inicialmente sujeita a um direito canónico externo. No entanto, a *vinculação internacional por contrato* estendia-se, também, a acordos comerciais, de fronteira e de paz entre Reinos. Durante os primeiros reinados de Portugal, ocorreram diversas confirmações de forais relativas a certas localidades situadas em áreas de fronteira e celebraram-se *acordos de fronteira* que se encontravam relacionados com as tensões entre os monarcas de Portugal e de Castela sobre os limites geográficos entre os dois Reinos<sup>257</sup>.

*Tertio*, a sociedade política medieval apresenta uma baixa densidade demográfica e um reduzido índice de ocupação do território. Na verdade, o povoamento era disperso, muito denso em certas zonas, com espaços vazios entre elas, avultando vastas áreas inabitadas, ao alcance dos invasores. Deste modo, a dispersão do povoamento e a necessidade de autoorganização das populações possibilitaram o desenvolvimento de órgãos de governo local (*municípios*), regulamentados por normas jurídico-públicas constantes de *forais régios*. Apesar de, na sua grande maioria, os esquemas negociais régios incidirem

---

<sup>257</sup> Sobre as *confirmações de forais* e os *acordos de fronteira*, cfr. ANTÓNIO MATOS REIS, *História dos Municípios*, cit., pp. 132-135; em especial, debruçando-se sobre os termos do Tratado de Paz e Aliança de Tui, cfr. PAULO MERÊA, “O Tratado de Tui de 1137 do ponto de vista jurídico”, *Estudos de História de Portugal*, cit., pp. 309-333. Sobre as *concordias* e *concordatas*, v. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, Coimbra, 2010, pp. 212-213



sobre matérias de *ius privatum*, cedo se desenvolveram certas dimensões político-organizatórias sujeitas a uma disciplina jurídica de *ius publicum*<sup>258</sup>.

Ora, nessa tessitura histórica, observa-se que este *tipo* de contrato foi utilizado como um instrumento jurídico normativo de organização político-administrativa municipal e de vinculação do poder estatutário, por meio do qual a administração régia procurava superar a inorganicidade da comunidade política e implementar uma nova ordenação social (desde logo, em matérias de povoamento e de criação de concelhos)<sup>259</sup>. Este enquadramento é especialmente visível na técnica subjacente à emanação dos *forais régios* (que encerravam, predominantemente, preceitos de direito público) e de certas *cartas de povoamento*, em que a edição de normas concelhias obedecia a uma negociação contínua e pressupunha o cumprimento de um contrato implícito pelos destinatários de tais normas (v.g., o povoamento, o cultivo de terras, o pagamento de tributos à Coroa, etc.).

Sendo assim, produziram-se, inicialmente, documentos muito rudimentares, de natureza privatística, qualificados como *contratos agrários coletivos* e *cartas de povoação*, em que subjaz aos mesmos o intuito de povoar o que se encontra ermo ou apenas atrair nova mão-de-obra para locais já habitados. Nestes termos, os *contratos agrários coletivos ad*

---

<sup>258</sup> O facto de, comprovadamente, existir neste domínio uma negociação normativa faria supor, automaticamente, que estaríamos diante de dimensões jus-privatísticas *tout court*: no entanto, como veremos, as regras fixadas nos forais régios refletiam-se, sob ponto de vista político-administrativo, na *ordem do todo*, vinculando terceiros à observância do seu teor prescritivo. Esta mistura ou confusão de matérias privadas e públicas pode, frequentemente, conduzir a equívocos dogmáticos, ao remeter-se todos os domínios jurídico-sociais da época medieval em bloco – e sem exceção – para o direito privado. A tensão entre valores públicos e privados é especialmente visível na concessão do Condado Portucalense, que fora mais do que a simples atribuição de um governo com terra imune a D. Henrique. Na verdade, a concessão do condado surgiu como a *doação de um senhorio*, acompanhada de um vínculo de vassalagem, com a particularidade de ser *hereditário* – ou, segundo a doutrina de PAULO MERÊA, “Sobre a concessão da Terra Portucalense a D. Henrique”, *Estudos de História de Portugal*, cit., p. 279-307, uma *concessão a título de apanágio* – o que, nas palavras de MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (1140-1495)*, cit., p. 40, “fatalmente o inclinaria à independência [...], e se acrescentarmos que no território português existia um forte anseio de autonomia, teremos reunido os elementos que explicam que, desde cedo, se tenha desenhado o novo condado como uma *unidade política*” (it. nosso) – daí resultando para este autor, na p. 68, uma “unidade política, originando um Estado”. Destarte, a fundação do condado, que, posteriormente, passou a reino – oficialmente reconhecido pela Bula *Manifestis Probatum Est* do Papa Alexandre III, de 1179 – e se autonomizou politicamente como Estado, esteve envolta de um ambiente negocial, que não pode ser compreendido apenas sob a lupa do direito privado – como concessão ou doação de um qualquer senhorio – apresentando inegáveis dimensões de *ius publicum*.

Com uma argumentação substancialmente idêntica, mas relativamente ao problema e sentido jurídico do feudalismo em geral, já se pronunciara PAULO MERÊA, “Introdução ao problema do feudalismo em Portugal”, *Estudos de História de Portugal*, cit., pp. 57-70, ao considerar o feudalismo não uma série de convenções privadas, mas uma *relação associativa de natureza política*, fundada num *contrato social que ultrapassa os limites do direito privado*, e que integra prerrogativas típicas de *ius publicum* exercidas por particulares, como a *administração, a jurisdição e o fisco*, num determinado *territorium* (imune), de forma a suprir a inércia do poder régio.

<sup>259</sup> D. E. LUSCOMBE, “La formation de la pensée politique en Occident”, *Histoire de la pensée politique médiévale*, cit., p. 155-156. Na exposição que faremos em seguida tomaremos por base o caso português.

*populandum* e *ad laborandum* serviam a prossecução de políticas agrárias e de povoamento, através das quais se visava cativar colonos para zonas que se pretendiam ver povoadas e cultivadas, mediante o cumprimento de obrigações específicas, designadamente o pagamento de tributos ou a entrega de uma parcela das culturas. Com um grau de sofisticação regulamentar acrescida – prossequindo, nomeadamente fins económicos, militares e de povoamento ou, ainda, tendo em vista financiar a Coroa pela Reconquista –, surgiram as *cartas de povoação*, em que o rei, o senhor ou uma entidade eclesiástica convidavam genericamente terceiros, no sentido de ocuparem uma zona erma, ou de reforçarem, com nova mão-de-obra, locais já habitados, mediante vantagens consignadas nas respetivas cartas.

Da simples *carta de povoamento* evoluiu-se para a *carta de foral*<sup>260</sup>, no sentido de conferir reconhecimento normativo oficial às comunidades, entretanto, constituídas ou a

---

<sup>260</sup> Em geral, a doutrina qualifica como foral ou carta de foral o diploma concedido pelo rei ou por um senhorio laico ou eclesiástico – cada qual a respeito do seu domínio fundiário – a determinada terra, contendo normas que disciplinam as relações dos povoadores ou habitantes, entre si, e destes com a entidade concedente – cfr. PAULO MERÊA, “Em torno da palavra «forum»”, *Estudos de História do Direito I*, INCM, Lisboa, 2007, pp. 511-518, M. J. ALMEIDA COSTA, “Forais”, *Dicionário de História de Portugal*, II, Porto, 1989, pp. 279-287, e *História do Direito Português*, cit., pp. 205-208, 212 e 290-292; e GARCÍA-GALLO, *Aportación al estudio de los fueros*, A.H.D.E., tomo XXVI, Madrid, 1956, pp. 387-446, e *Manual de Historia del Derecho español*, vol. I, Madrid, 1975, p. 367. Veja-se, em especial, a conceção de MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, cit., pp. 97-100, entendendo o foral enquanto *lei orgânica local*. Na história do direito português distinguem-se, do ponto de vista da entidade concedente, os *forais régios* dos *forais atribuídos por entidades particulares* (entidades eclesiásticas e senhores leigos) e, segundo o critério cronológico, os *forais anteriores e posteriores à fundação da nacionalidade*.

No período da *individualização do direito português*, que decorre de 1140 a 1248, estamos perante um direito essencialmente de base foraleira (e consuetudinária), em que predominam como fontes de direito local as cartas de povoação e os forais. Compensando a falta de leis gerais, os forais constituem até Afonso III (1248/1279) uma das mais importantes fontes de direito português. Compreendem-se, assim, as *razões* que justificaram a crescente outorga dos forais, em face das preocupações de conquista e de povoamento das terras, de defesa contra as investidas sarracenas e ameaças de absorção leonesa. Com efeito, os forais desempenharam funções essenciais no povoamento, organização, defesa e desenvolvimento do território e na implantação do sistema municipal, possibilitando a consolidação das fronteiras e o financiamento da Coroa para a Reconquista, firmando o poder da cristandade por toda a Península. De facto, no que respeita à Reconquista e ao povoamento, o instrumento primacial dessa política não foi, na verdade, a lei. Para povoar e organizar as terras conquistadas, recorreu-se à concessão de inúmeras *cartas de privilégio*, de que são particular tipo as *cartas de foral*, tendo em vista promover a criação de novos aglomerados habitacionais, o arroteamento e o cultivo das terras, a criação de circuitos comerciais, infraestruturas e vias de comunicação – tudo por forma a permitir contrabalançar a extensão do poder senhorial e evitar o seu crescimento excessivo.

Além disso, a fundação de municípios através dos forais foi um acontecimento marcante para a defesa das liberdades e direitos dos homens livres. Nessa perspetiva, o município tornou-se um aliado fundamental da monarquia. Nos forais outorgados a partir de D. Afonso III, o objetivo já não consistia apenas em promover a criação de novas povoações que, na maioria dos casos, já existiam, mas o de erigir um município, concentrando no respetivo concelho a responsabilidade por um território mais ou menos vasto. Assim se consolidou na moderna historiografia o foral como um documento que criava ou disciplinava um concelho (implicando o reconhecimento da existência de uma comunidade fixada num determinado território, com um certo grau de autonomia), atribuindo a uma comunidade de homens livres regras de organização próprias, que deveriam ser observadas no governo dos interesses comuns e nas relações dos seus membros

constituir. Observe-se que de norte a sul do Reino se desenvolveram inúmeros aglomerados populacionais, de extensão variável, baseados no funcionamento de concelhos – inicialmente, simples concelhos de aldeia, e que, paulatinamente, se transformaram em concelhos de município –, circunstância que levou a administração régia a assumir, como missões próprias, a execução de *tarefas de ordenamento do território* e de *administração local*. Sobretudo a partir da segunda metade do século XII e primeira do século XIII, o reconhecimento oficial destas comunidades ou a atribuição do estímulo para que se criassem coube, na maior parte dos casos, aos monarcas através dos forais<sup>261</sup>.

Atenta a *variedade e irregularidade* das instituições medievais, podemos afirmar que *alguns* desses forais foram outorgados tendo por base um sistema negocial de *predeterminação da normatividade*, conduzido pela administração régia e que apelava à assunção bilateral de múltiplos compromissos. Em rigor, a conclusão aventada encontra-se radicada no problema da *origem e formação das instituições municipais* – um dos mais discutidos da história da ciência administrativa portuguesa<sup>262</sup>.

---

entre si, com os vizinhos e com a mais alta autoridade – cfr. MARIA HELENA CRUZ COELHO, *Concelhos*, Nova História de Portugal, Tomo III, Lisboa, 1996, p. 558.

Do ponto de vista material, por via de regra, os forais disciplinavam, além dos impostos e tributos devidos à Coroa, de um lado, as garantias, as liberdades e os privilégios dos súbditos, e do outro, as imunidades do concelho como corpo moral e os deveres públicos de todos os vizinhos. Assim, sob ponto de vista do conteúdo, os forais regulavam as matérias atinentes: às liberdades e garantias pessoais e reais dos povoadores (onde se incluía a livre fruição e disposição da propriedade das terras e das habitações), aos impostos e demais tributos, ao pagamento de multas devidas por delitos, às imunidades coletivas, ao serviço militar, aos encargos e privilégios dos cavaleiros vilãos, aos ónus e forma das provas judiciais, às citações, arrestos e fianças e ao aproveitamento dos terrenos comuns – M.J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 208. Portanto, “incluem-se essencialmente normas de direito público”, ocupando “os preceitos de direito privado um plano muito secundário” – *ob. cit.*, loc. cit.. Na linha da esfera publicística dos forais, também RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *Apontamentos de História da Administração Pública*, cit., pp. 293-294.

<sup>261</sup> Sem prejuízo da existência de outras intervenções de atores privados (senhores laicos e eclesiásticos), que outorgavam forais e assumiam a responsabilidade de povoar e administrar pequenos territórios.

<sup>262</sup> Acompanhando ANTÓNIO MATOS REIS, *História dos Municípios [1050-1383]*, Horizonte, Lisboa, 2007, p. 20, o estudo da história dos municípios iniciou-se em Portugal, como noutros países europeus, na primeira metade do século XIX, servindo-lhe de pano de fundo as transformações introduzidas pelo liberalismo e o desenvolvimento do Direito Administrativo. Sobre o processo histórico de formação das instituições municipais, cfr. ALEXANDRE HERCULANO, *História de Portugal desde o começo da monarquia até ao reinado de Afonso III, Tomos I a IV*, notas críticas de José Mattoso, Lisboa, Bertrand, 1983; TEÓFILO BRAGA, *História do Direito Português. Os Forais*, Coimbra, 1868; HENRIQUE DA GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*, ed. dirigida por Torcato B. de Souza Soares, Tomo I, Lisboa, 1945; TORQUATO BROCHADO DE SOUZA SOARES, *Apontamentos para o Estudo das Instituições Municipais Portuguesas*, Lisboa, 1931; PAULO MERÊA, “Organização Social e Administração Pública” e “Sobre as origens do concelho de Coimbra”, *Estudos de História de Portugal*, INCM, Lisboa, 2006, pp. 127-231 e 437-485, e *Lições de história do direito português*, Coimbra, 1923, pp. 70-82; ALBERTO SAMPAIO, *As Villas do Norte de Portugal*, introdução de Maria José Trindade, Porto, 1979; MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (1140-1495)*, Lisboa, 1962, pp. 32-40 e 78-93; ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA, *Herculano e o Liberalismo em Portugal*, Lisboa, 1977; MARIA H. CRUZ COELHO, “A História e a Historiografia Municipal Portuguesa”, *O Município Português na História, na Cultura e no Desenvolvimento Regional*, Braga, 1998, p.

O ponto de partida é, portanto, o concelho – *concilium*, quer dizer, reunião ou assembleia de homens livres –, o qual surgiu nesta época como uma pessoa jurídica, com capacidade para assumir direitos e obrigações perante o rei, que através de uma assembleia deliberava sobre interesses comunitários próprios, editava normas locais (*posturas* ou *degredos*) e conhecia de litígios civis e criminais. Numa outra aceção, de raiz visigótica, designa-se o concelho por *conventus* ou, mais rigorosamente, *conventus publicus vicinorum*, com o sentido de abranger não apenas a assembleia de vizinhos deliberativa, mas também o local onde toma lugar a reunião, tendo o propósito de exigir simultaneamente *publicidade*<sup>263</sup> e *consenso* na autorregulação de interesses próprios.

Quanto à *origem* dos “concelhos” da época da Reconquista – ligando a palavra à ideia das instituições municipais –, podemos afirmar que as investigações posteriores à monumental obra de ALEXANDRE HERCULANO – que, seduzido pelo pensamento de SAVIGNY, filiava o concelho medieval no *municipium* romano – demonstraram a existência de circunstâncias específicas da época e do meio social na formação das instituições municipais ibéricas. Neste contexto, coube, sobretudo, a MARCELLO CAETANO retirar as conclusões fundamentais das investigações precedentes, articulando os contributos da historiografia com a reflexão crítica do pensamento administrativista. Partindo da obra do erudito espanhol SANCHEZ-ALBORNOZ Y MENDUÍÑA<sup>264</sup>, que demonstrara, definitivamente, que, como já antes expusera LEVY PROVENÇAL, os vestígios das instituições municipais romanas conservadas no final da monarquia visigótica desapareceram durante o domínio muçulmano – e que também não se conservaram no reino das Astúrias –, concluiu MARCELLO CAETANO que os concelhos peninsulares que surgiram no período da Reconquista constituem um produto das circunstâncias (políticas, económicas e sociais) do reino e da época, não sendo a reprodução de quaisquer instituições anteriores ou alheias. Essas circunstâncias foram para MARCELLO CAETANO, primitivamente, a formação de novas povoações nas áreas reconquistadas, sobretudo no vale do Douro, em que homens que a

---

37-77; e ANTÓNIO MATOS REIS, *História dos Municípios [1050-1383]*, Horizonte, Lisboa, 2007, pp. 29-64. No ordenamento jurídico espanhol, cfr. GARCÍA-GALLO, *Aportación al estudio de los fueros*, A.H.D.E., tomo XXVI, Madrid, 1956, pp. 387-446; e RAFAEL GIBERT, “El Derecho Municipal de León y Castilla”, A.H.D.E., 31, 1961, pp. 695-753; e no francês, v. ROBERT FOSSIER, *Enfance de l'Europe (Xe-XIIIe siècles)*, Tomo I, Paris, Presses Universitaires de France, 1982, pp. 43-90.

<sup>263</sup> Sobre a *personalidade coletiva* e os *órgãos* do concelho, cfr. MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, cit., pp. 86-88; e PAULO MERÊA, “Sobre as origens do concelho de Coimbra”, *Estudos de História de Portugal*, cit., pp. 437-485. Sobre as assembleias públicas visigóticas, v. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, vol. I, cit., p. 561; e RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *Apontamentos de História da Administração Pública*, cit., pp. 196-199.

<sup>264</sup> *Ruina y extincion del municipio romano en España y instituciones que le reemplazan*, Buenos Aires, 1943, p. 109.

presúria tornara livres se uniam para defender essa liberdade e regular os seus interesses, sem intervenção das autoridades régias, porventura inexistentes ou longínquas<sup>265</sup>.

Ora, assumindo historicamente estas conclusões na sua *intensio*, não restam, quanto a nós, dúvidas que a fundação de certos concelhos se encontrou umbilicalmente ligada à ideia de *contrato social*, enquanto instrumento fundador de uma administração de nível local, distinta e com certa autonomia<sup>266</sup> da administração régia, mas a ela subordinada. A constituição e desenvolvimento de núcleos populacionais de homens livres que aspiravam formar comunidades concelhias levou a que estes se agrupassem em comunidade e instituíssem uma pessoa coletiva (*pactum unionis*) – o concelho (*conventus*) –, que deliberasse sobre os seus interesses comuns e exercesse, por meio de magistrados que a representassem, a autoridade necessária para fazer acatar as deliberações tomadas, submetendo-se ao poder político do monarca (*pactum subjectionis* ou *dominationis*)<sup>267</sup>.

Com efeito, tanto as instituições municipais podiam resultar de conquista obtida pelas populações, após luta com os senhores – como sucedeu com o foral de Coimbra de 1111 – como, mais frequentemente, de concessões dos reis na prossecução de políticas de povoamento, de ordenamento do território e de arrecadação de tributos fiscais. No que respeita à formação orgânica dos concelhos, partindo da documentação disponível<sup>268</sup>, observa-se a existência de uma *negociação normativa* realizada no decurso de um procedimento dinâmico e iterativo, isto é, um procedimento que caminha de fase para fase

<sup>265</sup> MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, cit., pp. 86-93.

<sup>266</sup> Alude, a este propósito RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *Apontamentos de História da Administração Pública*, cit., p. 242, que as “aspirações solidaristas e associativas num quadro de autonomia local” permitiram que os territórios concelhios estivessem isentos de soberania régia, gozando de uma certa autonomia administrativa. Observe-se que uma grande parte dessas *villas* e *aldeias* são devidas à iniciativa de vários grupos de povoadores, que se associam através de um pacto com vista à formação de uma comunidade. Nas palavras de SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Repoblación del Reino Astur Leonés. Proceso, Dinámica y Proyecciones, Viejos y Nuevos Estudios sobre las Instituciones Medievales Españolas*, Tomo II, Madrid, Espasa-Calpe, 1976, p. 693, da análise de diversos documentos históricos “parece segura a instituição de uma autónoma personalidade coletiva do grupo ou dos grupos de povoadores sob a base de um negócio jurídico”.

<sup>267</sup> Como veremos melhor no ponto 15.1.1., trata-se, de resto, de uma interpretação possível no quadrante da filosofia organicista-contratualista de JOHANNES ALTHUSIUS – fortemente inspirada, como sublinhou OTTO VON GIERKE, em certas experiências políticas medievais, segundo um modelo cooperativo-institucional, que reconhece um lugar proeminente às formas de agregação coletiva dentro da sociedade e nos termos do qual o Reino agregava diferentes espécies de associações políticas (corporações, *universitates*, autarquias, províncias e regiões políticas).

<sup>268</sup> Por força da enorme variedade de forais não se torna fácil identificar os traços comuns à organização da generalidade dos concelhos – observe-se que, tendo em conta os diferentes modelos de forais, ALEXANDRE HERCULANO qualificava as respetivas classes de concelhos segundo *concelhos rudimentares, imperfeitos e perfeitos*, mas já TORQUATO DE SOUSA SOARES propunha outra classificação, em *concelhos urbanos, rurais e distritais*. Além disso, ao invés do sustentado por ALEXANDRE HERCULANO, *História de Portugal*, Tomo VII, Paris-Lisboa, p. 90, que apenas considerava forais os diplomas que conferiam existência jurídica a um município, abundaram casos em que as instituições municipais existiam independentemente de foral ou preexistiam à sua concessão – assim, RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *Apontamentos de História da Administração Pública*, cit., p. 241.

e, sendo caso disso, retorna em busca do equilíbrio de interesses que subjaz à outorga de certos forais régios<sup>269</sup>.

Na maioria das circunstâncias, estes forais apresentam-se como *documentos fundacionais*, na medida em que a sua outorga desencadeava os mecanismos que conduziam à organização de uma *nova comunidade*, através da assunção de tarefas realizadas a título próprio e sob responsabilidade própria. Noutras, “aparecem como concessões unilaterais ou como pactos bilaterais, através dos quais uma comunidade já existente via reconhecido oficialmente o seu estatuto” pela Coroa, definindo as obrigações e direitos dos povoadores<sup>270</sup>. Pelo que, do ponto de vista histórico, a submissão de certos forais régios a

---

<sup>269</sup> Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, nota prévia à sua tradução para português de *Einführung in das Juristische Denken*, de KARL ENGISCH – *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 1965, pp. VII-LXIV. Centraremos a nossa atenção na outorga de forais régios, excluindo da análise documental os forais outorgados por entidades privadas. Nos primeiros, o procedimento com vista à adoção do foral poderia ser de *autoiniciativa régia* ou de *heteroiniciativa (privada)*, sendo diversos os exemplos de pedido (rogo) de foral pelos povoadores. Do lado da administração régia, era atribuído um papel determinante na condução das negociações e na redação pontual e definitiva dos forais aos funcionários, delegados e enviados régios (v.g., os *pobradores*), responsáveis pelo procedimento (que podia, designadamente, incluir o *protocolo inicial*, a *sanctio*, a *corroboratio* e o *escatocolo final*) e pela redação do ato normativo.

<sup>270</sup> Cfr. ANTÓNIO MATOS REIS, *História dos Municípios*, cit., p. 50. Como sublinha RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *Apontamentos de História da Administração Pública*, cit., p. 293, “tudo se jogava na circunstância histórica concreta que rodeou a génese de cada um”, sendo “certo que se encontrava um florilégio de tipos diferentes de forais que, ora se mostram parcimoniosos nas suas concessões, ora dilatavam as liberdades concelhias e aperfeiçoavam os seus órgãos próprios de governo”. Esses forais eram, na realidade, produto de reivindicações comunitárias e de acordos de compromissos entre as partes, como sucedeu nos forais de Montenegro, Caminha e Vila Real de Trás-os-Montes. Em Montenegro, D. Dinis mandou ao encontro dos habitantes “dom Eytor Vicente vassalo e pobrador do dito nosso Senhor el Rey”, que os convocou “pera virem a este dia ao logar que chamam Celeyroos” onde se pensava instalar a sede do concelho, e aí “a ouvir mandado de nosso Senhor ElRey sobr’o foro de vila que lhy mandarom pedir a elRey”, que lhes propôs a contrapartida do pagamento de um foro anual de três mil libras - T.T., *Ch. D. Dinis*, liv. III, fl. 16-16.

Contudo, os *tributos* a pagar ao Rei não se apresentavam como as únicas condições impostas aos moradores. Um dos compromissos mais comuns que figurava como condição prévia à outorgar do foral por parte de El-Rei consistia na *construção dos muros ou castelos* que circundassem o território, podendo haver uma repartição de custos de edificação entre as partes. Assim aconteceu com a Torre de Dona Chama, cujos moradores, em 1287, ficaram obrigados a “fazer essa vila e muralalha de Muro”, ficando o monarca responsável por “se eu hy quiser fazer alcaçava fazela per mim e fazela guardar per mha conta” - T.T., *Ch. D. Dinis*, liv. I, fl. 98. Os habitantes da Lomba pediram a El-Rei “que lhis desse foro e lhys mandasse assinaar logar em que fezessem villa na dicta terra da Lonba e que eles fariam hy a sa custa hua cerca de muro de cem braças per deffendimento dessa terra” - T.T., *Ch. D. Dinis*, liv. IV, fl. 97. Já o foral de 1289 de Vila Real de Trás-os-Montes obedeceu a um procedimento negocial complexo, tendo El-Rei assumido todos os encargos com as obras de fortificação: “Elrey deve fazer seu muro longo e boo, e deve o a guardar o Concelho assy come custume do Reyno”.

Por conseguinte, antes de criar um município ou outorgar um foral, El-Rei negociava com os povoadores as condições existentes, que tornavam *conveniente* ou mesmo *necessária* a respetiva criação e outorga, o que, do ponto de vista *subjetivo*, implicava a ponderação da existência de habitantes efetivos, a demonstração da sua capacidade económico-financeira para suportar os encargos com o funcionamento do município e, bem assim, com o pagamento dos tributos devidos à Coroa. Por sua vez, do ponto de vista *objetivo*, os funcionários régios procediam à avaliação da extensão do espaço, das suas condições naturais e de salubridade, das vias de comunicação e das fortificações existentes para assegurar a defesa em caso de guerra. Do exposto resulta, assim, a necessidade de distinguir rigorosamente a hipótese de concessão unilateral de

um procedimento de *predeterminação contratual*<sup>271</sup>, ao mesmo tempo que gerou materialmente efeitos sobre o sentido e conteúdo de uma normatividade pública embrionária, permitiu alcançar a consolidação e organização do território nacional, em face das necessidades da Reconquista e da implementação de um sistema administrativo municipal. De um prisma global, a outorga de forais régios nos termos expostos e a proliferação de pactos de domínio (*Herrschaftsverträge*), que se desenvolveram na Europa

---

*forais régios* não acompanhada de contrapartidas específicas – que apenas envolvia um reconhecimento oficial da administração régia –, das fundações *ex novo* de certos municípios baseadas em procedimentos negociais definidores dos direitos, obrigações e privilégios dos povoadores, que incluíam a escolha e delimitação do local onde se deveria implantar o novo centro urbano (incluindo a sede do município), o modo de eleição dos magistrados concelhios, os tributos a pagar, o regime de isenções e privilégios, os compromissos relativos à edificação das muralhas, a definição dos espaços destinados à fruição pública e dos lotes reservados à construção das habitações individuais e ao cultivo de terras – cfr. a este propósito a perspectiva (contratualista) de ANTÓNIO MATOS REIS, *História dos Municípios*, cit., pp. 46-64, que procede à análise de inúmeros forais.

<sup>271</sup> Para vincar a *fonte convencional* e o *valor jurídico-normativo estabilizador* de que passavam a gozar as disposições neles contidas, alguns forais designavam-se por *cartam firmitudinis*, *cartam donationis et firmitudinis*, *cartam firmitudinis et stabilitatis*, *cartam conventionis et firmitudinis*, *firmamenti cartam*, *cartam stabilitatis*, *firmitatis scripturam*, *decretum* ou *decreta*.

Segundo a lição de PAULO MERÊA, “Em torno da palavra «forum»”, *Estudos de História do Direito I*, cit., p. 515-517, do ponto de vista etimológico, “o que se verifica ao percorrer as mais antigas fontes da época da Reconquista – as primeiras em que aparece a palavra *forum* em sentido diverso daquele que era corrente no latim clássico – é que o vocábulo é aí empregado na acepção de «norma», «regime jurídico» [...], depois, através das fontes dos séculos XI e seguintes, pode acompanhar-se a evolução semântica de *forum*, observando como o sentido da palavra se diversifica cada vez mais”, abrangendo, designadamente o sentido de “«cláusula contratual», [...], «prestação»”. Já do ponto de vista jurídico-material, PAULO MERÊA, “Organização Social e Administração Pública”, *Estudos de História de Portugal*, cit., p. 190, atribui “natureza quase-contratual” a certos forais régios. Para MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, cit., pp. 99, o foral enquanto lei orgânica local, firmada e testemunhada, “valia como um pacto, pois nem a palavra do outorgante podia ser desmentida, nem os vizinhos tinham o direito de desacatá-la e de deixar de cumprir os seus deveres”. A perspectiva em geral do *foral* como *contrato* é, também, sustentada por ANTÓNIO MATOS REIS, *História dos Municípios*, cit., p. 137, segundo o qual “a outorga de um foral não era uma simples concessão de privilégios, mas um contrato bilateral ou unilateral através do qual se estabeleciam direitos e deveres para cada uma das partes. Ao fundar ou reconhecer a existência de um município, o Rei estava interessado nos serviços que os habitantes lhe podiam prestar através do pagamento de tributos, da defesa do território, da manutenção da ordem pública, do abastecimento dos centros urbanos”. A título de exemplo, o Autor cita – p. 63 – o foral de Barcelos [1166-1167] que “acabou por se cristalizar num texto que não tinha nascido para se tornar definitivo, mantendo a aparência de uma minuta”.

Efetivamente, os documentos revelam a existência de procedimentos negociais, em muitos casos, desencadeados por uma solicitação prévia dos povoadores: os destinatários das normas tomavam a palavra para, na primeira pessoa do plural, se comprometerem a realizar obrigações de *facere* e de *dare*, como contrapartida para serem ouvidos na escolha do alcaide; de igual modo, tomam a palavra para corroborarem a cláusula cominatória, assumindo as consequências de uma eventual inobservância dos compromissos assumidos pela sua parte. Segundo o mencionado Autor, ob. cit., loc. cit., “este «diálogo», que reflete a intervenção das partes no procedimento negocial, é ainda mais flagrante no foral de Seia, onde claramente se evidenciam dois discursos diversos, o do primeiro outorgante e o dos moradores, que chamam a si a palavra a partir da cláusula em que se trata da reconstrução dos muros da alcáçova: «Si muro cadere et fuerit pro facere que ponat illo seniore mozom et luria et marra et malios et II.<sup>as</sup> lavancas et nos nostros corpos et illo muro sedeat factum»”. Observe-se, ainda, o caso específico da formação do concelho de Coimbra, que, como alude PAULO MERÊA, “Sobre as origens do concelho de Coimbra”, *Estudos de História de Portugal*, cit., pp. 458 e 461, resultou de um “pacto sobre que assenta o foral” (de 1111). Daí a ordenação normativa, que nascia através do foral, divergir de concelho para concelho, em face dos concretos procedimentos de negociação normativa.

sobretudo a partir do século XIII, constituíram um fator de *ordenação* e de *territorialização* da sociedade política medieval<sup>272</sup>, estabelecendo, é de dizer com MAURIZIO FIORAVANTI, uma dialética entre território e poder político que antecipa, em larga medida, a *nova estrutura territorial* do Estado moderno e os efeitos de racionalização da vida social e de institucionalização do poder público<sup>273</sup>.

### CAPÍTULO III – Contrato Social, Estado e Ordem Jurídico-Pública

#### 13. A ideia de contrato social nos movimentos constitucionais inglês, norte-americano e francês

Ao longo das páginas anteriores demos conta de alguns aspetos relacionados com a perceção da lei e da normatividade pública sob o ângulo de um contrato implícito, tácito ou não escrito<sup>274</sup> e explicámos que esse processo está intimamente associado a uma corrente *legitimadora* que procura conciliar dois valores antagónicos: por um lado, a necessidade de submissão a uma disciplina comum (ou coletiva, instituída pela lei) e, por outro, a preservação da liberdade individual<sup>275</sup>. Nesta aceção, a *lei* aparece “contratualizada”, não só no momento da sua *formação*, mas também no momento da sua *espontânea observância* pelos cidadãos. Sob ponto de vista funcional, a ideia de contrato permite explicar como é possível disciplinar (com autoridade) uma conduta individual sem esvaziar a autonomia do próprio – vinculando a vontade individual exclusivamente àquilo a que tenha dado livre e espontâneo assentimento. Conceitos como “lei-convenção”, “obediência à lei por contrato”, “*lex publica pactio*” ou “*concordia*” apresentam um potencial explicativo ou reprodutivo da obrigação cívica ou da obrigação política fundada no consenso social. Mas o conceito chave (ainda em estado embrionário) que começa a ser aqui apurado e desenvolvido é o de “autonomia”: o indivíduo subordina-se exclusivamente àquilo a que deu o seu assentimento constituinte e, por isso, obedece *porque aceitou subordinar-se*, como se a norma emanasse da sua própria vontade (*als ob*).

<sup>272</sup> Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., p. 95.

<sup>273</sup> *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne*, I, cit., p. 13.

<sup>274</sup> Numa fórmula próxima, Yves GAUDEMET, “Loi et Contrat”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17, cit., p. 75, interroga-se sobre “a anterioridade histórica ou a precedência lógica do contrato em relação à lei ou, inversamente, da lei em relação ao contrato, exemplificando: primeiramente, a Lei de Moisés ou o Pacto de Aliança do povo escolhido com Deus? As leis fundamentais do Reino ou o Contrato Social? E, com eco nos escritos mais recentes, fundamento convencional ou unilateral das constituições políticas democráticas?”.

<sup>275</sup> Cfr. LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., pp. 47-48.



Este primeiro trabalho de delimitação, apesar de essencial, não assegura, ainda, uma definição precisa da extensão do *apriorismo da ideia de contrato* no direito público. Torna-se, portanto, imperioso iniciar a exposição do modo como o contratualismo surgiu nos movimentos constitucionais inglês, norte-americano e francês, ao ponto de se tornar uma “evidência epocal” o conceber-se o *Estado* e a sua *ordem jurídica* como emanações de um acordo ou contrato fundamental hipoteticamente concluído ora entre os cidadãos, ora, pelo menos, entre o conjunto dos cidadãos e os governantes. Contactaremos, depois, com os fundamentos jurídico-dogmáticos da ideia de contrato e com os *maître-penseurs* do contratualismo político antigo e moderno. Essa é a tarefa que nos propomos levar a cabo no Capítulo III.

### **13.1. Os Pactos de Governo medievais e os Pactos do Povo da Revolução Inglesa no movimento constitucional britânico**

Desde o início do século XIII que a “concretização histórica” dos direitos adquiridos pelos súbditos perante a Coroa (*liberty and property*) e a formação de um governo limitado e moderado (*limited and balanced government*) foram orientadas pelas ideias de “pacto de governo” e de “pacto constitucional”, tanto na ordenação e limitação do poder político, como no reconhecimento de direitos e liberdades individuais<sup>276</sup>. Destarte, foi no quadro do movimento historicista britânico – bem antes das revoluções liberais e do constitucionalismo setecentista e oitocentista – que se desenvolveu e enraizou, sob o prisma jurídico-constitucional, uma das principais correntes contratualistas, nela se louvando não apenas a legitimação da ordem pública, mas também – e sobretudo – a *soberania do povo* e a *limitação do poder monárquico pela lei*<sup>277</sup>. A projeção da ideia de contrato social no movimento historicista inglês conheceu, nessa medida, períodos distintos, em harmonia com o desenvolvimento do corpo social e as concepções políticas dominantes<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> Cfr. G. STOURZH, “Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert”, *R. Vierhaus (Hrsg.), Herrschaftsverträge*, 1977, pp. 294-327; e ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 182-188. Como vimos, durante a Idade Média, o vínculo que unia monarcas e súbditos encontrava maior correspondência na noção de *concordia* do que no conceito de *imperium* – geralmente, o próprio ato de coroação do Rei e o respetivo juramento eram qualificados como um *pactio mutio juramento*.

<sup>277</sup> Cfr. CHARLES H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, cit., p. 24. Cfr. o grito inspirado de DANIEL DEFOE, *The Original Power of the Collective Body of the People of England*, 1701, p. 138: “Kings, when they descend to tyranny, dissolve the bond, and leave the subject free”.

<sup>278</sup> Cfr. CORTINA ORTS, *Covenant and Contract: Politics, Ethics, and Religion*, Morality and the meaning of life, Peeters Publishers, 2003, pp. 74-75.

Pelo que, como observa GOMES CANOTILHO, se torna difícil compreender a ideia moderna de contrato social “sem conhecermos [...] a progressiva aceitação de «pactos de domínio» entre governantes e governados, como forma de limitação do poder que ganha força política através da crença religiosa do calvinismo numa comunidade humana dirigida por um poder limitado por leis e radicado no povo”<sup>279</sup>. Ao longo de diversos momentos constitucionais, o binómio *Gesellschaftsvertrag* e *Herrschaftsvertrag*<sup>280</sup> (ou *Unterwerfungsvertrag*), como ideia e facto, encontraram-se particularmente envolvidos no processo histórico de revelação da *English Constitution*.

Nestes termos se torna possível qualificar, sob ponto de vista histórico-constitucional, a *Magna Charta Libertatum* como um *Herrschaftsvertrag* entre monarcas, cavaleiros e prelados, regulador de direitos e liberdades políticas, civis e jurídicas dos “homens livres” (*jura et libertates*), que estabelece limitações ao poder político e às decisões arbitrárias do monarca<sup>281</sup>. De acordo com WILLIAM STUBBS, estamos diante do primeiro grande ato de direito público da Coroa, que obedeceu a um procedimento contratualista, dele resultando, *inter alia*, a garantia do direito de acesso à justiça (n.º 40), a proporcionalidade entre a pena e a gravidade do delito (n.ºs 20 e 21), a segurança da pessoa e a proibição de confisco dos bens do homem livre sem julgamento regular (n.º 39) ou o princípio de que o lançamento de tributos depende do consentimento do Conselho Geral do Reino (n.º 12)<sup>282</sup>.

<sup>279</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 53.

<sup>280</sup> Sobre o conceito de *Herrschaft*, cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 26-27. Não subjaz aos *pactos de domínio* qualquer ideia de representação política do povo em sentido moderno, nem de criação de uma unidade política. Pelo contrário, esses contratos constituíam um corpo de normas que disciplinavam as relações entre as várias ordens, estamentos e corporações num determinado território e entre os homens ativos nos espaços citadinos ou urbanos, reforçando *jura et libertates* radicadas no direito consuetudinário e em certos documentos escritos antigos. Em virtude dos mesmos, em regra, nascia uma *assembleia representativa estamental ou de classe*, que auxiliava os senhores na gestão de assuntos de interesse comum (*auxilium*) e deliberava sobre a imposição de tributos extraordinários. Desenvolvendo esta temática, cfr. MAURIZIO FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni moderne*, I, cit., pp. 9-46, referindo que os *Herrschaftsverträge* asseguravam a manutenção de um governo moderado, ao estabelecerem um equilíbrio entre os poderes medievais e as diversas forças políticas e sociais. O seu objeto versava sobre “direitos radicados no tempo”, sobretudo de natureza patrimonial, pelo que não é de estranhar a sua proliferação na Europa a partir do século XIII, pois ofereciam garantias de tutela de “privilégios e liberdades” adquiridos ao longo do tempo (*ancient and indubitable rights and privileges*) e “meios acrescidos de proteção do património segundo as regras fixadas no pacto”.

<sup>281</sup> Cfr. WALTER ULLMANN, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Barnes and Noble, New York, 1961, pp. 170-173; J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., pp. 32-33; e MAURIZIO FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne*, I, cit., pp. 13-19. Cfr., ainda, as considerações de WILLIAM SHARP MCKECHNIE, *Magna Charta: A Commentary on the Great Charter of King John*, Lawbook Exchange, 2000, p. 106, qualificando a *Magna Charta* como um “contrato público constitucional e não como um pacto privado”.

<sup>282</sup> *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, 2011, p. 532. Por aqui se vê que o próprio princípio da legalidade fiscal tem na sua raiz as ideias de *autoimposição*, de *autotributação* e de

Observa-se que, no que tange à técnica constituinte – desde a *Magna Charta* ao *Bill of Rights*<sup>283</sup> –, em causa não está um modelo de criação de uma *nova ordem política*, através de um poder constituinte detido nas mãos do “povo”. Ao invés, o *contrato de domínio ou de governo* serve fins jurídico-constitucionais precisos e circunscritos: garantir e confirmar “liberdades, direitos e privilégios” radicados, ao longo do tempo, em *old laws* e no *direito consuetudinário* britânico. Se, inicialmente, a afirmação dos direitos corporativos e privilégios estamentais dos barões perante o monarca apenas beneficiava certos estratos sociais – os cidadãos *optimo iure* –, mais tarde, quando o conceito de homem livre (*free man*) se estendeu a todos os ingleses, os direitos corporativos da carta converterem-se em *direitos de todos os ingleses*<sup>284</sup>. Pelo que, como acentua N. KRISCH, a *Magna Charta*, de 1215, e a *Petition of Right*, de 1628, centradas na tutela de direitos, foram outorgadas como “documentos escritos de natureza constitucional, alicerçados em contratos de domínio, pactos de governo (*Herrschaftsverträge*) ou de escolha eleitoral (*Wahlkapitulationen*), por referência à autoridade e à tradição, que, de uma banda, procediam à concretização histórica dos direitos adquiridos pelos ingleses, e, de outra, criavam limitações ao poder real unilateralmente irrevogáveis pelo monarca”<sup>285</sup> – em harmonia com o “*constitutional principle that kings should always rule according to law*”<sup>286</sup>.

Já na sequência da *Glorious Revolution* (1688-1689), o *Bill of Rights* de 1689, documento de inspiração contratualista<sup>287</sup>, veio determinar o progressivo reforço dos direitos e das garantias políticas e jurídicas dos indivíduos perante a Coroa – consagrando novos direitos e ratificando direitos já outorgados. Entre a doutrina, é relativamente pacífica a recondução do *Bill of Rights* à categoria de um *constitutional agreement*, assinado em

---

*autoconsentimento* dos impostos, porquanto os impostos devem ser consentidos pelos próprios contribuintes (*no taxation without representation*).

<sup>283</sup> No seguimento da tradição britânica, parece haver uma linha de continuidade entre a *Magna Charta* de 1215, a *Petition of Right* de 1628, o *Abolition of Star Chamber* de 1641, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689.

<sup>284</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 66-68.

<sup>285</sup> Cfr. N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford Constitutional Theory, Oxford University Press, 2010, p. 41. Se excetuarmos as doutrinas dos *Levellers* e o *Agreement of the People*, verificamos que no constitucionalismo britânico, como sublinha BURKE, *Réflexions sur la Révolution de France*, org. Philippe Raynaud, Paris, 1989, pp. 42-43, encontra-se presente a força da *história e da tradição*, entendendo-se a Constituição como a expressão dos direitos adquiridos pelos ingleses ao longo de séculos: “nós recebemos, nós possuímos, nós transmitimos o nosso governo e os nossos privilégios da mesma maneira que nós recebemos, possuímos e transmitimos os nossos bens e a nossa vida”. Por isso, na *Petition of Right* de 1628 se exige ao monarca que “*se recorde*” das garantias dos cidadãos em sede penal e do quadro de dependência em matéria tributária.

<sup>286</sup> Cfr. J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., p. 90.

<sup>287</sup> CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 68 designa-o como uma “fixação contratual de determinações legais-constitucionais em sentido moderno, porque aqui está clara já uma ideia de unidade política, sendo que o acordo entre o Parlamento e o Rei não constitui a unidade, mas supõe-na na medida em que o Parlamento atua como representante da unidade”.

Março de 1689, por meio do qual o exercício do poder político pelos monarcas *William of Orange* e *Mary* ficou subordinado ao cumprimento das condições e dos termos específicos apresentados pelo Parlamento inglês. A influência dos postulados contratualistas britânicos<sup>288</sup> surge especialmente nítida nesta Declaração que, descrevendo os abusos de poder do Rei Jaime II<sup>289</sup>, impôs a assinatura e o juramento de um *acordo* entre o Parlamento e *William of Orange* para que este pudesse assumir a Coroa. Deste modo se alcançou um novo equilíbrio constitucional entre o Parlamento e a Coroa no quadro de uma *constituição mista* (*King in Parliament, Commons and Lords*), ao mesmo tempo que a tese do direito divino dos reis cedeu definitivamente lugar à doutrina dos limites do poder estadual e do governo limitado e moderado.

---

<sup>288</sup> Na literatura política inglesa, tornara-se recorrente invocar a ideia de contrato para a defesa dos *jura et libertates* – v., na literatura da época, o retrato de HENRY ST. JOHN BOLINGBROKE, *A Dissertation upon Parties*, 1754, Letter XIII, pp. 198-215, “*Our Original Contract hath been recurred to often [...], a contract is implicit in the very nature of our constitution [...], which is in the strictest sense a bargain, a conditional contract between the prince and the people, as it always hath been, and still is, between the representative and collective bodies of the nation*”. PHILIP HUNTON, na obra *A Treatise of Monarchy*, General Books, 2010, Part I, Chapter II, Section IV, estabelece uma relação de compatibilidade entre contrato e direito público: “*take it that a limited monarch must have his bounds of power ab externo, not from the free determination of his own will. And now kings have not divine words and binding laws to constitute them in their sovereignty, but derive it from ordinary providence; the sole means hereof is the consent and fundamental contract of a nation or men, which consent puts them in their power, which can be no more nor other than is conveyed to them by such contract of subjection. This is the root of all sovereignty individuated and existent in this or that person or family. Till this come and lift him up he is a private man, not differing in state from the rest of his brethren*”.

Na mesma linha se tornou um ponto de referência ideológico do liberalismo e do republicanismo inglês a obra *The Tenure of Kings and Magistrates* de JOHN MILTON. Nela se encontram expostos os alicerces do pensamento político de JOHN LOCKE [*state of nature, all man are naturally born free, social contract and trust*], que determinaram a concepção de *political freedom* dominante no constitucionalismo britânico. O contrato social passa, com MILTON, a ser filtrado pela ideia de *trust* e pelo conceito de *trusteeship*: “*It being thus manifest, that the power of Kings and Magistrates is nothing else, but what is only derivative, transferr'd and committed to them in trust from the People, to the Common good of them all, in whom the power yet remains fundamentally, and cannot be tak'n from them, without a violation of thir natural birthright*” – *The Prose Works of John Milton: The Tenure of Kings and Magistrates*, Vol. II, intro and notes by J. A. St. John, London, 1848, p. 11.

Mas, também, no plano jurisdicional se enraizara um discurso judicativo-decisório que remetia para uma fundamentação contratualista. Vejam-se as alegações do advogado de acusação LECHMERE, no célebre *Trial of Dr. Henry Sacheverell before the House of Peers for High Crimes and Misdemeanours* (printed by order of the House of Lords), Parliamentary Archives, LGC/9/2/1, London, 1710, p. 22: *the terms of the “constitution do not only suppose, but express an Original Contract, between the Crown and the People, by which that supreme power (by mutual consent, and not by accident) limited and lodged in more hands than one [...], the continuance of the same Contract was demonstrated by the uniform preservation of such a constitution for so many ages, without any fundamental change”*.

<sup>289</sup> J. W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1999, p. 1, dá-nos conta das duas principais ofensas de Jaime II, com destaque para a quebra do *original contract* entre o povo e o rei: “King James II, so the Commons resolved on 28 January 1689, had been guilty of two main offences before he «withdrew himself out of the kingdom» and «abdicated the government». One was «having endeavoured to subvert the constitution of the kingdom, by breaking the original contract between king and people»; the second was «by advice of Jesuits and other wicked persons, having violated the fundamental laws».

Por outro lado, na tradição constitucional britânica das liberdades e garantias do indivíduo perante o Poder – alheia à ordenação sistemática e racional da comunidade política através de uma constituição escrita –, não pode ser menosprezada a relevância do círculo de ideias contratualistas provenientes do *puritanismo* (*puritanism and the social contract*<sup>290</sup>), que, como é sabido, se projetaram fortemente nos Estados Unidos da América. Neste ensejo, constituem fonte de elevada relevância histórica os documentos e programas do *movimento democrático dos Niveladores*, cuja ação política, entre 1647 e 1649, no quadro da Revolução Inglesa, se destacou, sobretudo, pela defesa do *sufrágio universal* e da *igualdade política*, por forma a possibilitar a todos os cidadãos, independentemente de privilégios, da posse de bens e da propriedade, uma efetiva participação política e discussão pública.

Apesar de o programa de instauração de uma República Democrática não ter triunfado, JOHN LILBURNE, RICHARD OVERTON e WILLIAM WALWYN legaram-nos diversos escritos informadores dos princípios e dos ideais democráticos presentes na Revolução Gloriosa, à luz dos quais se tornou particularmente visível a adoção de modelos institucionais segundo os esquemas contratualistas<sup>291</sup>. Estamos, designadamente a pensar na recondução do *projeto de Constituição democrática* do Estado a um acordo ou pacto fundamental concluído por e entre todos os cidadãos – *Agreement of the People*<sup>292</sup>.

O Pacto do Povo de 1647 representou um projeto de Constituição elaborado pelo movimento dos Niveladores (*Levellers*), que incorporava uma ordenação político-normativa, plasmada num documento escrito, contendo os direitos, as liberdades e as garantias individuais e a organização de um poder político democrático, limitado e moderado<sup>293</sup>. A Constituição, enquanto “*higher law*”, fundava-se, assim, no “*individual*

---

<sup>290</sup> Referimo-nos à eclesiologia puritana, de base congregacionalista e igualitária, ligada à teologia dos pactos solenes de matriz calvinista, que tornava os seus defensores particularmente recetivos à promoção das ideias contratualistas.

<sup>291</sup> Designadamente, na contraposição entre poder legislativo e poder executivo à monarquia mista, que declinavam por reputá-la incompatível com o conceito de *soberania popular unitária*.

<sup>292</sup> Em rigor, podemos falar de três *Agreements of the People*: *Agreement of the People for a firm and present peace upon grounds of common right*, de Outubro de 1647; *Agreement of the People of England, and the places therewith incorporated, for a secure and present peace, upon grounds of common right, freedom and safety*, de Janeiro de 1649; e *Agreement of the Free People of England, Tendered as a Peace-Offering to this distressed Nation*, de Maio de 1649.

<sup>293</sup> Os argumentos jurídico-políticos dos *Levellers* e o *Agreement of the People* foram amplamente discutidos nos *Debates de Putney* de 1647, encontrando-se registados nos *Clarke Papers*, Vol. I, ed. C.H. Firth, Camden Soc., N.S., Vol. XLIX, 1891, p. 318, de Sir WILLIAM CLARKE: “*I conceive that’s the undeniable maxim of government: that all government is in the free consent of the people. If so [...], there is no person that is under a just government [...], unless he by his own free consent be put under that government*”. O terceiro *Agreement of the People* refletia já uma separação de poderes entre legislativo e executivo. No que tange à fiscalização do comportamento da assembleia legislativa, adquiria extraordinária relevância a designada *incriminação por Alta Traição* daqueles membros que violassem o disposto no *Agreement*: “*we therefore agree*

*consent of the free born People of England*<sup>294</sup>, encontrando-se na vontade popular o fundamento originário de qualquer norma jurídica<sup>295</sup>. E não obstante o *Agreement of the People* não ter sido aprovado, o mesmo surge como o primeiro projeto moderno de Constituição escrita na Europa ligado à Revolução, logo após as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639)<sup>296</sup>. O *Instrument of Government* (1653) de CROMWELL acabaria por figurar como a primeira constituição escrita de Inglaterra, mas a evolução posterior (*Habeas Corpus Act, Bill of Rights, Act of Settlement, Scotland Act*) determinaria o abandono de uma constituição escrita como base de ordenação do poder político e a opção por uma regulamentação sob a forma de sucessivos *Acts* e *Statutes* e, bem assim, do relevo concedido às designadas *constitutional conventions*<sup>297</sup>.

A linha registada no modelo historicístico inglês, desde a *Magna Charta* à *Petition of Right* e ao *Bill of Rights*, é *per se* reveladora de uma cultura jurídico-política que capta o fenómeno constitucional nos termos de um *pacto* ou *contrato* celebrado entre os cidadãos e os governantes (*the Crown*) para garantir direitos e liberdades radicados no tempo e assegurar um governo político moderado<sup>298</sup>. Alguns textos constitucionais

---

*and declare, That it shall not be in the power of any Representative, in any wise, to render up, or give, or take away any part of this Agreement, nor level mens Estates, destroy Propriety, or make all things Common: and if any Representative shall endeavor, as a Representative, to destroy this Agreement, every Member present in the House, not entering or immediately publishing his dissent, shall incur the pain due to High Treason, and proceeded against accordingly*” (*Agreement of the People*, 1649, XXX). Sobre o movimento dos Niveladores, cfr. PHILIP BAKER/ELLIOT VERNON, *The Agreements of the People, the Levellers, and the Constitutional Crisis of the English Revolution*, Palgrave Macmillan, London, 2012; ANDREW SHARP, *The English Levellers*, Cambridge University Press, 2002, pp. 158-178; e GEOFFREY ROBERTSON, *The Putney Debates: the Levellers*, London, 2007, pp. 18-30.

<sup>294</sup> J. W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, cit., pp. 112-113.

<sup>295</sup> Os *Levellers* olhavam o Parlamento inglês com alguma desconfiança, de modo que a existência de uma Constituição escrita permitia controlar a ação parlamentar.

<sup>296</sup> Cfr. JOHN R. VILE, *The Constitutional Convention of 1787: A Comprehensive Encyclopedia Of America's Founding*, Vol. I, Abc-Clio, Santa Barbara, 2005, pp. 97 e 334. Observa-se, por conseguinte, que, para os *Levellers*, o Pacto do Povo representava uma mudança de fundo na tradição do constitucionalismo britânico, na medida em que subjacente à criação de uma lei básica encontrava-se não um contrato de domínio entre governantes e governados (*Herrschaftsvertrag*), mas um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo, a fim de se instituir uma ordem política, informada pelo princípio de um governo limitado pela Constituição.

<sup>297</sup> Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 159. Segundo IAN LOVELAND, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A Critical Introduction*, Oxford University Press, 2006, p. 304, o conceito de *constitutional conventions* é obra de DICEY e começou a assumir um relevo indubitável no direito constitucional inglês a partir do período em análise. De acordo com LOVELAND, ob. cit. loc. cit., “em *Law of the Constitution*, DICEY identificou dois tipos de regras constitucionais (*constitutional rules*): «o primeiro tipo de regras reconduz-se ao conceito estrito de leis, uma vez que são regras (ou derivadas de *statute* ou do *common law*) aplicadas pelos tribunais; o outro tipo de regras consiste em convenções, entendimentos, hábitos ou práticas, que podendo regular comportamentos ou ações dos órgãos constitucionais no que toca ao exercício das suas competências, não constituem leis em sentido estrito e não são aplicadas pelos tribunais»”.

<sup>298</sup> Na síntese lapidar de JOHN AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1832, pp. 322-323: “*the permanence and origin of every government are owing to the people's consent [...], every government continues through the consent of the people [...], and every government arises through the consent*

espelham “*autênticos compromissos*” entre as forças sociais e os governantes, outros como o *Pacto do Povo* e do *Bill of Rights* haveriam de se tornar “*fonte inspiradora*” para vários protagonistas do movimento constitucional norte-americano<sup>299</sup>.

### **13.2. O Pacto do Mayflower, a fundação de New Towns nas Colônias Unidas da Nova Inglaterra e a Constituição Federal de 1787**

O trajeto jurídico-político que conduziu à formação dos Estados Unidos da América encontrou-se fortemente marcado pelo *Mayflower Compact*, assinado a 11 de Novembro de 1620, no famoso navio Mayflower, ao largo da costa de Cape Cod, por quarenta e um homens puritanos separatistas.

*“In the name of God, Amen. We whose names are underwritten, the loyal subjects of our dread sovereign Lord, King James, by the grace of God, of Great Britain, France and Ireland king, defender of the faith, etc., having undertaken, for the glory of God, and advancement of the Christian faith, and honor of our king and country, a voyage to plant the first colony in the Northern parts of Virgínia, do by these presents solemnly and mutually in the presence of God, and one of another, covenant and combine ourselves together into a civil body politic, for our better ordering and preservation and furtherance of the ends aforesaid; and by virtue hereof to enact, constitute, and frame such just and equal laws, ordinances, acts, constitutions, and offices, from time to time, as shall be thought most meet and convenient for the general good of the colony, unto which we promise all due submission and obedience. In witness whereof we have hereunder subscribed our names at Cape-Cod the 11 of November, in the year of the reign of our sovereign lord, King James, of England, France, and Ireland the eighteenth, and of Scotland the fifty-fourth. Anno Domini 1620”*<sup>300</sup>.

Deste *pacto de associação* entre os *Pilgrim Fathers*<sup>301</sup> – de aspiração a uma nova ordem política sob o impulso de princípios religiosos provenientes do puritanismo –

---

*of the people*”. No movimento constitucional britânico, acompanhando PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, cit., pp. 270-271, trata-se de “um contrato social que assume a natureza de verdadeiro fideicomisso da geração presente em relação às gerações passadas e futuras: um «contrato estabelecido entre os vivos e os mortos e os que estão por nascer». Aqui reside a essência do Estado”.

<sup>299</sup> Cfr. KLAUS STERN, “The genesis and evolution of European-American constitutionalism: some comments on the fundamental aspects”, cit., pp. 189-195.

<sup>300</sup> WILLIAM BRADFORD, *Of Plymouth Plantation: Along with the Full Text of the Pilgrims' Journals for Their First Year At Plymouth*, ed. Caleb H. Johnson Xlibris Corporation, 2006, p. 127.

<sup>301</sup> Cfr. WILLIAM BRADFORD, *History of Plymouth Plantation*, ed. Charles Deane, Massachusetts Historical Collections, 1856, p. 99. Sublinhe-se que, para tais puritanos separatistas (*Pilgrims*), que fugiam à perseguição religiosa encetada por Jaime II da Inglaterra, a carta de reconhecimento obtida perante o *Plymouth Council for New England* se revelava inválida, razão pela qual alguns dos passageiros do *Mayflower* sugeriram que, na ausência de um contrato político fundamental, os homens seriam livres para fazer tudo aquilo que entendessem (*ius in omnia*), ignorando quaisquer regras jurídicas e preceitos morais. Consequentemente, os *Pilgrim Fathers* assinaram o *Mayflower Compact*, cujos princípios fundamentais influenciaram a criação de *new towns* da Nova Inglaterra (*Rhode Island, Connecticut, New Haven e New Hampshire*), durante a primeira

resultou o assentamento de *Plymouth* como nova comunidade política (“*a civil body politic*”), que se autogovernou até 1683, sob o regime de democracia direta, em que participavam todos os colonos nas assembleias gerais, segundo um critério maioritário. Do mesmo modo, a fundação de *new towns*, em 1638, localizadas nas regiões atualmente denominadas Rhode Island e Connecticut, obedeceu a um *covenant* ou *agreement* celebrado pelo povo e no seio do povo, subscrito por todos os *freemen* com vista à formação de um governo democrático<sup>302</sup>.

Por conseguinte, como observou JOHN LOCKE, o *Mayflower Compact* e os *Convenants* de *Rhode Island* e *Connecticut* operam a *tradução histórico-factual* da *ideia de contrato social na origem da ordem política*, realidade especialmente visível no processo de formação das Colónias Unidas da Nova Inglaterra<sup>303</sup>. A luta pela independência reforçaria,

---

metade do século XVII. Para mais desenvolvimentos, realçando que a fundação das *Puritan commonwealths in New England* se enquadrava numa filosofia puritana favorável à liberdade religiosa e à criação de associações eclesiásticas, desde que com base num convénio com Deus (v. *Brownist principles, Cambridge Platform e Church Covenant*), cfr. FRANCIS J. BREMER, *Puritans and Puritanism in Europe and America*, Vol. I, ABC-CLIO, Santa Barbara, 2006, pp. 462-463; HERBERT BOLTON/THOMAS MARSHALL, *The Colonization of North America 1492 to 1783*, Kessinger Publishing, 2005, pp. 137-142; JOHN E. WALSH, *The Mayflower Compact, November 11, 1620: the first democratic document in America*, F. Watts, 1971, pp. 6-35; DAVID BEALE, *The Mayflower Pilgrims: Roots of Puritan, Presbyterian, Congregationalist, and Baptist Heritage*, Emerald House Group Incorporated, 2003; e C. H. JOHNSON, *The Mayflower and Her Passengers*, Xlibris Corporation, 2005, pp. 266-267.

<sup>302</sup> *Records of the Colony of Rhode Island and Providence Plantations in New England: Rhode Island, 1636-1663*, ed. John Russell Bartlett, AMS Press, 1968, Vol I., pp. 14 e 52; e *The Public Records of the Colony of Connecticut [1636-1776]: the charter of Connecticut, records of the General Court, journal and correspondence of the Council*, Vol. 2, ed. J. H. Trumbull, Press of the Case, 1852, p. 4. HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*, cit., p. 116, em nota, adverte para a importância dos “*Pflanzungsverträge*”, associados à ideia de contrato social na criação de novas comunidades e na fixação de núcleos populacionais. Mas como adverte KLAUS STERN, “The genesis and evolution of European-American constitutionalism: some comments on the fundamental aspects”, cit., p. 190, a ideia de contrato social correspondia, no limite, à ideia de *pactum societatis* – e não, ainda, ao sentido de constituição –, pois, apesar de resultarem regras e padrões de conduta desses convénios, a lei constitucional inglesa permanecia superior, porquanto o conceito de constituição tal como o concebemos não se estabeleceu em definitivo nas Colónias Unidas da Nova Inglaterra antes de 1776.

<sup>303</sup> *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, cit., II, §102. Acompanhando a investigação de J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., pp. 85-86 e p. 95, “historicamente, os primeiros atores que efetivaram a tradução do contrato social no plano da criação de uma concreta ordem política foram os *Pilgrim Fathers*, em Novembro de 1620, mas o mesmo princípio informou a fundação de algumas colónias da Nova Inglaterra, nos primeiros anos do século XVII [...], o seu propósito consistia na legitimação contratualista do poder político pelo povo, razão pela qual o documento constitutivo circulava entre os membros da comunidade para ser assinado pelo maior número possível de contratantes, por forma a instituir um governo que fosse expressão do consenso mais alargado e real possível”.

A doutrina do contrato social não penetrara apenas na filosofia das Constituições das colónias da Nova Inglaterra. Também a literatura jurídico-política da época, que sofrera a influência das obras de PUFENDORF e de JOHN LOCKE, invocava, recorrentemente, os argumentos contratualistas na origem da Constituição Federal Americana – cfr. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., pp. 84-91, 147-148 e 229-243, com referências históricas e bibliográficas, sobre o pensamento político de ROGER WILLIAMS, SAMUEL ADAMS, NATHANIEL CHIPMAN, JOSEPH STORY, JAMES MADISON e JOHN QUINCY ADAMS. Destarte, pela pena destes Autores e Políticos norte-americanos, a *argumentatio* contratualista estendeu-se, sob o prisma do estatuto



ainda, esta tendência, ao ponto de a Declaração de Direitos de Virgínia (12 de Junho de 1776)<sup>304</sup>, a Declaração de Independência (4 de Julho de 1776)<sup>305</sup> e as Constituições dos Estados de *New Jersey* (1776)<sup>306</sup>, *Maryland* (1776)<sup>307</sup>, *Kentucky* (1792)<sup>308</sup> e *Massachusetts*

---

jurídico-público, ao próprio nexo relacional entre os Estados e a Federação, no quadro de aprovação da Constituição Americana de 1787. A este propósito, o próprio THOMAS JEFFERSON sustentava que “os Estados se haviam vinculado a um governo federal único, através de um contrato designado Constituição dos Estados Unidos” – CHARLES EDWARD MERRIAM, *History of American Political Theories*, MacMillan, New-York, 1903, p. 148. Posição semelhante pode ser vista nas *Resolutions for the Virginia Assembly* elaboradas por JAMES MADISON: “*that it views the powers of the Federal Government as resulting from the compact to which the states are parties, as limited by the plain sense and intention of the instrument constituting that compact as no further valid than they are authorized by the grants enumerated in that compact*” – v. R. BIRLEY, *Speeches And Documents In American History*, Vol. I, Oxford, 1944, pp. 239 e 246.

Cfr., a este propósito, as teses expostas nos *The Federalist Papers*, de ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY, The Floating Press, 2011, pp. 145-325, publicados na imprensa de Nova Iorque, de elevadíssimo interesse jurídico-político, que promoviam a ratificação da Constituição Federal de 1787 e perspectivavam “*the paramount law as a social compact*”. Em especial, v. o *Federalist Paper n.º 2*, de JOHN JAY, ob. cit., p. 12: “*nothing is more certain than the indispensable necessity of government; and it is equally undeniable that whenever and however it is instituted, the people must concede to it some of their natural rights, in order to vest it with requisite power*”. O confronto dos *Federalist Papers* com as posições dos *non federalists* revelava fortes tensões. Desde logo, em razão da amplitude de poderes soberanos (moeda, defesa, relações internacionais e política externa) transferidos dos Estados para a Federação. Ao que acrescia a dificuldade em “articular o poder constituinte do povo que faz uma Constituição federal com a autonomia dos «Estados» e dos seus povos” – o que justificou trazer a doutrina do contrato social e o princípio federativo para o plano das relações entre os Estados e a Federação.

<sup>304</sup> “*A declaration of rights made by the representatives of the good people of Virginia, assembled in full and free convention; which rights do pertain to them and their posterity, as the basis and foundation of government.*”

*SECTION 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety. SECTION 2. That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants and at all times amenable to them*” – ROGER L. KEMP, *Documents of American Democracy: a collection of essential works*, McFarland, 2010, p. 53. A *Constituição do Estado da Virgínia de 1776* foi a primeira constituição histórica, após a revolução americana, a abrir um processo de declarações constitucionais que culminará na Constituição da União de 1787.

<sup>305</sup> “*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed. That whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the People to alter or to abolish it, and to institute new government [...]*” – ROGER L. KEMP, *Documents of American Democracy: a collection of essential works*, cit., pp. 56-57.

<sup>306</sup> “*Whereas all the constitutional authority ever possessed by the kings of Great Britain over these colonies, or their other dominions, was, by compact, derived from the people, and held of them, for the common interest of the whole society; allegiance and protection are, in the nature of things, reciprocal ties, each equally depending upon the other, and liable to be dissolved by the others being refused or withdrawn*” – Preâmbulo da Constituição de New Jersey, in New Jersey Department of State, New Jersey State Archives, 609-292-6260.

<sup>307</sup> “*We, the Delegates of Maryland, in free and full Convention assembled, taking into our most serious consideration the best means of establishing a good Constitution in this State, for the sure foundation and more permanent security thereof, declare: Article I – That all government of right originates from the people, is founded in compact only, and instituted solely for the good of the whole*” – DAN FRIEDMAN, *The Maryland State Constitution: a reference guide*, Greenwood Publishing Group, 2006, p. 13.

(1780)<sup>309</sup> reproduzirem axiomas e princípios contratualistas, transportando *dimensões metanarrativas*<sup>310</sup> e gerando uma *praxis* política entre os Deputados e os Senadores de invocar e apelar, sucessivamente, nos discursos proferidos ante o Congresso, “ao espírito convencional da Constituição Federal Americana”<sup>311</sup>. Nesta ótica, a Constituição de 1787, em jeito de *paramount law*<sup>312</sup>, constituía, através do exercício de um poder constituinte, uma manifestação-decisão do povo (“*we the people*”), garantidora dos direitos dos cidadãos contra a onipotência parlamentar e reguladora de um governo com *freios* e *contrapesos*, designadamente estabelecendo normas vinculativas disciplinadoras e domesticadoras do poder público e oponíveis aos governantes que infringissem, por meio de atos concretos e leis ordinárias, os preceitos constitucionais<sup>313</sup>.

---

<sup>308</sup> *We, the representatives of the people of the State of Kentucky, in Convention assembled, do ordain and establish this Constitution for its government [...], Article XII, §1: “That all men, when they form a social compact, are equal”* – DOUGLAS CRAWFORD MCMURTRIE, *The Kentucky Constitution of 1792*, Priv. Print., 1942, p. 5.

<sup>309</sup> “*The body politic is formed by a voluntary association of individuals; it is a social compact by which the whole people covenants with each citizen and each citizen with the whole people that all shall be governed by certain laws for the common good. It is the duty of the people, therefore, in framing a constitution of government, to provide for an equitable mode of making laws, as well as for an impartial interpretation and a faithful execution of them; that every man may, at all times, find his security in them. We, therefore, the people of Massachusetts [...]*” – Preâmbulo da Constituição de Massachusetts, cfr. ROGER L. KEMP, *Documents of American Democracy: a collection of essential works*, cit., p. 60.

<sup>310</sup> Cfr. HANS WELZEL, “Ein Kapitel aus der Geschichte der amerikanischen Erklärung der Menschenrechte (S. Wise und S. Pufendorf)”, cit., pp. 387-441; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 182-188, e HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 117-119.

<sup>311</sup> J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., p. 234, nota 2. O estudo da Constituição federal como *social compact*, o leque das principais teorias em confronto e a sua força irradiante na jurisprudência norte-americana podem ser vistos, com detalhe, na recente obra de THOMAS R. POPE, *Social Contract Theory in American Jurisprudence: Too Much Liberty and Too Much Authority*, cit., pp. 1-9 e 24-65.

<sup>312</sup> É com base nessa dupla função de *paramount law* e de *pacto constitutivo da União* (a Constituição *funda* verdadeiramente os Estados Unidos) que JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra, 2003, p. 143, em nota, considera que “nos Estados Unidos, a Constituição equivale a contrato social e constitucional, ao passo que na França a Constituição pressupõe a existência de um sujeito político unitário e soberano, o povo, «a Nação» no sentido revolucionário”.

<sup>313</sup> A Constituição Federal norte-americana de 1787 não é um contrato entre governantes e governados, mas um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se constituir um governo vinculado à *paramount law* – cfr. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, pp. 80-92.

### 13.3. A rotura com o *Ancien Régime* e a proposta do *contrat social* como origem do Estado no movimento constitucional francês

Marcando uma rotura com o *Ancien Régime*, no movimento constitucional francês, a *matriz revolucionária*, o *primado do político* e a *vocação universalista* dos valores e princípios contratualistas que lhe estavam associados (liberdade, igualdade, princípio democrático e princípio da separação de poderes) projetaram-se na criação de uma nova ordem político-social prescritivamente dirigida para o futuro<sup>314</sup>. Neste sentido, tendo em vista fundar um sistema político-social a partir da autonomia moral e da vontade racional do homem, no *modelo individualista francês* tomou-se como base a instituição contratual e propôs-se a criação de um modelo racionalista – o “*contrat social*”<sup>315</sup> –, pensando a sociedade como se todos os homens livres fizessem um acordo na base de um contrato<sup>316</sup>. Por via da Revolução, o recurso à ideia de contrato serviu, assim, não para ratificar ou legitimar *a posteriori* a sociedade política, mas para a constituir *ex nihilo*, com o intuito de abolir o passado e fraturar a história (*frattura epocale*), destruindo todas as instituições, corpos e estruturas políticas antigas.

A história deveria, por isso, ser reconduzida à sua origem, começada de novo – partindo-se do presente para o futuro sem o passado<sup>317</sup> –, encontrando na *natureza humana* – e não na ordem pressuposta (isto é, na *polis*, na *civitas* ou na *ordino criationis*) –, enquanto instância dadora de sentido, a sua *plenitude* e *nova razão de ser*<sup>318</sup>. Se historicamente as doutrinas do contrato social já atribuíam ao homem um *direito de*

---

<sup>314</sup> Cfr. GAUCHET MARCEL, *La Révolution des Pouvoirs – La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, 1995, pp. 10-11, devendo o *projeto* de construção social principiar pelo Estado. Cfr., também, MAURICE HAURIU, *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, 1929, pp. 19-40; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la Theorie Generale De L'État*, Vol. II, Centre National de la Recherche Scientifique, Paris 1969, pp. 156-193; GEORGES BURDEAU, *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1984, pp. 26-49 e 305-326; MARCEL PRÉLOT/GEORGES LESCUYER, *História das Ideias Políticas*, Vol. II, cit., pp. 44-83; OLIVIER BEAUD, *La Puissance de l'État*, Puf, Paris, 1994, pp. 221-244; LELIA PEZZILLO, *Rousseau et le Contrat Social*, Puf, Paris, 2000, pp. 4-23; FRANCIS HAMON/MICHEL TROPER, *Droit Constitutionnel*, Paris, 2012, pp. 345-355; e BERTRAND MATHIEU/PHILIPPE ARDANT, *Institutions Politiques et Droit constitutionnel*, Paris, 2012, pp. 379-394.

<sup>315</sup> *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, ed. Garnier, Paris, 1962, I, 6. Sobre a gênese do contratualismo político no movimento revolucionário francês, cfr. F. ATGER, *Essai sur l'Histoire des doctrines du Contrat Social*, cit., pp. 316-357.

<sup>316</sup> Cfr. MICHEL PERTUÉ, “La notion de constitution à la fin du 18e siècle”, *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIIIe siècle*, ed. Raymonde Monnier/Jacques Guilhaumou, Paris, 2003, p. 44.

<sup>317</sup> Cfr. KARL POPPER, *Conjeturas e Refutações*, Coimbra, 2006, p. 458.

<sup>318</sup> Esta ideia cristalizar-se-ia, posteriormente, na conceção de um *poder constituinte* projetante e criador de uma lei básica conformadora da organização político-social da comunidade (momento *construtivista-racionalista*) – sobre este ponto, cfr. OLIVIER BEAUD, *La Puissance de l'État*, cit., pp. 223-244.

*resistência*, só agora este se transforma numa força política e espiritual capaz de *revolução*, válida em contextos de libertação nacional ou social<sup>319</sup>.

Por todas estas razões, torna-se, agora, evidente que a pátria da *construção individualista* dos direitos e das liberdades no sentido exposto (*rectius*, de uma “ordem individualista” por oposição a uma “ordem estamental”) não podia ser a Inglaterra, mas a França, onde se edificou grande parte do *direito moderno individualista*, quer por intermédio dos Códigos no âmbito civil, quer de Declarações de direitos e liberdades no domínio jurídico-constitucional. Com efeito, no movimento constitucional francês oitocentista, atribuiu-se ao contrato social um “sentido de programa revolucionário”<sup>320</sup>, de profunda rotura com privilégios e direitos estamentais e, bem assim, de abolição das instituições sociais e das estruturas políticas antigas<sup>321</sup>, por via da difusão de princípios e valores de vocação universal<sup>322</sup>. O *projeto de criação* de uma nova ordem político-social, através de um *poder constituinte* (momento construtivista-racionalista) pressupunha a *rotura* com os privilégios do “*ancien régime*” (momento fractal<sup>323</sup>), pelo que a *ideia de contrato social* ganhou neste contexto contornos rasgadamente inovadores – de “mito pré-revolucionário”<sup>324</sup> –, em termos distintos do papel atribuído ao contrato na narrativa

<sup>319</sup> Cfr. ERIC J. HOBBSBAWM, *A Era das Revoluções*, Editorial Presença, 2000, p. 88.

<sup>320</sup> Cfr. MAURIZIO FIORAVANTI, *Costituzionalismo – Percorsi della Storia e Tendenze Attuali*, Bari, 2009, p. 7.

<sup>321</sup> Mas esta *intentio* que preconizava, ingenuamente, o corte com *todos* os referentes do *ancien régime* não seria (nem poderia ser!) plenamente alcançada. A este propósito, convém recordar as considerações de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *L’Ancien Régime et la Révolution*, Paris, 1856, pp. X-XI, observando que o projeto de criação de uma ordem nova que emergiu da Revolução, simbolicamente traduzido num novo calendário a partir do *l’an un*, com o propósito de abolir o passado e fraturar a história, não obteve plena realização, em face da presença de um ambiente cultural, institucional e administrativo vindo de trás e que transitou para França pós-revolucionária: “à medida que avançava neste estudo, surpreendi-me com o facto de rever na França desse tempo (do *Ancien Régime* – it. nosso), muitos traços que nos impressionam na dos nossos dias. Reencontrava uma imensidão de sentimentos que eu julgava nascidos com a Revolução, uma imensidão de ideias que até então eu julgava surgidas apenas dela [...], porque a Revolução teve duas fases bem distintas: a primeira durante a qual os franceses parecem querer abolir tudo do seu passado; a segunda onde vão retomar dele uma parte do que nele haviam deixado. Existe um grande número de leis e de hábitos políticos do Antigo Regime que desapareceram subitamente em 1789 e que reapareceram alguns anos depois, como certos rios penetram na terra para reaparecerem mais tarde, fazendo surgir as mesmas águas em novas margens”.

Na mesma linha, confirmam-se as reflexões de KARL POPPER, *Conjeturas e Refutações*, cit., pp. 458-459: “numa revolução tudo é questionado [...], o seu maior desejo (dos revolucionários) é limpar completamente a tela – criar uma *tabula rasa social* e recomeçar do zero, pintando nela um sistema social absolutamente novo. Mas não deveriam ficar admirados se descobrissem que, destruindo a tradição, a civilização desapareceria com ela. Eles iriam verificar que a Humanidade havia regressado à situação em que Adão e Eva começaram – ou, usando uma linguagem menos bíblica, que haviam regressado ao estado animalesco”.

<sup>322</sup> Nessa ótica, cfr. a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, proclamada a 26 de Agosto de 1789.

<sup>323</sup> Cfr. MAURIZIO FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne*, I, cit., p. 22.

<sup>324</sup> Cfr. GÖRG HAVERKATE, *Verfassungslehre: Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, cit., pp. 37-38.

historicista britânica e no movimento constitucional norte-americano<sup>325</sup>. Efetivamente, o *individualismo* não exigia apenas edificar uma ordem nova sobre os direitos naturais dos indivíduos, rompendo com *jura et libertates* de uma qualquer ordem jurídica estamental. A projeção *ex novo* da forma política na base de um acordo entre indivíduos livres e iguais representava o momento contratualista propriamente dito do individualismo francês<sup>326</sup>.

A Revolução francesa de 1789, marcando, em certa medida, a rotura com o Estado absoluto, aliou o discurso analítico à ação política, por meio da fundação e legitimação de um novo poder político na base de uma *constituição escrita*, elaborada por um poder constituinte (“*originário, autónomo e onnipotente*”<sup>327</sup>), pertencente à Nação<sup>328</sup>, que definia a ordenação racional e sistemática da comunidade política e garantia os direitos dos cidadãos<sup>329</sup>. Neste ensejo, era o homem que revolucionariamente instituía o direito e proclamava a universalização das liberdades. Visa-se, deste modo, alcançar uma constituição que satisfaça as pretensões da burguesia, ou seja, uma declaração de princípios

---

<sup>325</sup> Como sublinha J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 57-58, à questão de saber “como podem os homens livres e iguais dar a si próprios uma lei fundamental?”, na *fórmula fractal e projetante* do individualismo francês, pode dizer-se que “a ordem política e social é *querida e conformada* através de um *contrato social*, assente nas vontades individuais (tal como o defendiam as correntes contratualistas)”.

<sup>326</sup> Cfr. MAURIZIO FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne*, I, cit., p. 25. A ordem constitucional é, por isso, uma *ordem artificial*, que se cria e institui por acordo entre os indivíduos. Tudo isto, como vimos, em termos manifestamente opostos ao modelo historicista inglês. Note-se que, mesmo na corrente contratualista britânica, quando LOCKE admite o *direito de resistência do povo*, tal deve ser entendido enquanto um instrumento de *restauração da contratualidade infringida* (ou, mais rigorosamente, da “confiança” [*trust*] violada) e não como instrumento de criação e de projeção de uma nova ordem constitucional. A “força da história” – e não “a revolução” – reconduz o *social contract* britânico à órbita do governo limitado e moderado.

<sup>327</sup> Cfr. OLIVIER BEAUD, *La Puissance de l'État*, cit., pp. 223-244; e KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 159-162. A doutrina de E. SIEYÈS, *Qu'est ce le Tiers État?*, ed. Roberto Zapperi, Genève, 1975, conjugava soberania nacional e representação política. No pensamento e prática da França revolucionária, a imagem e representação do poder constituinte era vigorosamente expressa pelo abade SIEYÈS, que exortava o “Terceiro Estado, no sentido de que este se declarasse Assembleia Nacional e agisse como se estivesse a sair do Estado de Natureza, sendo chamado a formar o Contrato Social” – a citação deste trecho encontra-se em NORBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, cit., p. 191.

<sup>328</sup> Surge, agora, com centralidade político-constitucional “*La Nation*”, titular do poder constituinte. Observa CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 71, que “o poder constituinte pressupõe o Povo como uma entidade política existencial; o termo «Nação» designa, em sentido expressivo, um povo capaz de atuar, desperto na consciência política”. No período da Revolução, “o povo constituiu-se como sujeito do poder constituinte; torna-se consciente da sua capacidade política de atuar e dá a si próprio uma Constituição [...]; ao dar a si mesmo uma Constituição, realiza o ato mais amplo de decisão sobre um modo e forma particular de existência. O povo converteu-se em Nação, ou, noutros termos, tornou-se consciente da sua existência política”.

<sup>329</sup> Na história da Revolução Francesa, sobre a matriz contratualista dos líderes revolucionários, (em especial BABEUF), cfr. F. ATGER, *Essai sur l'Histoire des Doctrines du Contrat Social*, cit., pp. 316-357. Cfr. o artigo 2.º da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, onde se afirma que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos *direitos naturais e imprescritíveis do homem*. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (it. nosso).

assente no dogma da *soberania nacional*, com uma *separação de poderes políticos* e um *quadro de liberdades fundamentais*<sup>330</sup>.

No campo das forças motrizes e dos princípios revolucionários, o contratualismo revolucionário francês preconizava, fundamentalmente: o princípio jusnaturalístico da *igualdade* entre os indivíduos e o respeito pelos *direitos do homem e do cidadão* (como resulta dos artigos 1.º, 2.º, 4.º, 6.º e 17.º da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789); e o *princípio democrático*, pois a soberania reside na Nação ou no povo (só à Nação pertence fazer a sua Constituição ou Lei fundamental – artigo 3.º da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*); o princípio da separação de poderes (legislativo, executivo e judicial – artigo 16.º da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), o domínio da *lei geral e abstrata como expressão da vontade geral e da soberania da Nação* (artigo 6.º da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*)<sup>331</sup> e a instituição de mecanismos de *força e coação pública* para tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos (artigo 12.º da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*).

Contudo, quanto à organização do poder político, nunca se registou um verdadeiro acordo de posições entre os contratualistas revolucionários<sup>332</sup> e a evolução do movimento constitucional na França acabaria por demonstrar a oscilação entre a prevalência da obra de MONTESQUIEU ou de ROUSSEAU<sup>333</sup>. O *princípio representativo* (a soberania só pode ser exercida pelos representantes legalmente eleitos) impôs-se à *democracia direta* rousseauiana, mas os textos constitucionais alternaram entre a *supremacia do poder legislativo* e o *protagonismo do parlamento como intérprete da vontade geral*<sup>334</sup> e a

---

<sup>330</sup> Sobre o modo como o programa da Revolução Francesa e o *Contrat Social* de ROUSSEAU influenciaram diretamente a Constituição de 3 de Maio de 1791 da Polónia, a primeira Constituição codificada em sentido moderno da Europa, cfr. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne, Oeuvres Complètes de Jean-Jacques Rousseau*, cit., pp. 425-472; e a síntese de ÉRIC J. HOBBSBAWM, *A Era das Revoluções*, cit., pp. 86-88.

<sup>331</sup> Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, Expression de la Volonté Générale*, Paris, 1984.

<sup>332</sup> Para um enquadramento da questão no período revolucionário, cfr. F. ATGER, *Essai sur l'Histoire des Doctrines du Contrat Social*, cit., pp. 316-357.

<sup>333</sup> Cfr. MAURICE HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, cit., pp. 292-294, segundo o qual, desde a Revolução, estiveram em confronto duas correntes de ideias e de forças políticas: a *corrente revolucionária de governo pelas assembleias representativas* e a *corrente diretorial, imperial, consular presidencial*, empenhada no reforço do poder monárquico.

<sup>334</sup> Observe-se o primado reconhecido ao poder legislativo nas Constituições republicanas do período revolucionário francês. Assim, na Constituição jacobina de 1793, a primazia do *princípio da soberania popular* conduziu à nítida subordinação do executivo ao legislativo e, ainda que tal Lei fundamental não tivesse sido aprovada, a ideia de unidade e indivisibilidade da soberania que lhe presidia revelava a juridificação da vertente liberal defensora da supremacia da lei e do primado do parlamento, tal como apresentada no *Contrat Social* de ROUSSEAU. O mesmo se diga quanto à Constituição do Ano III (Diretório), onde o exercício da função legislativa se encontrava centrado, quase exclusivamente, no parlamento, verificando-se uma completa debilidade do poder de veto do executivo sobre os diplomas provenientes do

*prevalência do princípio monárquico*, consubstanciado na atribuição de um amplo *poder de veto ao monarca* e, bem assim, no *protagonismo do governo* na ação pública<sup>335</sup>.

#### **14. Fundamentos jurídico-dogmáticos da ideia de contrato. O caráter comunitário e transcendental do contratualismo político antigo e os seus maîtres-penseurs**

##### **14.1. O contratualismo político atomista e materialista de EPICURO**

A partir dos finais do século IV antes da era cristã até ao crepúsculo do século V depois de Cristo, com a queda de Roma Ocidental, o pensamento filosófico-jurídico foi fortemente influenciado por duas correntes, que causaram um impacto profundo no mundo social e político – o *Epicurismo* e o *Estoicismo*. Ao invés desta última escola, cujos pressupostos e resultados foram acolhidos pelo Império Romano e, em parte, pela doutrina da Igreja Católica, a primeira foi aceite na Grécia como uma doutrina progressiva e inovadora, que visou introduzir na vida política e social um programa reformador de matriz contratualista. Mais do que uma pura metateoria sobre a moral e a existência humana, o *teorema epicurista do pacto* deve ser perspetivado no horizonte de um projeto social global, ao remeter, atomisticamente, as normas fundamentais da convivência social para o contrato. Sendo o mundo um só e sendo nós muitos, o problema social do encontro de liberdades acompanhou uma determinada filosofia de acesso e de fruição singular do mundo. Estabelecendo uma relação circular entre *polis* e *indivíduo* – numa aceção de puros átomos irreduzíveis –, para os epicuristas quer o modelo de associação política, quer a constituição

---

legislativo – GAUCHET MARCEL, *La Révolution des Pouvoirs – La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, cit., pp. 132-136.

<sup>335</sup> Ao longo dos finais do século XVIII e do século XIX, o princípio democrático e o princípio monárquico coexistiram na ordens constitucional francesa, ocorrendo períodos em que o *princípio monárquico* conservou a sua *prevalência*, traduzida no entendimento da *lei* como expressão conjugada da vontade do monarca e do parlamento ou na atribuição de um poder de veto ao monarca relativamente aos atos provenientes do parlamento. Assim sucedeu, desde logo, com as monarquias constitucionais de 1791 e de 1814, refletindo a Constituição de 1791 fundamentalmente a estruturação das instituições políticas concebidas no *De L'Ésprit des Lois* de MONTESQUIEU. Representando, em grande medida, a concretização constitucional da supremacia real, na Carta Constitucional francesa de 1814, o *poder de veto* aos diplomas do parlamento revestia natureza absoluta, circunstância que conferia ao poder executivo uma completa liberdade de decisão sobre os exatos termos da legalidade a que decidia vincular-se. Se a esse aspeto juntarmos a previsão constitucional de um “poder regulamentar autónomo” e a competência para elaborar “os regulamentos e as *ordennances* necessários para a execução das leis e a segurança do Estado”, compreende-se que a Carta Constitucional francesa de 1814 se tenha tornado uma das mais monárquicas do seu tempo.

da própria normatividade reconduziam-se a um produto contratual de vontades, cujas leis se impunham, de forma igual, para todos os indivíduos<sup>336</sup>.

Num período de manifesta decadência, em que a Grécia caminhava já para o ocaso político, durante o século III a. C., EPICURO DE SAMOS procurou edificar as bases gerais de uma nova moralidade social. Adotando o atomismo materialista de DEMÓCRITO, propôs-se libertar o homem dos grandes problemas existenciais, através de uma filosofia prática<sup>337</sup>, traduzida na contemplação da natureza, na vida em comunidade, na negação do destino e na indiferença perante os deuses: livre, o indivíduo bastar-se-ia a si próprio para ser feliz, procurando o bem, a tranquilidade da alma e o prazer moderado do corpo, com vista a atingir o estado de *ataraxia*. Um pouco por toda a Grécia, o empirismo filosófico e a ética materialista de EPICURO ganharam adeptos fervorosos, sobretudo após a sua divulgação pelos *filósofos do jardim*. Tais premissas revelar-se-iam fundamentais na compreensão da doutrina filosófico-política de EPICURO sobre a origem da ordem política.

Com efeito, no plano jurídico-político, a Escola Epicurista sustentava a *origem contratual* das instituições políticas – da *polis* –, enquanto produto da vontade dos indivíduos reunidos em comunidade<sup>338</sup>. Ainda neste campo predomina uma conceção essencialmente *funcionalista*, nos termos da qual o direito constitui um pacto ditado pela utilidade e a *polis* o efeito daí resultante. Mas não só. Analisando as Máximas Capitais de EPICURO, podemos concluir que este Autor sustenta que, além das instituições políticas, também a *lei* (escrita) e a *justiça* constituem dimensões atomísticas reguladas por um contrato<sup>339</sup>. A conceção epicurista do pacto social assentava, assim, em três dimensões essenciais: a associação política da comunidade organizada, a ordenação da normatividade jurídica vigente e a realização da justiça. No que concerne à primeira, EPICURO entendia a *polis* como “uma *associação política*, cujo propósito se encontrava definido num contrato

---

<sup>336</sup> O pensamento político epicurista chegou até ao nosso tempo a partir de alguns fragmentos de Cartas e Máximas de EPICURO, mas sobretudo através das obras de DIÓGENES LAÉRCIO e de TITO LUCRÉCIO CARO, na antiguidade clássica, e de PIERRE GASSENDI e WALTER CHARLETON, na época moderna. A Escola Epicurista partiu da premissa nos termos da qual, sendo o universo formado por uma infinidade de átomos sujeitos a uma causalidade mecânica, assim também a organização política da *polis* nada mais é do que um agrupamento de indivíduos – desprovido de um *logos* específico –, cuja fundação reside num contrato por eles firmado, tendo em vista a defesa dos seus direitos e de interesses comuns. Na ausência de leis, os homens viveriam em feroz hostilidade e, nessa medida, apenas o *pactum societatis* permite pôr fim a esse estado insustentável em que não é possível atingir a *tranquilidade* e o *prazer* do corpo e do espírito – encontrando-se, assim, nas Máximas de EPICURO, implícita já uma ideia de *estado da natureza* por referência a valores materialistas: cfr. Máximas de Epicuro, XXXI,XXXII, XXXIII, *Cartas, Máximas e Sentenças de Epicuro*, Sílabo, Lisboa, 2009.

<sup>337</sup> Cfr. a análise detalhada de KARL MARX, *Diferença entre as Filosofias da Natureza em Demócrito e Epicuro*, Dissertação de Doutoramento, Editorial Presença, Lisboa 1972.

<sup>338</sup> GUIDO FASSÒ, *La Democrazia in Grecia*, cit., p. 237.

<sup>339</sup> Cfr. as Máximas Capitais de Epicuro, XXXI,XXXII, XXXIII, *Cartas, Máximas e Sentenças de Epicuro*, Sílabo, Lisboa, 2009.



[...], sendo o primeiro a afirmar nitidamente a origem convencional do Estado, com base num acordo concluído entre indivíduos livres e iguais”<sup>340</sup>.

Portanto, a comunidade política, enquanto artefacto humano, fundava-se num contrato de associação (*pactum societatis*<sup>341</sup>), cuja finalidade consistia em criar as condições de *segurança* e de *tranquilidade* necessárias para evitar a agressão de uns sobre os outros – neste tópico reside a *justificação* do contrato, ao dirigir-se ao seu raciocínio, teórico e prático. Ora, se todos os homens agirem com base neste contrato social – segunda dimensão –, então não se afigura necessária a existência de outras fontes de produção jurídica para além do contrato. E, por isso, os homens poderão sempre romper com tal pacto, quando da sua manutenção deixar de resultar a utilidade em função da qual adveio a sua celebração<sup>342</sup>. A corrente epicurista advogou, deste modo, a *origem convencional de todo o direito*<sup>343</sup>, nos termos da qual “todo o direito é produto de convenção, nada há na natureza que possa considerar-se justo em si [...] e, assim, o contratualismo e o mais crasso positivismo jurídico vêm a ser os dogmas fundamentais da doutrina de EPICURO em matéria de Estado e de direito”<sup>344</sup>. No que tange à terceira dimensão, para EPICURO, as normas legais que garantem a justiça não representavam simples virtudes morais que resultavam da natureza das coisas, antes constituíam um autêntico *acordo de não agressão*, segundo uma lógica de associação mútua de interesses entre os homens. Com efeito, “estes associam-se para se

---

<sup>340</sup> Cfr. ERNST BLOCH/DENNIS J. SCHMIDT, *Natural Law and Human Dignity*, MIT Press, 1987, p. 10.

<sup>341</sup> EPICURO recomendava aos seus discípulos o respeito pelas instituições e pelo poder político estabelecido na base de um acordo entre os homens para evitarem danos maiores, entendendo o direito natural como “uma convenção utilitária feita com o objetivo de (*os homens*) não se prejudicarem mutuamente” [it. nosso] – cfr. a Máxima XXXI, *Cartas, Máximas e Sentenças de Epicuro*, cit..

NORBERTO BOBBIO/MICHELANGELO BOVERO, *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, cit., p. 63, identificam uma primeira noção epicurista de *pactum societatis*. Há uma propensão na doutrina moderna para considerar a natureza especial desse contrato político – *homologia* ou *homologeîn* (ὁμολογία) –, que não se reconduzia a um *tipo* contratual privatístico, distinto, portanto, das fórmulas contratuais arcaicas conhecidas pela civilização grega na esfera jurídico-privada – *diatheke*, e posteriormente, *synállagma*, *syngraphê* e *synthékê*. Sobre esta terminologia contratual grega, cfr. EMANUELE STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, cit., pp. 153-169; e ARNALDO BISCARDI, *Scritti di Diritto Greco*, cit., pp. 103-118. Uma parte significativa da doutrina norte-americana sublinha que se tratava de um *contrato político* relativo a *matéria de unidade ou de associação política* – nesta linha, cfr. CHARLES H. KAHN, “The Origins of Social Contract”, cit., p. 94; VINCENT FARENGA, *Citizen and self in ancient Greece*, cit., p. 328, n. 87; G.B. KERFERD, *The Sophistic Movement*, Cambridge, 1981, p. 147. Trata-se de uma visão do contrato social fundacional, enquanto instrumento político-organizatório, de sentido prospetivo, que *transcende* a posição das partes no contrato, em termos marcadamente distintos de um contrato de natureza privatística, que enfatiza a ideia de “*instrumentarium* jurídico de troca”, em harmonia com a máxima latina “*do ut des*”.

<sup>342</sup> GIORGIO DEL VECCHIO, *Sui Vari Significati della Teoria del Contratto Sociale*, cit., pp. 5-6.

<sup>343</sup> Cfr. a Máxima de Epicuro XXXIII, *Cartas, Máximas e Sentenças de Epicuro*, cit..

<sup>344</sup> Cfr. CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado, Vol. I*, cit. p. 42. Direito é, por conseguinte, *nomos* e não *physis*, quer dizer, produto de convenção entre os homens.

defender de perigos e ameaças, sob a base de um acordo comum”, do qual deriva todo o direito que regula o funcionamento da sociedade e das instituições<sup>345</sup>.

O *continuum* entre direito e ética (ética que, como se sabe, integrava a justiça), a acentuação de uma filosofia prática em termos ontológicos e a referência à ordem pressuposta – naturalmente constituída –, por mediação da qual o homem se compreendia, desvelam um modelo contratualista que servia fundamentalmente a ratificação a posteriorística da *polis*. Essas são características tipicamente associadas ao *contratualismo político antigo*. A construção sistémica *ex novo*, a partir da autonomia e vontade racional do homem, feita à sua própria imagem, ficaria para mais tarde, com o pensamento jusnaturalista e a nova conceptologia da modernidade.

#### 14.2. Os postulados ordinalistas e contratualistas-normativistas medievais – de MANEGOLD DE LAUTENBACH a MARSÍLIO DE PÁDUA

O surgimento do Cristianismo durante o domínio romano da Palestina abalou as principais concepções da época imperial, ao reconhecer a *pessoa* como um valor em si mesmo e ao contestar o caráter *sagrado do Imperador*. Acolhida como religião oficial do Império por CONSTANTINO, mais tarde o Cristianismo envolveria a sociedade e as instituições medievais no espaço euro-continental, sendo transposto para o plano político e marcando, de forma incontornável, o pensamento jurídico da época<sup>346</sup>. Recorde-se que na Idade Média (séculos V a XV)<sup>347</sup> se iniciara um processo de articulação entre a filosofia política helénica e a teologia cristã, traduzido na assimilação *escolástica* do intelectualismo

---

<sup>345</sup> Cfr. a Máxima de Epicuro XXXIII, *Cartas, Máximas e Sentenças de Epicuro*, cit.: “A justiça não é algo que existe em si, mas somente nas relações recíprocas e sempre em conformidade com os locais onde se estabelece um pacto de não agressão”. Não será de estranhar que para EPICURO a *justiça* e a *injustiça* não configurem em si mesmas conceitos absolutos, mas «convencionais», na medida em que são compreendidas por mediação de um pacto disciplinador das regras de convivência social, que garante a cada indivíduo proteção mútua contra eventuais agressões.

<sup>346</sup> Inicialmente o direito não era, na sua essência, senão uma expressão de valores e ideias religiosas: os textos sagrados constituíam as fontes primordiais de direito – um *corpus normativo* de regras jurídicas *reveladas* e *plasmadas* na Bíblia –, oferecendo o fundamento mediato de diversos institutos jurídicos. Do ponto de vista sistemático, o pensamento jurídico tinha como referente último a ordem pressuposta e o *ius naturalis*, compreendido em termos ontológicos, teológicos e axiomáticos. Para mais desenvolvimentos sobre as refrações no direito medieval do *personalismo jurídico* e da concepção pauliana de *non est potesta nisi a Deo*, cfr. PAULO MERÊA, “As teorias políticas medievais no Tratado da Virtuosa Benfeitoria”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, INCM, Lisboa, 2004, pp. 193-195; e DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Vol. I, Coimbra, 2008, pp. 112-124.

<sup>347</sup> Sobre as fases da Baixa Medievalidade e da Alta Idade Média e da época de transição entre a queda do Império romano e o florescimento da Escolástica nos séculos XII e XIII, cfr. MICHEL VILLEY *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 2009, pp. 107-276; e MARCEL PRÉLOT/GEORGES LESCUYER, *História das Ideias Políticas*, Vol. I, Lisboa, 2000, pp. 125-169.

grego e, em particular, da dialética aristotélica. Sobre a capa da escolástica, que atingiu o apogeu no século XIII, agregaram-se correntes diversas voltadas para a especulação filosófica-teológica, desenvolvendo as premissas fundamentais do contratualismo político em matéria de Estado e de direito.

Na Idade Média, autonomizara-se uma específica dimensão *teológica* na compreensão do *normativo*, segundo uma estruturação dualizada na qual a *ordem da Criação* (lei divina/*Civitas Dei*) possibilitava a existência histórica de ordens normativas terrenas (lei humana/*Civitas terrena*). Neste quadro, assistimos ao desenvolvimento de *teorias contratualistas* de matriz teológica e transcendental<sup>348</sup>, nos termos das quais o "pacto" servia não para fundar politicamente um Estado, mas para firmar uma *aliança sagrada* entre Deus e o povo eleito (v.g., o pacto de Deus com Noé, Abraão e respetiva descendência e o pacto de graça do Novo Israel no Velho Testamento)<sup>349</sup>. Estas ideias de *aliança* e de Deus como o *fin supremo* dos homens surgem ao longo de várias passagens das Escrituras e encontram-se presentes em diversas obras, impregnadas de um teísmo cristão, como a *Civitas Dei* do *Magnus Doctor Ecclesii* SANTO AGOSTINHO<sup>350</sup> ou o *Proslogion* do *Doctor Magnificus* SANTO ANSELMO. Apesar de reconhecerem um Deus absoluto e onipotente, os autores medievais aludem, com base nas Escrituras, a um *Deus pactício*, que elege a figura da *Aliança* como expressão do vínculo que unifica os intervenientes no estrito respeito pelos *dogmas, regras de ação e princípios religiosos* de carácter transcendental. Note-se, contudo, que, não obstante a teoria do *pacto-aliança* se revelar primacial para o desígnio da salvação e da redenção humana, a mesma não configura, materialmente, uma doutrina jurídico-política funcionalmente orientada para a compreensão do Estado e da sua ordem jurídica, sendo, pelo contrário, um facto histórico-religioso ocorrido em diferentes épocas, segundo a tradição judaico-cristã.

---

<sup>348</sup> Sobre estas concepções, os estudos de DANIEL ELAZAR, "Convenant as the basis of the jewish political tradition", *The jewish journal of sociology* 20, n.º 1, June, 1978, pp. 5-37, e *Covenant & Polity in Biblical Israel*, Transaction Publishers, 1998, pp. 35-96 e 75-96, sublinhando, na p. 49, a existência de *contratos organizatórios teo-políticos*, que precedem o modelo do contrato social moderno e que constituem o único registo histórico, com base nas Escrituras, de fundação da primeira "nova sociedade política" judaica; e NORMAN K. GOTTWALD, *The Politics of Ancient Israel*, Westminster John Knox Press, 2001, pp. 32-157 e 246-294, para quem assume enorme relevância o facto de toda a Bíblia refletir a história da caminhada do povo eleito para a Salvação, orientada na base de um *pacto-aliança* sagrado com Deus. Aqui, a ideia de *vinculatividade contratual* decorre de um fundamento religioso, pelo que a força vinculativa daquele pacto resulta *não do seu carácter apriorístico*, mas de uma *promessa jurada assente numa regra moral transcendente de carácter religioso*.

<sup>349</sup> Cfr. DAVID NOVAK, *The Jewish Social Contract: an Essay in Political Theology*, Princeton University Press, 2005, pp. 47-52.

<sup>350</sup> Cfr. na Epist. cxxxviii. 2. 10., à questão "*quid est autem civitas?*", SANTO AGOSTINHO responde: "*nisi multitudo hominum in quoddam vinculum redactum concordiae*"; ou, ainda, nas Confissões de SANTO AGOSTINHO, III, 8, "*generale quippe pactum est societatis humanae obedire regibus suis*".

Pelo que seria no plano das relações (obrigações, deveres e garantias) entre os monarcas e os súbditos e, mais tarde, nas relações entre o poder temporal e o poder espiritual, que se capta, no dizer de J. N. FIGGIS, a “atmosfera do contrato social na Idade Média”<sup>351</sup>. Observe-se que, não obstante grande parte da doutrina imputar à *Neo-Escolástica* e, em particular, a FRANCISCO SUÁREZ o apuramento do conceito jurídico-político de *pactum subjectionis*, este surgiu, pela primeira vez nítida já no século XI, no *Liber ad Gebehardum*, de MANEGOLD DE LAUTENBACH, enquanto pacto, em virtude do qual o povo transfere para o monarca o poder político que detinha sobre si mesmo, sujeitando-se-lhe, mas conservando um *direito de resistência*<sup>352</sup>. Da obra de MANEGOLD – envolta em grande polémica no seu tempo – resultariam dois esteios fundamentais do contratualismo político moderno e da doutrina da soberania popular: por um lado, a noção de *pacto de sujeição* e, por outro, o *direito de resistência ativa* contra o monarca que viole o conteúdo contratual<sup>353</sup>. Não contestando a origem divina do poder, MANEGOLD apenas admitia o exercício do poder político do monarca, quando enquadrado num *pactum subjectionis* ou *dominationis*, quer dizer, somente depois de a comunidade transferir para o monarca o poder que lhe fora transmitido por Deus, de modo a que aquele o exerça conforme os limites éticos impostos pelo pacto.

No século XIII, a S. TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theologica, De Regimine Principum, De Regno*), o principal representante da escolástica, se deve a densificação do designado *direito de resistência*, subordinando-o a limites intrínsecos, de acordo com a

<sup>351</sup> *Political Thought: from Gerson to Grotius 1414-1625*, Harper Torchbooks, 1960, p. 10.

<sup>352</sup> A teoria medieval do direito de resistência ligava-se, assim, ao *fundamento contratual do domínio real*: “o povo eleva alguém acima de si para que este reine com soberania legalmente fundada [...], porém, se infringir o contrato na base do qual foi eleito (*si quando pactum, quo eligitur, infringit*) e perturbar o que devia manter em ordem, é lícito e justo que ele assim desvincule o povo da obrigação de lhe continuar sujeito (*cum pactum, pro quo constitutus est, constet illum prius irrupisse*)” – *Liber ad Gebehardum*, XXX e XLVII, hrsg. v. K. Francke, M.G. H.: *Libelli de Lite*, I, 1891. Não se pense, contudo, que a posição de MANEGOLD se impôs como a mais radical. JOÃO DE SALISBURY (*Policraticus*, III, 15) vai mais longe e proclama o direito de matar o monarca que degenerou em tirano, na passagem, hoje bem conhecida: “*Porro tyrannum occidere non modo licitum est sed aequum et justum. Qui enim gladium accipit, gladio dignus est interire*”.

<sup>353</sup> Compreende-se, assim, que MANEGOLD seja considerado o primeiro escritor do contratualismo político medieval – neste sentido, cfr. OTTO VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Adeg Graphics LLC, Port Chester-New York, 2011, p. 77; J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., pp. 29-32; e PAULO MERÊA, “As teorias políticas medievais no Tratado da Virtuosa Benfeitoria”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, cit., p. 207. Por outro lado, note-se que, desde a Baixa Medievalidade, surgiram teses que preconizavam a dependência recíproca entre o soberano e o povo, assente no *consenso originário*, por forma a explicar a *passagem voluntária do poder do povo para o príncipe*: a teoria da *translatio imperii*, com base na qual o povo se despojava da própria soberania inicial, transferindo a titularidade do poder para o príncipe; e a teoria da *concessio imperii*, nos termos da qual o povo transmitia ao príncipe não a efetivação do poder político soberano, mas somente o seu *exercício* segundo certas condições e num certo período de tempo, em resultado de uma *concessio* limitada no tempo e no objeto.

filosofia contratualista medieval (“*quoad ei pactum a subditis non reservetur*”). Ao admitir a existência de três categorias de leis – *lex aeterna*, *lex naturalis* e *lex humana* – a doutrina jurídico-política tomista aceitava a não obediência à lei humana da *res publica* quando esta contrariasse a lei divina (*contra Dei mandatum*)<sup>354</sup>. Neste ponto, sustenta S. TOMÁS que a lei e a função do governo consistem na garantia do bem comum da sociedade (*bonum commune*)<sup>355</sup>, pelo que, quando o monarca despreza o bem comum e toma decisões injustas, deve reconhecer-se aos súbditos um *direito genérico de resistência e desobediência* perante leis contrárias ao bem e aos preceitos divinos (“*nec putanda est talis multitudo infideliter agere tyrannum destituens, etiamsi eidem in perpetuo se ante subiecerat*”)<sup>356</sup>.

Já na transição da Escolástica para o Renascimento operaram-se transformações significativas no que concerne às matérias de Estado e de Direito, agravando-se a luta entre o poder político e a Igreja – entre regalistas e curialistas, guelfos e gibelinos. Neste contexto, é incontornável a obra *Defensor Pacis* de MARSÍLIO DE PÁDUA que, antecipando a Idade Moderna, representa “a última palavra do pensamento individualístico e da autonomia do «político» na base da Teoria do Estado na Idade Média”<sup>357</sup>. Tanto em MARSÍLIO DE PÁDUA, como em WILLIAM DE OCKHAM<sup>358</sup>, o *indivíduo* torna-se a substância de toda vida social e histórica: o primado da vontade individual, a formação de uma comunidade laica, a

---

<sup>354</sup> S. TOMÁS DE AQUINO, *La Monarquía*, Tecnos, Madrid, 1989, I, 6. Esta conceção resulta da doutrina tomista da *soberania inicial de mediação popular* (*omnis potestas a Deo per populum*), assente no pacto celebrado entre o povo e o monarca e o princípio da legitimidade da resistência ao tirano. Significa isto que esta autoridade provém de Deus, mas por direito natural, radica-se originariamente na própria sociedade, titular do poder político soberano, que pode exercê-lo diretamente ou delegar o seu exercício em governantes. E, “deste modo, o poder público, considerado *concretamente*, não procede de Deus de um modo imediato: tem o seu fundamento no acordo do corpo social, e só é legítimo quando emanado do consentimento tácito ou expresso da comunidade” – PAULO MERÊA, “A ideia da origem popular do poder nos escritores portugueses anteriores à restauração”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, cit., p. 92. Nesta linha, cfr., também, as considerações de CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, cit., p. 86; HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 116-117; e de GIORGIO DEL VECCHIO, *Lições de Filosofia do Direito*, Vol. I, cit., pp. 79-92. Ora, daqui provém a doutrina da legitimidade da *resistência ativa contra o tirano*, exercida pela comunidade política, diretamente ou através de representantes, com vista à destituição daquele, ainda que não conducente ao regicídio.

<sup>355</sup> S. TOMÁS DE AQUINO, *La Monarquía*, cit., I, 1, 8 e 9.

<sup>356</sup> S. TOMÁS DE AQUINO, *La Monarquía*, cit., I, 3 e 6, e *De regimine principum*, I, 6.

<sup>357</sup> Cfr. CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, cit., p. 90. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, cit., p. 121, apelida MARSÍLIO DE PÁDUA de “pai da modernidade constitucional”, considerando as suas reflexões sobre a ordem política, o governo e as relações entre os poderes temporal e espiritual.

<sup>358</sup> O pensamento do franciscano inglês da Escolástica Tardia filia-se no *nominalismo* e no *individualismo*, que reconduzem as categorias abstratas representativas das coisas existentes no mundo aos *indivíduos*, enquanto criaturas de Deus possuidoras de inegável racionalidade. Por conseguinte, ao lado do Direito divino, autonomiza-se um Direito humano, resultante do *consentimento dos governados* e garantidor de direitos individuais. Uma das construções mais relevantes diz respeito ao conceito de *direito subjetivo* (“*potestas vindicandi et defendendi in humano iudicio*”), que sofre o impacto do nominalismo e passa a ser entendido como poder que cada um tem sobre o bem que lhe coube. Para mais desenvolvimentos, Cfr. MICHEL VILLEY *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2009, pp. 220-278.

separação entre o poder temporal e o poder espiritual, entre a filosofia e a teologia e a razão e a fé constituíram as primeiras condições que determinaram o surgimento do Estado moderno<sup>359</sup>. Nestes termos, a ordem política foi entendida como o produto de um *contrato social*, base para superar a insuficiente autonomia do político – face aos interesses temporais – e a supremacia que a *Respublica Christina* exercia sobre os Estados nacionais.

MARSÍLIO DE PÁDUA, visando sujeitar a Igreja ao Estado, sustentava que o poder político emana do povo – que o transfere para o Príncipe –, reivindicando para este a soberania em detrimento do poder do papado, que não gozava de poder coercivo ou jurisdição compulsória para impor o respeito pela lei divina<sup>360</sup>. Afirma-se, assim, por um lado o conceito de *soberania civil* – em oposição à soberania do papado –, segundo o qual não só o Príncipe se mantém independente do Sacerdócio, mas também possui legítima jurisdição sobre o território do reino (contraposição *Sacerdotium/Imperium*), governando *iuxta subditorum suorum voluntatem et consensum*, segundo um método eletivo<sup>361</sup>; e, por outro, o conceito de soberania popular (“inicial ou alienável”, para a distinguir da teoria democrática de SPINOZA ou ROUSSEAU), nos termos do qual “as leis elaboradas mediante consulta à globalidade dos cidadãos e aprovadas consensualmente pelos mesmos serão muito melhor cumpridas e ninguém terá motivo para protestar contra elas”<sup>362</sup>. Com efeito, na obra de MARSÍLIO DE PÁDUA encontra-se o delineamento de diversos *princípios* das modernas teorias do contrato social, por referência quer à vontade e autonomia pessoal do indivíduo, quer à ideia de soberania popular, e que, a partir deste momento, dominarão a Filosofia do Direito e do Estado até fins do século XVIII.

---

<sup>359</sup> MARSÍLIO DE PÁDUA, *O Defensor da Paz*, Vozes, Petrópolis, 1977, I, I, §1.

<sup>360</sup> MARSÍLIO DE PÁDUA, *O Defensor da Paz*, cit., Parte II, Capítulo IX, §2 e 7, sublinhando que essa prerrogativa pertence ao governante, que se encontra subordinado à autoridade legislativa (que representa “o conjunto de cidadãos ou a sua parte preponderante”), incumbida de elaborar as leis. Mas também nesta matéria não poderia o exercício do poder espiritual pelo príncipe ser considerado *absoluto* ou *ilimitado*, como resultado da primazia da lei e da soberania popular: “todos os governantes devem exercer o seu cargo de acordo com a lei e não além do que ela determina” – MARSÍLIO DE PADOVA, *O Defensor da Paz*, cit., I, XI, §5.

<sup>361</sup> Cfr. MARSÍLIO DE PÁDUA, *O Defensor da Paz*, cit., I, X e XVII.

<sup>362</sup> MARSÍLIO DE PÁDUA, *O Defensor da Paz*, I, XIII, §8. O poder legislativo, como poder supremo, compete ao povo, que o pode delegar numa assembleia de representantes eleitos, e o poder executivo, definido como *secundaria instrumentalis sive executiva pars*, compete ao príncipe, o qual não tem qualquer participação no exercício do primeiro, daí se falando já em *separação entre legislativo e executivo*, pelo menos, em sentido político na obra *Defensor Pacis* – nesta linha, FRANCO BASSI, “Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)”, *RTDP*, 1965, p. 22.

## 15. Fundamentos jurídico-dogmáticos da ideia de contrato. Os maîtres-penseurs do contratualismo moderno: da Renascença ao Iluminismo

Começamos a nossa exposição por referir que a *ideia de contrato* possui raízes histórico-dogmáticas próprias (*supra*, 3.), tendo sido objeto do labor, do engenho e da *ars inveniendi* das escolas jusnaturalistas e jusracionalistas. As páginas que se seguem são inteiramente dedicadas à *exposição* – intencionalmente breve e assumidamente tópica – do modo como a *ideia de contrato* evoluiu na cultura e no pensamento jurídico europeu (séculos XV a XVIII) e influenciou não só formas de Estado e regimes políticos, como também diferentes doutrinas e ideologias sociais. É essa exposição que nos permite afirmar que a *ideia de contrato* possui uma construção dogmática autónoma no direito público e uma estrutura dorsal claramente distinta do contrato jurídico-privado.

O contratualismo moderno-iluminista floresceu na Europa seiscentista até ao fim do século XVIII, tendo como os seus máximos expoentes JOHANNES ALTHUSIUS, MARIO SALAMONI, FRANCISCO SUÁREZ, HUGO DE GROOT (GRÓCIO), THOMAS HOBBS, BARUCH SPINOZA, SAMUEL PUFENDORF, JOHN LOCKE, JEAN JACQUES ROUSSEAU e IMMANUEL KANT. Não se afigura nosso intuito refletir sobre o pensamento jurídico-político desta classe de espíritos – alguns de períodos bem distintos e pertencentes a orientações opostas. O propósito da nossa investigação dispensa, em rigor, extensos desenvolvimentos a esse respeito. Efetivamente, no estudo dos autores clássicos, não devemos ser atraídos pela *miragem* do chamado enquadramento histórico, que eleva as fontes a pressupostos, e detém-se, por vezes, nos detalhes até perder de vista o todo. Importa apenas acentuar, *hic et nunc*, através de *tópicos*, o papel fundamental do *contrato social* na construção do Estado e da ordem jurídica pública, que ficou ligado ao movimento constitucional das revoluções americana e francesa do século XVIII, e discernir, em que medida, se afirmou, nesta *época dourada* do contratualismo político, um *princípio de compatibilidade* entre *contrato* e *poder público* na formação do Estado e da ordem jurídica pública (momento construtivista-racional).

Efetivamente, o contrato, enquanto *Vernunftdiktate*, surge como princípio constituinte da sociedade política: o homem da *Aufklärung*, que assumira a sua autonomia moral e vontade política no *pacto social*, propôs a criação de um modelo racionalista, sendo o Estado então emergente construído *contratualmente* com base na liberdade política e nos direitos naturais<sup>363</sup>. Subjacente à exposição que se segue encontram-se *quatro* pressupostos.

---

<sup>363</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 20, observando que, na conceção jusnaturalista dos direitos do homem, o indivíduo é “o ponto de partida autónomo da ordem social e política”, sendo o Estado e a Sociedade construídos “*contratualmente* com base na liberdade política e nas liberdades individuais”.

*Primo*, importa salientar que, na época moderna, *individualismo* e *contratualismo* associam-se com o despertar do valor e da consciência do “indivíduo” no Renascimento<sup>364</sup>. A ideia contratualista do Estado como “potência nacional” encontrou, por isso, expressão jurídica no “*dogma da soberania*”<sup>365</sup>, recusando a existência de corpos intermédios entre o Estado e o indivíduo. Neste sentido, tendo em vista fundar um sistema político-social a partir da autonomia e da vontade racional do homem, o pensamento jusnaturalista tomou como base a instituição contratual e propôs a criação de um modelo racionalista – o *contrato social* –, pensando a sociedade como se todos os homens livres fizessem um acordo na base de um contrato. A sociedade tornar-se-ia, agora, um artefacto humano, uma criação que o homem moldaria: a *origem naturalística* do poder político, radicada desde a tradição aristotélica numa concepção de homem como *zoon politikon*, inclinado para a vida em sociedade (*appetitus societatis*), perdera terreno face ao voluntarismo e à afirmação de que os homens são naturalmente livres e iguais.

---

<sup>364</sup> Neste sentido, cfr. ANTON LEIST, “Ethik zwischen Hobbes und Kant”, *Moral als Vertrag? Beiträge zum moralischen Kontraktualismus*, cit., p. 1. Ao prescindir da ideia de finalidade, de ordenação do homem para algo que o transcende (seja Deus, a *polis* ou a *civitas*), o *contratualismo da modernidade* marca uma clara e inequívoca rotura com o contratualismo político antigo, apenas admitindo como referência única da construção da ordem política o *indivíduo*, nas suas múltiplas dimensões – *egoísta*, *bom selvagem*, *social*, dotado de instinto de *conservação* – e como *causa das suas ações* (a *vontade*, os *instintos*, a *razão*). De resto, na época moderna, afirmara-se uma nova concepção do homem: partindo de um *postulado zero inicial*, este libertara-se da transcendência teológica medieval (*scilicet*, da *extraponência*) e procurou construir uma *ordem nova* a partir de si mesmo, como instância dadora de sentido, nela enquadrando jurídico-formalmente os seus interesses de natureza económica – a *extraponência* “*volvera-se em imanência*” e, deste modo, o “homem passou a compreender-se autocentradamente” – PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., p. 319. Cfr., ainda, CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, III, 2008, Coimbra, pp. 114-115; e NORBERTO BOBBIO/M. BOVERO, *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*, cit., pp. 49-84.

Não obstante conciliáveis durante a Idade Média, as *doutrinas contratualistas* tornam-se incompatíveis, na época moderna, com a *teoria do direito divino dos reis*. Destarte, a construção do sistema político-social principiava pelo homem (*crença no homem e nas suas potencialidades*), enquanto ser dotado de uma imensurável racionalidade, orientado para a descoberta de um *método* científico que lhe permitisse atingir a verdade – finalidade que ficaria bem evidenciada na obra de RENÉ DECARTES, *Discurso do Método*, introdução e notas de Étienne Gilson, Edições 70, Lisboa, 2008, p. 34 –, a qual passa a derivar do conhecimento do homem sobre si mesmo e sobre a realidade das coisas, radicando no seu *pensamento* – é a máxima cartesiana, *cogito, ergo sum!* Por isso, na modernidade, o homem *cria o seu próprio direito* e *constitui a sociedade em que se move*, não obedecendo a um direito anterior, sob a forma revelada, nem sendo determinado ontologicamente pela sociedade em que se insere – como seu produto ou resultado –, por oposição ao teocracismo e ao naturalismo medievais. É muito frequente encontrar nos autores da modernidade modelos de argumentação importados da matemática ou da física. ROUSSEAU constrói extensos passos do *Contrat Social* com base em fórmulas de cálculo e raciocínios matemáticos, tal como BARUCH SPINOZA, que aplicou os métodos racionalistas da matemática à filosofia contratualista e elaborou um sistema metafísico alicerçado na *ética* e na *lógica*. Para um enquadramento geral desta temática, relacionando *contrato social* e *mundividência matemático-racionalista*, vide ERNST CASSIRER, *O Mito do Estado*, cit., pp. 196-209.

<sup>365</sup> Cfr. GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, cit., p. 286. O estabelecimento da “soberania territorial” baseia-se, em larga medida, no conceito jurídico de *soberania* exposto por JEAN BODIN (*Les Six Livres de la République*, Fayard, Paris, 1986, I, 8), enquanto “*souveraineté, puissance souveraine absolue et perpétuelle*”.



Para a elaboração da concepção individualista da sociedade e do Estado<sup>366</sup> (e consequente dissolução da concepção orgânica) muito contribuíram a filosofia jusnaturalista – com o seu esquema lógico-argumentativo de transição de um estado de natureza para o estado civil – e a doutrina dos direitos naturais inalienáveis dos indivíduos<sup>367</sup>. E, não obstante, ser indubitável a sociabilidade inata do homem, determinante passara a ser, agora, construir a sociedade política com base na autónoma subjetividade do homem – é de dizer com J. W. GOUGH, “*to create the society by a volitive and deliberate act*”<sup>368</sup> –, figurando o pacto social como *prius* na arquitetura do novo Estado então emergente. Dir-se-ia que criação-constituição de um novo poder político (*summa potestas*), que resultasse da liberdade e fosse por ela legitimado, estabelecia-se com base no acordo racional de vontades (“*Vertragsargument*”<sup>369</sup>).

*Secundo*, no espaço euro-continental, o Estado Constitucional oitocentista surge como o resultado da conjugação de duas visões antagónicas: uma *vertente liberal*, ao nível da proteção dos direitos fundamentais e uma *vertente autoritária*, ao nível da organização do poder político<sup>370</sup>. VASCO PEREIRA DA SILVA retrata metaforicamente este “compromisso prático” entre princípios liberais e princípios autoritários como “base da teorização do Estado democrático e liberal”, afirmando que “na história do Estado há um primeiro momento de máxima concentração e unificação do poder”, que corresponde à teorização do Estado absoluto (MAQUIAVEL, BODIN, HOBBS e ROUSSEAU) e “um segundo momento, em que o Estado já se sente suficientemente «forte» para ir à procura do Homem, para estabelecer uma organização política que seja o garante da liberdade e dos direitos individuais do cidadão, mediante o expediente técnico da separação de poderes, que corresponde à teorização liberal (e que encontra a sua expressão, entre outros, nas obras de LOCKE e MONTESQUIEU)”. Por isso, sustenta que o Estado liberal surge como fruto das contribuições teóricas, por um lado, de LOCKE e MONTESQUIEU e, por outro, de HOBBS e ROUSSEAU. Assim, “HOBBS e ROUSSEAU contribuíram para este modelo de Estado com a teorização do elemento democrático, a ideia do pacto social como origem do poder, que

<sup>366</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit., p. 41.

<sup>367</sup> Cfr. MAURIZIO FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni moderne*, I, cit., p. 23.

<sup>368</sup> *The Social Contract*, cit., p. 81.

<sup>369</sup> Cfr. ANTON LEIST, “Ethik zwischen Hobbes und Kant”, *Moral als Vertrag? Beiträge zum moralischen Kontraktualismus*, cit., p. 4. Subjacente à afirmação de que o princípio da legitimação da sociedade política radica no consenso, encontra-se a distinção entre *consentimento de origem* e *consentimento de união*: o primeiro é prestado pelos indivíduos que, inicialmente e por unanimidade, estabelecem um corpo político através do contrato social, ao passo que o segundo é dado pelos indivíduos que atingem a *idade da razão* (a maioria política) e decidem juntar-se a uma determinada organização estadual já existente.

<sup>370</sup> Cfr. KLAUS STERN, “The genesis and evolution of European-American constitutionalism: some comments on the fundamental aspects”, cit., pp. 187-188 e 190-195.

oferecia uma explicação imanente do poder político, fundamentando o Estado na vontade das pessoas que constituem a sociedade; por seu lado, LOCKE e MONTESQUIEU teorizam o elemento liberal do Estado, a ideia de autolimitação do poder político como garantia da liberdade individual<sup>371</sup>.

O Estado Constitucional novecentista encontrar-se-á fortemente marcado por esta *tensão dialética* entre, por um lado, o princípio da autonomia que determina, além da constituição do poder político, também o respetivo fim, consubstanciado na garantia dos direitos fundamentais e na limitação do poder (versão liberal) e, por outro, a democracia republicana, em que a liberdade se projeta na afirmação da participação de todos os indivíduos na formação da vontade geral.

A afirmação histórica dos direitos fundamentais, na sua dimensão *natural*, vem a dar-se no contexto espiritual do Século das Luzes, enquanto direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e que constituem um *núcleo restrito* que se impõe a qualquer ordem jurídica<sup>372</sup>. É assim que o constitucionalismo liberal, tomando como ponto de partida a *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789, proclamava a “conservação dos direitos naturais e imprescritíveis” como “o fim de toda a associação política”, e, no seu artigo 16.º, fazia da garantia desses direitos e da separação de poderes os elementos essenciais da existência de uma Constituição. Não se tratava apenas de alcançar uma separação real dos poderes e das potências, mas também de assegurar a garantia efetiva dos direitos e liberdades fundamentais, concebidos a partir dos quadros do jusracionalismo, enquanto instrumentos de limitação do poder e formas de garantia e defesa dos indivíduos (*Abwehrrechte*) perante os “poderes públicos”<sup>373</sup>.

Recorde-se que foi com o jusnaturalismo moderno que se instituiu a criação de *direitos subjetivos*, enquanto direitos atribuídos pela natureza a cada homem, de dar livre curso aos seus direitos naturais (liberdade, conservação, personalidade, defesa, propriedade)<sup>374</sup>. E ou porque o estado de natureza era considerado de *bellum omnium contra omnes* (HOBBS) ou porque aquele não garantia adequadamente a tutela dos direitos naturais (LOCKE)<sup>375</sup>, a instituição de uma autoridade pública por contrato cumpria duas finalidades: por um lado, restringia os direitos inatos a fim de tornar possível a

---

<sup>371</sup> Cfr. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Coimbra, 2009, pp. 17-18, e *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, cit., pp. 15-16. Posições semelhantes expressam, igualmente, com rigor científico e estilo metafórico, o *código-fonte* do Estado democrático e liberal, podendo ser vistas em ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 69-70; OTTO DEPENHEUER, “Funktionen der Verfassung”, *Verfassungstheorie*, Hrsg. v. Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 538-540 e 547-548; e JOHN RAWLS, *Palestras sobre a História da Filosofia Política*, cit., pp. 32-37.

<sup>372</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 21.

<sup>373</sup> Perspetivando os “direitos naturais e imprescritíveis do homem”, objeto de *consagração constitucional e positivação em leis ordinárias*, como uma conquista dos cidadãos na época liberal e uma forma de luta contra as instituições do *Ancièn Régime*, cfr. RALF POSCHE, *Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, cit., pp. 18-19.

<sup>374</sup> Cfr. CARMELO RESTIVO, *Contributo ad una Teoria dell'Abuso del Diritto*, Milano, 2007, p. 10.

<sup>375</sup> Cfr. WILFRIED RÖHRICH, *Sozialvertrag und Bürgerliche Emanzipation: von Hobbes bis Hegel*, cit., pp. 47-59.

convivência, mas, por outro, conferia-lhes uma *proteção pública*, envolvendo, se necessário o uso da força. E se, em certos autores, como HOBBS, tal redução assumia uma amplitude enorme, nos representantes da orientação *liberal*, os direitos naturais, por força do *pactum*, convertiam-se em *direitos subjetivos* e impunham-se perante o Estado<sup>376</sup>. Assim, se pelo contrato social se criava o direito objetivo, o Estado assegurava a cada um a proteção e a satisfação dos seus direitos – anteriores à própria ordem jurídica objetiva – em toda a medida em que tal satisfação não prejudicasse os direitos dos outros<sup>377</sup>. Por isso, na origem, os direitos naturais individuais continuavam a impor-se ao *pactum societatis* e “a legalidade, neste radicada, ao consagrá-los positivamente em leis gerais e abstratas, convertia-os em direitos subjetivos”<sup>378</sup>.

Efetivamente, para os autores contratualistas liberais o estado civil não se perfila como antitético ao estado de natureza, consubstanciando uma posição *intermédia: scilicet*, o estado civil não anula o estado natural, nem o dissolve em si mesmo. Neste ensejo, LOCKE sustenta que, entrando no estado civil, os indivíduos não renunciam aos direitos naturais, vendo, inclusive, reforçada e garantida a sua proteção do ponto de vista político. Por conseguinte, o que se admite comum às doutrinas do contrato social (liberais e não liberais) trata-se da *relevância dos interesses* atribuídos às partes no contrato – a *autoconservação*, a *liberdade*, a *propriedade* ou os *interesses gerais e comuns*. Naturalmente, aqui entrecruzam-se diferentes interpretações: ou a vontade que estava na origem das leis políticas correspondia à soma das vontades individuais recíprocas e não a uma vontade nova (LOCKE); ou a vontade soberana (legislativa ou geral) assumia contornos distintos da soma da vontade das partes, dando o pacto social origem a uma entidade nova – *ens moralis*, na terminologia de PUFENDORF – e transformando liberdade natural em *liberdade política* – a *volonté générale*, na aceção de ROUSSEAU.

*Tertio*, o apriorismo da ideia de contrato constitui uma teoria aplicável no direito público, que permite surpreender a função jurídico-política e o nível regulativo em que opera o *contratualismo primário*, distinguindo-se, como vimos, da dogmática conceptual e classificatória do contrato jurídico-privado<sup>379</sup> (*supra*, 3.). Contudo, importa salientar que o

---

<sup>376</sup> Na interpretação de KLAUS STERN, “The genesis and evolution of European-American constitutionalism: some comments on the fundamental aspects”, cit., p. 188, a implementação do Estado Constitucional significaria “a transição do *imperium absolutum* para o *imperium limitatum*”.

<sup>377</sup> Esta *teoria dos direitos subjetivos*, que começou por ter importantes aplicações nos domínios do direito público, possuía, igualmente, repercussões no direito privado, pois dizia respeito, originariamente, ao *modo de ser das relações entre os indivíduos*. Quer isto significar que, em virtude da sua filiação racionalista, o sentido atribuído ao contrato social evidencia na maior parte das teorias seiscentistas e setecentistas uma *dupla natureza*, influenciando não apenas, no âmbito *juspublicístico*, na modalidade de direitos políticos ou de autonomia política, mas também apresentando uma inegável dimensão *jusprivatística*, ligada à autonomia privada e à liberdade da pessoa no seu agir jurídico-privado. Desenvolvendo esta temática, cfr. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia*, cit., p. 318-322; e GUIDO FASSÓ, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. II, *L'età moderna*, Roma-Bari, 2001, pp. 48-57 e 85-90, e “Riflessioni logico-storiche su diritto soggettivo e diritto oggettivo”, *Studi in memoria di G. Donatuti*, Vol. I, Milano, 1973, pp. 360-381.

<sup>378</sup> Cfr. PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., pp. 597-600.

<sup>379</sup> De forma expressiva, cfr. HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 115 e 121-122. Não há, então, que confundir o significado apriorístico da ideia de contrato social com o problema da evolução em geral do contrato enquanto *forma ou instrumento* de produção de efeitos jurídicos *criado, configurado e tutelado pelo direito (público ou privado) do Estado*. No quadrante jusnaturalista e

pensamento contratual é estruturante do jusnaturalismo e do jusracionalismo, verificando-se, também, a sua aplicação no domínio dos *contratos de direito privado* (GRÓCIO, PUFENDORF, THOMASIVS, WOLFF), ao ponto de, como é sabido, ter exercido influência sobre o movimento e a literatura jurídica pré-codificatória<sup>380</sup>. Neste contexto, o conceito de contrato surge como um *instrumento jurídico de autorregulamentação de interesses*, que repousa fundamentalmente sobre o *acordo* das partes como fonte normal de obrigações civis. Para a formação de um “novo” conceito de contrato naquele período muito contribuíram, como salienta ANTUNES VARELA, as “escolas jusracionalista do direito natural e do iluminismo setecentista, que colocaram a liberdade individual no centro ideológico de todo o sistema jurídico, afirmando a supremacia da vontade esclarecida do homem entre as forças criadoras do Direito (*solus consensus obligat*)”<sup>381</sup>. Propôs-se, assim, uma noção larga de contrato – o acordo de vontades (e qualquer acordo, que não apenas aquele que se inscreve num qualquer *numerus clausus*) constitutivo de efeitos jurídicos por meio do qual

---

jusracionalista, trata-se de dois *universos* claramente distintos, cada um com princípios, regras e axiomas próprios. Cfr., a este propósito, as considerações de A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, tomo 2, Coimbra, 2010, pp. 71-77.

<sup>380</sup> Cfr. FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, 1993, pp. 315-365.

<sup>381</sup> *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Coimbra, 2008, p. 215, mencionando que “foi o jusnaturalismo que mais contribuiu para espiritualizar o contrato, libertando-o da carga *ritual, simbólica, materialista* ou *formalista* que, durante séculos, cobriu a *pureza* ou a *essência* do fenómeno jurídico”. Como é sabido, o conceito romanista de *contractus* respeitava à obrigação jurídica (contraída, inicialmente, através de palavras solenes e de gestos rituais e, mais tarde, através da entrega real e simbólica de certas coisas, enquanto momentos essenciais de perfeição do ato jurídico), não designando propriamente o *facto* jurídico representado pelo acordo ou convenção, mas diretamente o *vínculo*, de natureza obrigacional, estabelecido por esse *facto*. Sobre os conceitos de *contractus*, *pactum* e *conventio* no direito romano, cfr. ALBERTO BURDESE, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, 1975, pp. 185-187 e 419-420, e “Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano”, Seminarios Complutenses de Derecho Romano, *Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística*, n.º 5, 1993, pp. 41-66; M. TALAMANCA, “Contratto e Patto nel Diritto Romano, *Digesto delle discipline privatistiche-sezione civile*, IV, Torino, 1989, pp. 58-77; ÁLVARO D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 545-602; JAVIER PARICIO, *Contrato, La Formación de un Concepto*, Pamplona, 2008, pp. 37-98; A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II, Direito das Obrigações*, Coimbra, 2006, pp. 23-118; EDUARDO VERA-CRUZ, *O Direito das Obrigações em Roma*, Vol. I, Lisboa, 1997, pp. 207-214; DÉBORA GRIVOT, “A classificação das fontes obrigacionais na tradição romanística”, *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual*, FDUL, 2010, pp. 311-338; e F. PEREIRA COELHO, “«Contrato», Evolução do conceito no direito português”, *Sep. do Vol. LXIV, BFDUC*, 1988, pp. 5-29.

Ora, foi sobre esse material – o sistema contratual romano – que o jusracionalismo seiscentista e setecentista exerceu a sua crítica fundamental (afastamento do princípio da tipicidade e taxatividade do *contractus* no sistema clássico; progressiva informalização dos contratos e princípio da liberdade de forma; exigência de *aequalitas* entre as prestações das partes). Com as primeiras elaborações, operadas pelo jusracionalismo, das ideias de declaração de vontade e de consentimento, o contrato (então, “*contractus*”) deixou de ser entendido como o *vínculo* (obrigacional) e passou a ser considerado o *facto* de que esse vínculo derivava, ou para que nesse “*facto*” deixasse de ser determinante o elemento objetivo respetivo (documento, palavras orais, entrega da coisa) e passasse a sê-lo justamente o consentimento e o acordo das partes (elemento declarativo). Para mais desenvolvimentos sobre as primeiras experiências de compilação civilística segundo os moldes da “segunda sistemática”, onde emergiu o *Code Napoléon*, cfr. F. PEREIRA COELHO, “«Contrato», Evolução do conceito no direito português”, cit., pp. 14-47.

as partes se obrigam<sup>382</sup>. E quando, a partir do momento da *codificação*, se transitou da consideração dos vários contratos singulares, herdados do direito romano e do período medieval (como a compra e venda, a locação, o mandato, o comodato), para a *categoria abstracta do contrato* produziu-se o alargamento do campo contratual a outros aspetos da relação obrigacional e a outras classes de relações jurídicas, sedimentando-se uma categoria genérica de contrato<sup>383</sup>.

*Quarto*, a ideia de contrato social ajusta-se, *como facto*, a um modelo de associação política estadual (*pactum unionis/pactum subjectionis*) de transição de um estado de natureza para o estado civil. Mas, considerado unicamente como *princípio regulativo da ação pública*, assume o significado de contrato originário (*ursprünglicher Vertrag*), vinculando o legislador a elaborar as suas leis *como se* elas pudessem emanar da vontade coletiva de um povo inteiro, e a considerar todo o súbdito, enquanto quer ser cidadão, como se ele tivesse assentido pelo seu sufrágio a semelhante vontade<sup>384</sup>. Recorde-se que, na parte final do século XVI, o apuramento do *fundamento racional* do direito público passou, em grande medida, pelos postulados do contratualismo político de HOBBS, PUFENDORF, LOCKE e ROUSSEAU, cujas obras – autênticos tratados político-constitucionais – afloram quase exclusivamente temáticas de direito público.

A acrescer a adoção de um modelo epistemológico que podia envolver uma pluralidade de abordagens jurídico-filosóficas, reveladoras de modelos ideológicos distintos e até inconciliáveis<sup>385</sup> – o *absolutismo hobbesiano* (bem como, embora em muitos aspetos distinto, *pufendorfiano*), o *liberalismo lockeano* e o *democratismo rousseauiano*. O contratualismo não conduziu, somente, às teorias democráticas que tiveram o seu epílogo na Revolução francesa, fundamentando também o despotismo iluminado característico dos principados europeus do século XVIII. Tudo dependia do conteúdo global do contrato, não fosse o quadro jurídico-político fundamental reconduzido à vontade livre e racional dos

---

<sup>382</sup> Na expressão de LUIS DíEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Madrid, 1996, p. 121, essa noção moderna de contrato expressava “todo o acordo de vontades por meio do qual as partes se obrigam”, conferindo-se alcance geral ao contrato de modo a que o acordo de vontades entre as partes pudesse criar obrigações para além das hipóteses tipificadas no sistema romano clássico.

<sup>383</sup> Segundo ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pp. 215-216, a transição operou-se já no Código Civil francês (o *Code Napoléon*) com a proclamação das primeiras *regras comuns* a todos os contratos.

<sup>384</sup> É o conceito de *contrato originário* de IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, Edições 70, Lisboa, 1995, pp. 82-83.

<sup>385</sup> Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. II, *Teoria della democrazia*, cit., p. 158, referindo que o *conteúdo global* do contrato social se construía a partir de múltiplas (e diferenciadas) opiniões reinantes na *communitas civium*, variando, por isso, consoante os tempos, a ideologia política e as circunstâncias de cada comunidade. Do ponto de vista das formas políticas, vamos ver o *jusracionalismo* desdobrar-se em duas grandes orientações: a *demoliberal*, inaugurada por JOHN LOCKE, e a *absolutista*, com origem em THOMAS HOBBS.

membros da comunidade. Efetivamente, o que aproxima os escritores jusnaturalistas não se cifra apenas na adoção de um *método racionalista*, mas na composição de um *modelo epistemológico aberto*, que pode ser preenchido com os mais diversos conteúdos, que remonta – com maior grau de desenvolvimento – a HOBBS, e do qual são devedores tanto SPINOZA, como PUFENDORF, LOCKE e ROUSSEAU. Tal *modelo explicativo* inclui a *formação da sociedade civil* (que pressupõe uma fase inicial ou pré-estadual), a *fundação do Estado* com base no contrato (fase contratual) e o *modo de exercício do poder político* (fase estadual). O modelo geral da natureza de que partem é um modelo mecanicista – baseado na relação *causa-efeito* – inspirado na física do seu tempo.

Partindo deste modelo, procuraram os autores jusnaturalistas imaginar como viveu – ou como viveria – o homem, antes da existência do Estado ou de uma comunidade política organizada (*polis* ou *civitas*). A essa condição explicativa – histórica e primitiva da vida da humanidade, para uns, meramente hipotética, para outros – chamaram-lhe *estado de natureza*, oposto ao *estado de sociedade ou civil*, onde emerge uma organização político-social, que define regras de conduta gerais e obrigatórias. Da contraposição entre os dois estados (natural e político) – axioma fundamental do contratualismo moderno-iluminista – resultam, como elemento constitutivo do primeiro, indivíduos singulares (isolados e não associados), que atuam seguindo não a razão, mas os *instintos* e as *paixões*, e, como elemento constitutivo do segundo, a *união racional* dos indivíduos numa sociedade política organizada.

Quanto ao seu *fundamento*, o Estado moderno passou a ser entendido, pela voz de diversos autores, como o produto de uma vontade racionalizada em termos contratuais<sup>386</sup>, que, por um lado, assegura as liberdades individuais, a segurança pessoal e a paz pública e, por outro, garante a estabilidade jurídica e a proteção da confiança. No entanto, a criação do *Stato* – enquanto ente superior à “reunião das vontades particulares” – facilmente poderia degenerar numa máquina de poder ilimitado, revelando uma propensão para figurar como um poder totalitário<sup>387</sup> à medida que se conferia um selo de aprovação a todas as ações do governo. Pelo que, no que tange à *extensão* do poder político, ergueu-se um *naípe* de questões controvertidas a que o contratualismo moderno-iluminista pretendeu oferecer uma resposta universal: como resolver o problema da *convivência* (e da *integração*) *social*? Como preservar a *liberdade* e os *direitos naturais* e, ao mesmo tempo, garantir institucionalmente a *segurança e a paz pública*? Deve a *legalidade formal* constituir um

---

<sup>386</sup> A este respeito, cfr. o clássico estudo de V. E. ORLANDO, “Il nome di Stato”, Libro III, *Teoria Giuridica dello Stato, Diritto Pubblico Generale*, Milano, 1954, pp. 185-198.

<sup>387</sup> Cfr. HANS Kelsen/ALEXANDER HOLD-FERNECK, *Lo Stato come Superuomo: un Dibattito a Vienna*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 99.

limite imposto à atuação do poder administrativo em face das exigências do *individualismo*? Em que termos se *legitima* o poder político soberano e quais os *limites* a que deve obedecer? Quais os *fundamentos* da *obrigação política*? A produção normativa passa a ser inferida sistemático-dedutivamente pelo pacto social? E o Direito? Esgotar-se-ia nas prescrições que o contrato determina?

Por esta via se verifica que, na tratadística jusnaturalista e jusracionalista, a intencionalidade problemática do contrato social abrange um conjunto de questões controvertidas que integram a teoria clássica da constituição e concernem à ordenação sistemática e racional do Estado e da ordem jurídica pública. Neste sentido, aqueles autores legitimavam a soberania *imanentemente*, debruçando-se especificamente sobre os problemas da justificação e do fundamento do poder político (*quaestio* da *legitimação do poder*). Mas o laboratório jusnaturalista foi, igualmente, direcionado para o ensaio de soluções decantadas a partir do clássico problema da *obrigação política* (ou da *Rechtsgrund*, como a designa OTTO GIERKE) e da *obediência civil*, face às imposições da autoridade pública (*quaestio* da articulação entre *liberdade* e *coação pública legítima*<sup>388</sup>). A estes problemas acrescia a necessidade de se determinarem a *extensão* e o *âmbito do poder político*, erigindo *limites* ao poder estadual, em harmonia com a separação de poderes e o reconhecimento dos direitos naturais do homem [*iura connata*], preexistentes à formação do Estado e suscetíveis apenas de autolimitação por consentimento do indivíduo (*quaestio* do *modo de exercício do poder político*)<sup>389</sup>.

Tal modo de equacionar o Estado, próprio das doutrinas demo-liberais, teve como característica comum a compreensão daquele não apenas enquanto uma nova entidade resultante do contrato social, mas a *forma* que, por assim dizer, tomam os indivíduos ou a multidão (*multitude*) dos seus contraentes. A ordem política é, na realidade, uma *ordem artificial*, que se cria e institui por acordo entre os homens. Por isso, a dogmática publicista elabora esquemas regulativos de equilíbrio entre *imperium* e consenso, de um lado, e de

---

<sup>388</sup> A filosofia política dos séculos XVII e XVIII assenta na máxima segundo a qual sobre as pessoas e as suas organizações impende o dever de obediência às determinações do Estado. A comunidade política, como tal, pode coagir as pessoas ao cumprimento dos seus deveres perante ela e impor-lhes para esse efeito as necessárias medidas coercitivas. Eis outro axioma fundamental da filosofia iluminista, que se traduz no “princípio da deverosidade da obediência às imposições e exigências da autoridade pública legítima”: assim, “cada membro da comunidade política é considerado como *agente, autónomo, livre*, e, simultaneamente, como *paciente, sujeito* ou *súbdito*” – A. BARBOSA DE MELO, *Direito Constitucional e Administrativo (sumários e notas)*, Direito Público da Banca, dos Valores Mobiliários e dos Seguros, Ano letivo 2009/2010, policop., Coimbra, p. 13. Por outro lado, enquanto atributo ou qualidade do poder político, a questão da *legitimidade* impunha-se como uma prioridade na teoria geral do Estado, porquanto implicava aceitar, de forma generalizada, decisões materialmente indeterminadas, dentro de certos limites de tolerância.

<sup>389</sup> Neste contexto, HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 116-118, enuncia algumas destas questões como domínios prioritários de intervenção da “*genetische Vertragstheorie*” e da “*Vertraglichen legitimationstheorien*”.

dialética entre política e direito, de outro: o poder político dos príncipes surgia *limitado* e derivava do *consenso popular*, tendo o *direito de resistência* como cláusula de salvaguarda e instrumento político ao serviço do povo, capaz de *revolução*. No contrato social residia, portanto, o *último reduto do poder originário da comunidade política*, em “épocas de crise e de turbulência”, invocado, nas palavras de JOHN LOCKE, como “poder de apelar aos Céus”<sup>390</sup>.

No quadro de transição do humanismo para o século XVIII – também designado por *período barroco* – o contratualismo moderno foi desenvolvido à luz de novas premissas, de um lado, pelo pensamento filosófico-político da *Neo-Escolástica* dos séculos XVI e XVII, que, pela voz de BAÑEZ, SOTO, MOLINA, MARIANA, VITORIA, SUÁREZ e SERAFIM DE FREITAS, dominou na Espanha e em Portugal, e, de outro lado, pela *Escola de Direito Natural*, nas suas diferentes modalidades, que predominou na Holanda, Inglaterra e Alemanha, sobretudo através de GRÓCIO, HOBBS, PUFENDORF, THOMASIU e WOLFF. O bloco de ideias que se corporizou e difundiu no espaço continental europeu torna possível captar o Estado constitucional oitocentista como fruto das contribuições teóricas de HOBBS, PUFENDORF e ROUSSEAU, na *vertente autoritária*, e de LOCKE, MONTESQUIEU e, em larga medida, de KANT, na *vertente liberal (e republicana)*. De igual modo, veremos que os *valores* em volta dos quais germinou o teorema do contrato social projetam-se, igualmente, na organização e funcionamento das instituições administrativas post-revolucionárias, indiciando um princípio fundamental na nossa linha de investigação, que postula não constituir o princípio do contrato social um domínio exclusivo da teoria da constituição (embora reconhecendo que é esse o seu domínio por excelência), mas também da teoria do direito administrativo e do direito internacional público.

Bem antes do *De iure belli ac pacis* – geralmente considerado um dos marcos do início do jusnaturalismo<sup>391</sup> –, coube às correntes dos *Monarcómacos* e à *Neo-Escolástica* lançar as bases jurídicas do contratualismo na alvorada da modernidade, a primeira fazendo, nos escritos de intervenção política, a apologia dos “direitos populares” e do direito de resistência como formas de limitação do poder e a segunda cunhando dogmaticamente a ideia de “soberania popular inicial”<sup>392</sup>, oriunda dos escritos dos legistas e geralmente aceite pelos canonistas e teólogos desde a tradição medieval.

---

<sup>390</sup> *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, ed. Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 2003, II, §240-242.

<sup>391</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Il Giusnaturalismo Moderno*, cit., pp. 23-25.

<sup>392</sup> Na aceção ou terminologia de PAULO MERÊA, “Suárez, jurista. O problema da origem do poder civil”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, cit., pp. 119-120.



## 15.1. Teoria da soberania popular (inicial) e direito de resistência na alvorada da modernidade

### 15.1.1. Os Monarcómacos JOHANNES ALTHUSIUS E MARIO SALAMONI e a apologia dos direitos populares

Durante a segunda metade do século XVI, em que a França se viu envolta de brutais e sangrentas guerras religiosas, a Europa assistira, num espaço de trinta anos, a acontecimentos políticos que marcaram, de forma determinante, a história da modernidade, como o massacre dos Huguenotes na noite de São Bartolomeu, a perseguição da Liga, a ordem de morte do Duque de Guise pelo irmão e sucessor de Carlos IX, o assassinato de Henrique III e a subida ao trono de Henrique IV<sup>393</sup>. Foi nesta *ambience* política e social que se desenvolveu, como produto do meio, a célebre literatura dos *monarcómacos* católicos e protestantes, como SALAMONI, BOUCHER, ROSSAEÛS, HOTMAN, BÈZE, ALTHUSIUS e BUCHANAN, que proclamavam a soberania popular inalienável, o direito de resistência e perspetivavam os reis como meros delegados amovíveis (teoria da *concessio imperii*). Não é, portanto, de admirar que ALTHUSIUS se tenha, muitas vezes, posicionado combatendo o *direito divino dos reis* e fazendo a apologia dos *direitos populares*, ao lado de outros “monarcómacos” – assim qualificados pelo opositor W. BARCLAY<sup>394</sup>.

Segundo a lição de OTTO VON GIERKE, a moderna teoria do contratualismo político deve ser originalmente reportada à obra do germânico calvinista JOHANNES ALTHUSIUS (ALTHAUS), que, comparativamente com os escritos dispersos do contratualismo antigo, “elaborou uma autêntica teoria do contrato social”, sistematizada no princípio do pacto fundacional, expresso ou tácito, conformador do Estado e da associação política

<sup>393</sup> Cfr. PAULO MERÊA, “Suárez, jurista. O problema da origem do poder civil”, cit., p. 120.

<sup>394</sup> Alguns monarcómacos calvinistas, como THÉODORE DE BÈZE articulavam as teorias dos direitos naturais e o contratualismo político, afirmando uma obediência ao príncipe que necessariamente conhece *limites* resultantes das leis divinas (*impium*) e das leis humanas (*iniquum*) e aceitando a *resistência* contra o príncipe ilegítimo (motivada pela *usurpação do poder*, no interior do Estado ou de um Estado terceiro, e pelo *exercício injusto* do poder legítimo – tradicionalmente designado *tyrannus quoad exercitium* –, com fundamento de que tal poder é *limitado* e deriva do *consenso popular*) – T. BÈZE, *Du Droit des Magistrats*, ed. Robert Kingdon, Droz, Genève, 1971, pp. 44-45. Nestas hipóteses, considerava BÈZE, *Du Droit des Magistrats*, cit., p. 24, que a resistência é exercida diretamente pelo povo ou pelos legítimos magistrados, que designaram o príncipe, cabendo-lhes anular o contrato de governo e, se necessário, removê-lo do trono. Analisando as obras de BÈZE, de BRUTUS (*Vindiciae contra tyrannos*) e os *Panfletos Huguenotes* (em especial, a *Franco-Gallia* de FRANÇOIS HOTMAN), que densificam, de forma sistemática, o direito de resistência no âmbito de uma monarquia limitada, cfr. S. M. MANETSCH, *Theodore Beza and the Quest for Peace in France, 1572-1598*, Brill Academic Pub, 2000, pp. 63-69; e J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., pp. 49-66.

(*universalis consociatio*)<sup>395</sup>. Propondo um modelo *cooperativo-institucional* (*consociatio symbiotica*), a base do Estado assenta primeiramente num *pactum societatis*, formando uma unidade contratual *de ius publicum*, que agrega diferentes espécies de associações (*Genossenschaft, Gemeinde, Provinz*). A organização estadual traduz, assim, uma “sociedade simbiótica universal” (*universalis maior consociatio*), uma associação natural, institucionalmente formada por autarquias, províncias e regiões políticas, por sua vez, compostas por famílias, comunidades religiosas e laicas, corporações de artesãos e associações comerciais (*Korporationstheorie*). Não se pode afirmar que esteja aqui em causa uma pura doutrina de cariz individualista – aliás, os contraentes podem nem ser indivíduos e, quando o sejam, estes representam cidades, regiões, corpos eclesiásticos e casas nobres –, na medida em que a articulação orgânica entre o indivíduo e o Estado realiza-se necessariamente pela via das associações político-sociais, o que manifesta, nas palavras de C. J. FRIEDRICH, “a emergência de uma conceção de *Estado Corporativo*”<sup>396</sup>: «*universitas haec est plurium coniugum, familiarum et collegiorum, in eodem loco habitantium, certis legibus facta consociatio. Vocatur alias civitas*»<sup>397</sup>.

Além disso, note-se que se, por um lado, ALTHUSIUS proclamava já a *soberania popular inicial* – não autónoma, mas subordinada a um direito natural transcendente –, por outro, foi este Autor quem, muito antes de LOCKE<sup>398</sup>, imputou ao soberano um poder meramente *fiduciário*, na qualidade de “administrador, gestor e condutor desse poder [...], pois são os éforos, enquanto guardiões do direito e da justiça, que oferecem resistência ao abuso do poder e destituem os tiranos”<sup>399</sup>. E ao contrário de HOBBS, que não aceitará tais *limites* ao poder estadual, nem tão pouco a figura do *tyrannus*, na obra de ALTHUSIUS encontramos já grande parte dos ingredientes típicos de uma doutrina contratualista moderna: o poder do príncipe é, na realidade, *limitado* (quer pelas leis divinas, quer pelas

---

<sup>395</sup> *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Adegí Graphics LLC, Port Chester-New York, 2011, pp. 21, 48, 99-100 e 244. Note-se, contudo, como sublinha GIERKE, que o contratualismo de ALTHUSIUS encontra-se próximo de uma *conceção comunitarista ou organicista*, que reconhece um lugar proeminente às formas de agregação coletiva dentro da comunidade política, pelo que nada tem que ver com o contratualismo democrático de matriz rousseauiana, que acentua o centralismo administrativo e absolutiza a vontade geral, contrariando a criação de corpos intermédios e de espaços de poder autónomo para coletividades ou agrupamentos infra-estaduais.

<sup>396</sup> *Politica Methodice Digesta*, ed. C. J. FRIEDRICH, Harvard University Press, 1932, p. lxxxvi. “*Societas*” e “*Pactum*” figuram na obra de ALTHUSIUS como conceitos correlativos e complementares.

<sup>397</sup> *Politica Methodice Digesta*, cit., V, 8.

<sup>398</sup> *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, ed. Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 2003, §149.

<sup>399</sup> *Politica Methodice Digesta*, cit., Prefácio e XVIII, 63. Também em XIX, 6 e 7, ob. cit., se verifica que, no âmbito do *pactum subjectionis*, são os magistrados que executam as decisões da associação política, como meros delegados: “*populus et magistratus summus inter se mutuo certis legibus et conditionibus de subjectionis et imperii forma ac modo paciscuntur, iuramento ultro citroque fide data et accepta promissave*”.

leis humanas) e deriva do *consenso popular*, tendo o *direito de resistência* como instrumento político ao serviço do povo<sup>400</sup>.

Por sua vez, o monarcómaco católico MARIO SALAMONI defendeu na primeira metade do século XVI que o poder político reside *originariamente na comunidade*, da qual deriva a autoridade dos príncipes. A sua obra *De Principatu Libri Septem*, que durante longo período caíra no esquecimento, regressou à notoriedade no século passado, pela mão de MARIO D'ADDIO, que a editou e reviu<sup>401</sup>, dedicando-lhe um estudo ainda hoje fundamental<sup>402</sup>. Sob o formato de um diálogo entre um filósofo, um advogado, um teólogo e um historiador, SALAMONI desenvolve os fundamentos da autoridade política, explicitando que o *imperantem*, não obstante deter a *summa potestas*, encontra-se vinculado à *lex regia*, que representa sempre uma *lex populi* fundada no consenso social, com o sentido de esta constituir a fonte de autoridade do príncipe, expressa pela vontade do povo.

Deste modo, a *civitas* nada mais é do que uma forma de associação (*civilis quaedam societas*), cujos vínculos entre os associados (*socii*) somente podem ser compreendidos no quadro de uma relação contratualista (*contrahiturne societas ulla sine pactionibus?*)<sup>403</sup>. No domínio das fontes de direito que limitam o poder real dos monarcas, considera a *lei* como um *contrato expresso* – “*expressa civitum conventio*” –, distinta do costume, entendido como prática vinculativa tácita – “*tacita quaedam civium conventio*”<sup>404</sup>. Na verdade, a lei reconduz-se a um *pactum inter cives* e não a um pacto entre o monarca e os súbditos (“*lex ergo inter cives ipsos pactio quaedam est*”). O próprio povo torna-se “na senda de Marsílio de Pádua, o verdadeiro legislador, não tendo o príncipe poder legislativo próprio, nem podendo, como mero delegado amovível, utilizar o poder político que lhe foi conferido para aprovar leis que não encontrem fundamento na concessão (*concessio imperii*) feita pelo povo”<sup>405</sup>.

---

<sup>400</sup> O *pactum subjectionis* de ALTHUSIUS envolvia, assim, dois momentos incidíveis: a *electio* do *summus magistratus*, pelos éforos, e a *promissio oboedientiae* por parte do povo, que jurava obedecer ao sumo magistrado “*sub conditione tacita vel expressa si magistratus iuste et pie imperaturus*” – cfr. o XXXVIII da *Politica Methodice Digesta*, onde se verifica que o poder político soberano conhece limites derivados das *leis humanas* e das *leis divinas* e se enunciam os termos do exercício do direito de resistência (acionado pelo povo, na hipótese de *tyrannus absque titulo*, e exercido pelos éforos, perante a hipótese de *tyranus quoad exercitium*).

A distinção entre *tiranía de exercício* e *tiranía de título*, associadas à “privação do titular do poder da sua legitimação abstrata ou concreta” é, também, cunhada por ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Lições de Direito Constitucional*, cit., p. 73.

<sup>401</sup> Cfr. MARIO SALAMONI, *De Principatu Libri Septem*, ed. Mario D'Addio, Giuffrè, Milano, 1955.

<sup>402</sup> *L'Idea del Contratto Sociale dai Sofisti alla Riforma e il "De principatu" di Mario Salamoni*, Giuffrè, Milano, 1954.

<sup>403</sup> Cfr. MARIO SALAMONI, *De Principatu Libri Septem*, cit., pp. 27-29.

<sup>404</sup> Cfr. MARIO SALAMONI, *De Principatu Libri Septem*, cit., pp. 12-19.

<sup>405</sup> Cfr. ERIC VOEGELIN/JAMES L. WISER, *History of Political Ideas: Religion and the Rise of Modernity*, University of Missouri Press, 1998, p. 43. Para mais desenvolvimentos sobre o *contratualismo*

### 15.1.2. FRANCISCO SUÁREZ e a origem do poder público

Para qualquer lado que se encare o contratualismo político setecentista, não é possível ignorar a obra dos teólogos peninsulares da *Neo-Escolástica* (BAÑEZ, SOTO, MOLINA, MARIANA, VITORIA, SUÁREZ e SERAFIM DE FREITAS) e, em especial, a conceção de FRANCISCO SUÁREZ, que articulou a origem popular da soberania com o pacto social. Nas obras *Tractatus De Legibus ac Deo legislatore* e *Defensio Fidei catholicae Anglicanae sectae errores*<sup>406</sup> de SUÁREZ são aprofundados os problemas da *origem do poder civil*, por referência à teoria democrática da soberania popular inicial – ou alienável (para a distinguir da teoria democrática de ROUSSEAU) – e à cláusula de salvaguarda de um direito de resistência, em clara oposição à corrente do direito divino dos reis.

Partindo das conceções aristotélicas-tomistas de «comunidade política», enquanto *hominum collectio*, o mestre jesuíta construiu racionalmente o Estado na base do *pactum* e na posterior transferência da soberania do povo para o príncipe. Entendendo o poder soberano, nos termos da lei natural, como residindo na comunidade organizada<sup>407</sup>, concluiu SUÁREZ que o poder político do Estado só pode ser exercido – e encontrar-se legitimado – com base num *pactum subjectionis* de transferência (*translatio*) para o Monarca<sup>408</sup>. O contrato incluía, assim, dois passos: o primeiro consistia na instituição da comunidade política (*pactum unionis civilis*) e o segundo na subsequente transferência da soberania do povo para o príncipe (*pactum subjectionis*), acompanhada da observância de regras de legitimação do poder político. Note-se, no entanto, que a conceção tomista *omnis potestas a Deo per populum* – que será negada por autores jusracionalistas – constitui, ainda, o ponto de partida de SUÁREZ, na medida em que é Deus (causa objetiva e imediata) o Autor da natureza, que confere a soberania política aos “homens reunidos em comunidade perfeita”<sup>409</sup>, gozando, por isso, as leis emanadas pelo poder político de um carácter semissagrado.

Ora, nascendo o Estado de um contrato voluntariamente aceite pelos homens (“*a singulis hominibus per proprium eorum consensum derivari hanc potestatem in totam communitatem ex eis coactam*”<sup>410</sup>), o poder político conferido por Deus à comunidade pode ser exercido diretamente por todo o povo (“retido nas mãos da comunidade”), sob a veste de

---

político e a apologia dos *direitos populares* dos monarcómacos, cfr. OTTO VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, cit., pp. 21-48 e 100-244; MAURIZIO FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, cit. pp. 14-17; e J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., pp. 47-66.

<sup>406</sup> Traduções espanholas, *Las Leyes*, 6 Vols., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, e *Defensa de la Fe*, 4 Vols., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.

<sup>407</sup> *Las Leyes*, III, I, 3.

<sup>408</sup> *Las Leyes*, III, III, 7, e III, IV, 5.

<sup>409</sup> *Defensa de la Fe*, III, II, 5.

<sup>410</sup> *Las Leyes*, III, III, 1.

um governo democrático, ou transferido, por um ato de vontade do povo (“*ex consensu comunitatis*”), no todo ou em parte para o monarca e seus sucessores<sup>411</sup>. Nesta última hipótese, a referida transmissão do poder político constitui a *única fonte de legitimidade da autoridade pública*<sup>412</sup>. No entanto, e porque “o monarca se torna superior ao povo”, a comunidade conservava um ténue controlo do exercício da soberania política, traduzido no *direito de resistência*<sup>413</sup>. O monarca encontrava-se, assim, submetido às cláusulas do *pactum subjectionis* (ao *modum conventionis*) e, ainda, ao *direito natural*, tornando lícito à República não só a resistência passiva às leis injustas, como o direito de resistência ativa, a deposição e a rebelião contra os tiranos – inimigos do Estado –, incluindo a condenação destes à morte ou o regicídio por uma autoridade pública. São estas as principais consequências que, do ponto de vista sistemático, SUÁREZ extrai do seu princípio basilar – o *pactum subjectionis* –, também designado, por vezes, na literatura política da época por “*lei régia*”<sup>414</sup>.

Observa-se, assim, que, para SUÁREZ, o poder público, considerado *concretamente*, tem como fundamento o *acordo do corpo social e apenas se torna legítimo* quando emanado do consentimento tácito ou expresso da comunidade. Ora, é neste axioma contratualista que a *doutrina da soberania popular* aparece fundamentada em pensadores como GRÓCIO, HOBBS, SPINOZA, PUFENDORF, LOCKE, ROUSSEAU e KANT<sup>415</sup>. Contudo, se a Neo-Escolástica é, como escreveu CABRAL DE MONCADA<sup>416</sup>, herdeira do humanismo que “olha como que para trás”, reatando a íntima ligação com a Idade-Média, a Escola de

<sup>411</sup> *Defensa de la Fe*, III, III, 7 e III, IV, 2.

<sup>412</sup> *Las Leyes*, III, IV, 9.

<sup>413</sup> *Las Leyes*, III, IV, 6 e *Defensa de la Fe*, VI, IV, 7.

<sup>414</sup> Cfr., nesta linha, a perspectiva de PAULO MERÊA, “Suárez, jurista. O problema da origem do poder civil”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, cit., p. 162. Sobre a conceção *suareziana* da origem democrática do poder político, cfr. IGNACIO GÓMEZ ROBLEDO, *El origen del poder político según Francisco Suárez*, Universidad Autónoma de Centro América, 1986, pp. 66-106; FREITAS DO AMARAL, *História das Ideias Políticas*, Vol. I, cit., pp. 299-316; e PAULO MERÊA, “Suárez, jurista. O problema da origem do poder civil”, cit., pp. 107-186, e “Suárez, Grócio, Hobbes”, pp. 305-316, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, cit.. Não deixa de ser curioso notar que alguns jesuítas dos fins do século XVI se tenham achado, muitas vezes, a combater contra o direito divino dos reis, ao lado dos monarcómacos protestantes, que proclamavam a apologia dos direitos populares e perspectivavam os reis como meros delegados amovíveis – circunstância que, em certa medida, justificaria, no século seguinte, a perseguição encetada aos jesuítas pelos monarcas absolutistas.

<sup>415</sup> No entanto, SUÁREZ não foi um precursor de HOBBS ou de ROUSSEAU: na verdade, o contratualismo do Padre Jesuíta não apresenta, ainda, o significado *individualista, utilitarista e histórico-hipotético* de transição de um *estado da natureza* para o de *sociedade civil*, como sucederá com HOBBS, PUFENDORF e LOCKE. Pelo contrário, o pacto é somente a *causa próxima* da formação da comunidade, que resulta diretamente do instinto natural de sociabilidade do homem – do *appetitus societatis* –, na esteira das doutrinas sufragadas por ARISTÓTELES e SÃO TOMÁS.

<sup>416</sup> *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, cit., p. 130.

Direito Natural racionalista “olha como que para a frente”, pelo que seria esta última a impor-se como precursora do século XVIII e do movimento constitucional.

## 15.2. O teorema do contrato social segundo o método jusnaturalista: HUGO GRÓCIO, jusnaturalismo secularizado e a formação de uma comunidade internacional de Estados soberanos

É consabido que a obra *De iure belli ac pacis*<sup>417</sup> de HUGO DE GROOT (GRÓCIO), de feição humanista e anti-escolástica, representou, em grande medida, o “evangelho” do jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII. Não sendo um completo inovador na construção da ordem jurídico-política interna, o contratualismo do holandês arminiano encontra-se umbilicalmente ligado ao intuito de fundar, com autonomia científica, um *direito natural*, de matriz *racional, laica e não confessional*, a partir da unificação de princípios supremos da convivência social, acessíveis aos indivíduos, e que abrisse portas à progressiva *secularização do direito*. Para o autor dos Países Baixos, o *direito racionalmente natural* existe independentemente de qualquer realidade empírica, como expressão de uma verdade intemporal e universal – um direito natural, captado pela razão humana, “*adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat*”, e que permaneceria válido “*etiamsi daremus...non esse Deum*”<sup>418</sup>.

A razão é, assim, elevada a “fonte autárquica do conhecimento do justo”: a validade do direito que a razão conhece impor-se-ia nos mesmos termos, “ainda que pudéssemos admitir – o que não pode conceber-se sem um grave pecado! – que Deus não existe ou que não se ocupa dos assuntos humanos”<sup>419</sup>. Com base no *ius naturale* e no *ius gentium*, o autor do *De iure Belli ac Pacis* propôs-se tratar, com profundidade, o *direito entre as Nações* – em especial, o *direito da guerra (ius belli)* – e não tanto as matérias da organização interna do Estado. O seu propósito foi o de construir um sistema de direito comum aplicável às *relações entre os povos*, no quadro de uma comunidade internacional, igualmente válido na paz e na guerra, deduzido da natureza humana, e incorporado na

---

<sup>417</sup> *O Direito da Guerra e da Paz*, Vols. I e II, Ijuí, Unijuí, 2004, com notas introdutórias de António Manuel Hespanha.

<sup>418</sup> *O Direito da Guerra e da Paz*, Vol. I, cit., *Prolegomena*, 11. Deste trecho resulta a crença do jusnaturalismo grociano da descoberta de leis universais de conduta humana para além da história, através da “natureza das coisas”, cujos preceitos se perfilam suscetíveis de serem captados pela “razão individual”, abstraída das condições mutáveis no espaço e no tempo. Apela-se, assim, a um direito universalmente válido e racionalmente acessível a todos como super-instância de regulação e de arbitragem nos conflitos religiosos entre as Nações cristãs, ao mesmo tempo que se procuram afastar as interferências do poder espiritual na vida interna dos Estados e nas relações entre povos.

<sup>419</sup> Cfr. *O Direito da Guerra e da Paz*, Vol. I, cit., *Prolegomena*, 11.

própria estrutura moral do universo. Na construção de GRÓCIO, que influenciou as de THOMASIIUS, WOLFF e VATTEL, a força obrigatória do direito internacional resultava tanto do *direito natural* como do *consentimento dos Estados (direito voluntário)* – dualismo entre *direito natural* e *direito voluntário ou positivo*. Para GRÓCIO, o *direito voluntário* depende duplamente do *direito natural*: por um lado, pode provir validamente das vontades estatais em virtude do princípio de direito natural *pacta sunt servanda*; por outro lado, é obrigatório quando o seu *conteúdo* é conforme aos princípios do direito natural<sup>420</sup>. Assim sendo, o *direito voluntário* (direito internacional positivo) tem como parâmetro o *direito natural racionalista*.

Já no plano do fundamento e da natureza do Estado, é na obra de GRÓCIO que surge o esboço do modelo jusnaturalista direcionado para captar a universalidade dos princípios da natureza humana. Trata-se de um *modelo dicotômico*, de transição de um estado de natureza para o estado civil, no sentido de que *tertium non datur*: o homem ou vive no estado de natureza ou no estado civil. Assim, GRÓCIO parte do instinto de *sociabilidade (appetitus societatis)* do homem para o *contrato*, por forma a explicar a origem interna do Estado. E do mesmo modo que se deveria partir do indivíduo soberano e dos seus direitos naturais para o Estado, também se tornava possível alcançar a submissão do Estado soberano ao direito internacional com base no consenso e na manifestação de vontade estadual. O contrato entre homens livres associados estabelece, assim, a transição de um *estado de natureza (status primaevus)* para o de *sociedade civil (pactum expressum aut tacitum)*, servindo como *critério de legitimação* da organização estadual e da ação governativa. A fundação e o exercício do poder político não deixam de ser conjugadas, tanto nos planos interno e internacional, com o princípio de direito natural da

---

<sup>420</sup> O *tratado-contrato*, cujo fundamento de vinculação reside na *fides*, passa a constituir a base normativa do direito internacional público. Concebendo a *fides* em GRÓCIO como o *fundamento do respeito pelo pactuado* no direito internacional público, v. WOLFGANG FIKENTSCHER, *De fide et perfidia – Der Treugedanke in den “Staatsparallelen” des Hugo Grotius aus heutiger Sicht*, cit., pp. 9-15. Nesta dimensão, a sua obra é manifestamente original e progressiva (N. QUOC DINH/P. DAILLIER/A. PELLET, *Direito Internacional Público*, cit., pp. 48-49), informando, inclusivamente, a matriz da Carta da ONU e o espírito da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Sobre as ideias de *mare liberum*, o relevo concedido à promessa e à lealdade contratual nos tratados internacionais, aos *direitos humanos* e a defesa de *princípios gerais de direito internacional* – em particular, a *autodeterminação dos povos oprimidos* como correspondendo ao momento verdadeiramente fundacional de qualquer comunidade constituída como Estado, cfr. J. L. BRIERLY, *Direito Internacional*, cit., pp. 15-33; DAVID BEDERMAN, “Reception of the classical tradition in international law, Grotius «De iure belli ac pacis»”, *Emory International Law Review*, 10, 1996; CHRISTOPH A. STUMPF, *The Grotian Theology of International Law: Hugo Grotius and the Moral Foundations of International Relations*, Berlin, 2006, pp. 110-123; e JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional*, cit., pp. 28-31 e 72-75.

inviolabilidade dos pactos (*pacta sunt servanda*), enquanto presunção da legitimidade dos governos, na medida em que *iuris naturae est stare pactis*<sup>421</sup>.

### 15.3. O código-fonte do Estado Liberal post-revolucionário

#### 15.3.1. O elemento democrático e a vertente autoritária

##### 15.3.1.1. O contrato de segurança de THOMAS HOBBS

No quadro do pensamento jusnaturalista-racionalista, coube ao inglês THOMAS HOBBS fazer *tábua rasa* das premissas aristotélicas acriticamente acolhidas até GRÓCIO (*inclusive*). Inovadoramente, HOBBS contrapõe ao homem *naturaliter* social de ARISTÓTELES o *homo homini lupus*<sup>422</sup>. Os homens são *naturalmente* egoístas e desconfiados uns dos outros. Num estilo enxuto e pitoresco, sem pretensões de existência objetiva geral<sup>423</sup>, HOBBS representa o *estado de natureza* como de insegurança geral – “a guerra de

---

<sup>421</sup> No entanto, no plano da construção do Estado e da ordem jurídico-pública interna, não podemos assacar à obra do arminiano holandês a mesma originalidade e rigor lógico, quando comparada com a sua obra jusinternacionalista. No que concerne ao *pactum subjectionis*, a perspetiva grociana da soberania política incorre em certas *contradições*: admite a soberania *subjectum comune*, pertencente ao Estado, e *subjectum proprium*, nas mãos do príncipe – confundindo “povo” e “Estado” –, nega que a soberania possa pertencer sempre ao povo em detrimento do monarca, assimilando-a ao direito privado, e reage abertamente contra o direito de resistência ativa. Quanto a este último aspeto, GRÓCIO mostra-se adverso ao direito de resistência, mesmo nos casos de *violação do direito natural*, admitindo apenas, através de uma fórmula vaga, que o povo possa agir contra o rei quando se trate de *perigo gravíssimo e certíssimo* (*De Jure Belli*, I, 4, 1). Além disso, GRÓCIO, ao sustentar a ideia de *patrimonialidade* da soberania – que pode ser alienada, possuída em plena propriedade ou em usufruto pelo príncipe (*De Jure Belli*, I, 3, 10 e 12) – sujeita às regras do direito privado, marca um retrocesso notável em relação a BODIN, aniquilando o *caráter ministerial e institucional do poder público* – seguimos, nesta matéria, as considerações de PAULO MERÊA, “Suárez, Grócio, Hobbes”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, cit., pp. 317-328.

<sup>422</sup> A *originalidade* do modelo hobbesiano perdurou, desde o século XVII até aos nossos dias, o que se torna compreensível para quem tiver em conta o peso ou a influência dos modelos neo-hobbesianos acolhidos no direito constitucional e na filosofia política norte-americana – cfr., neste sentido, DEBORAH BAUMGOLD, *Hobbes's Political Theory*, Cambridge U.P., 1988, pp. 33-92; e GREGORY S. KAVKA, *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton University Press, 1986, pp. 245-314. Neste capítulo, é incontornável a obra de JEAN HAMPTON, *Hobbes and the Social Contract Tradition*, Cambridge University Press, 1986, pp. 3-57, chamando a atenção para o “radicalismo individualista hobbesiano” e para facto de, só a partir do *Leviathan* do filósofo de Malmesbury, o homem moderno surgir, verdadeiramente, como “o *autor e arquiteto* do Estado”, liberto da extraponência da conceção cristã de SUÁREZ e da teologia laica de GRÓCIO. Para JOHN RAWLS, *Palestras sobre a História da Filosofia Política*, cit., p. 49, as noções que HOBBS utiliza no *Leviathan* – “direito natural, estado de natureza e assim sucessivamente – podem ser todas definidas e explicadas independentemente de qualquer base teológica. E o mesmo se aplica no que respeita ao conteúdo do sistema moral”.

<sup>423</sup> Nem o estado de natureza deve ser interpretado como um estado real, nem o contrato social como um acordo que realmente teve lugar. O objetivo de HOBBS em *Leviathan* seria o de dar-nos conhecimento filosófico da sociedade para daí se inferir, com base em princípios mecânicos do materialismo, *como* o respetivo governo poderia ser criado e quais as raízes das nossas obrigações políticas. Esta mesma



todos contra todos” (*bellum omnium contra omnes*), *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*<sup>424</sup>, I, 13 –, em que não há distinção entre o bem e o mal, onde não se encontra garantida a justiça, o respeito pela propriedade privada e se torna impossível desenvolver atividades económicas produtivas.

Neste estado primitivo, de completa liberdade, igualdade e autonomia, cada homem pode fazer o que for necessário à sua autoconservação e, portanto, todos têm direito a tudo (*jus omnium in omnia*)<sup>425</sup>. Adotando uma perspetiva materialista-naturalista, THOMAS HOBBS aprofunda a sua conceção acerca da natureza humana – motivada por *emoções* (v.g., desejos, paixões e o medo constante da morte) –, observando que o homem, livre e igual a todos os demais no *estado da natureza*, se encontra entregue a si próprio, sendo a sua vida “solitária, pobre, penosa, embrutecida e curta”, pois naquele estado ninguém obtém a garantia de estar seguro da sua vida e dos seus bens.

Com efeito, para alcançar a paz duradoura, a defesa e a autoconservação, necessita o homem de transitar para o *estado de sociedade*, abdicando para tanto de direitos e liberdades individuais, em favor da instituição de um governo absoluto, forte e disciplinador, capaz de assegurar, com estabilidade política, a *segurança pessoal, a paz e a tranquilidade pública*<sup>426</sup>. Nasce, assim – segundo uma estrutura determinista e matemático-racional – o Estado, o grande *Leviathan* – “*non est potestas super terram quae comparetur ei*” –, absoluto, onnipotente e autoritário, enquanto resultado de uma criação voluntária dos homens, em virtude de um “contrato pelo qual se opera a transferência coletiva dos direitos de todos para alguém”<sup>427</sup> e que conduz ao governo de “um só homem, ou de uma assembleia de homens, reduzindo todas as vontades, pela maioria das vozes, a uma só vontade”<sup>428</sup>.

---

interpretação do pensamento político de HOBBS poderá ser recolhida nas palestras de JOHN RAWLS, *Palestras sobre a História da Filosofia Política*, cit., p. 53.

<sup>424</sup> *Leviathan*, edited by Richard Tuck, Cambridge University Press, 1992. Com tradução portuguesa, *Leviathan*, João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, INCM, Lisboa, 2010.

<sup>425</sup> Sobre o direito subjetivo natural – *jus naturale, right of nature*, cfr. LEO STRAUSS, *The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis*, University of Chicago Press, 1996, pp. 6-25.

<sup>426</sup> Embora se deduza dos preceitos de direito natural o corolário do *pacta sunt servanda*, não bastaria a convicção da sua utilidade para dominar “a ambição, a avareza, a raiva e outras paixões dos homens, sem o receio de algum poder coercivo” – *Lev.* I, 14. Manifestam-se, neste contexto, as premissas do *jur racionalismo* hobbesiano e a dedução de sistemas de direito a partir de axiomas últimos da razão humana.

<sup>427</sup> *Lev.* I, 14.

<sup>428</sup> *Lev.* II, 17.

Nesta medida, o pacto deixa de ser celebrado entre o povo e o governante, para passar a ser *um só*<sup>429</sup>, concluído apenas entre os *indivíduos*, formando uma nova pessoa – o Estado –, que através do soberano *representa* todos os súbditos.

Fundindo num só acordo os *pacta unionis* e *subjectionis* medievais, o *contrato* de HOBBS assume, assim, uma feição *monista*, na medida em que não é celebrado entre a *multidão* e o *soberano*, mas somente entre os *indivíduos*. Estes passam a formar, no seu conjunto, uma pessoa – *pessoa artificial* – que fica encarnada na pessoa do imperante, o qual representa o povo “porque lhe foi dado pela maioria o direito de encarnar a pessoa deles todos”<sup>430</sup>. A ordem política é, por isso, uma *ordem artificial*, que se cria e institui por acordo entre os indivíduos. A marcha ascensional do *Leviathan* representa, assim, a

---

<sup>429</sup> Nas palavras de HOBBS, *Lev.* II, 18, “não existe qualquer contrato entre o povo e o soberano [...], pelo que das ações praticadas pelo soberano não pode resultar o incumprimento de um contrato, não se afigurando possível aos súbditos afastarem o dever de obediência [...], nem renunciarem à monarquia [...], pois a dissensão de alguém levaria todos os restantes a romper o pacto”.

<sup>430</sup> E, assim, “todos os súbditos, tanto o que votou a favor como o que votou contra, autorizarão todos os atos e juízos desse Homem, ou Assembleia de homens, como se fossem praticados por si próprios, a fim de viverem em paz entre eles e serem protegidos contra os outros homens” (*Lev.*, II, 18). Como observa PAULO MERÊA, “Suárez, Grócio, Hobbes”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, cit., pp. 338-339, HOBBS deu um passo decisivo ao encontro do conceito de personalidade do Estado, conquanto o seu individualismo o conduza a ver o Estado corporizado na pessoa do imperante. É este quem *representa* todos os cidadãos, os quais só no Estado e através dele deixam de ser *homines* para serem *cives*, isto é, deixam de ser uma *mera multidão inarticulada* (*multitudo*) para se tornarem um *corpo político* (*body politic*). O desenvolvimento do conceito de *personalidade* do Estado resulta, assim, do contrato em virtude do qual “a «multidão» assim unida em uma só «pessoa» passa a constituir o Estado (*Commonwealth by institution*)” – *Lev.* II, 17. Podemos afirmar que a este pacto (*unânime*) não corresponde ainda, na lógica interna do *Leviathan*, qualquer soberania, a qual apenas é gerada, num segundo momento, por intermédio de uma *translatio imperii*, que, segundo a vontade da maioria, opera de forma imediata após a constituição do *body politic*.

Todavia, apesar de acolher a *origem democrática da soberania* – pertencente ao povo que, ao associar-se num Estado, escolheu a forma de governo (monarquia ou república) e transferiu-a para o soberano, enquanto seu representante –, HOBBS, numa das mais enigmáticas “desconstruções filosóficas”, não dá o passo em direção à fórmula *representativa do exercício democrático do poder político*. A *voluntas* do soberano constitui a única fonte de direito e as suas decisões não ficam dependentes da aceitação dos súbditos ou da sua conformidade com o pacto social. Concretizada essa transferência, o poder público torna-se *exclusivo*, *indivisível* e *inalienável*, não podendo o pacto, uma vez firmado, ser livremente revogável pelo povo. O poder soberano une-se nas mãos do titular do poder instituído, encontrando-se os súbditos estritamente vinculados à sua vontade, já que alienaram os seus direitos naturais (*jus in omnia*), indispensáveis para o governo e a manutenção de uma vida comum em paz e segurança (*salus populi*). Quanto a este último aspeto, autonomiza-se já no pensamento jurídico-político hobbesiano uma específica densificação das próprias *funções do Estado*, empreendida na Parte II, 17 e 21 do *Lev.*, que concernem, sobretudo, às tarefas de *polícia* e de *segurança pública*, centrando o exercício do poder público nas notas de *autoridade* e de *unilateralidade*, seja ao nível das decisões, seja ao nível da produção normativa (*auctoritas, non veritas facit legem*).

Nesta vertente, entendemos que o contrato de THOMAS HOBBS se perfila como um *contrato de segurança*, em que a assunção pelo príncipe de um poder absoluto serve o equilíbrio do corpo social (dos súbditos), a manutenção da ordem e da paz pública, bem como da segurança dos indivíduos quer contra o inimigo externo, quer contra as desordens e perturbações internas. Neste sentido, por exemplo, apontam algumas das passagens do *Lev.*: o dever de *obediência cívica às legítimas imposições da autoridade pública* encontra o seu fundamento nas “necessidades de proteção e segurança” (*Lev.*, II, 21) e no “medo das consequências inerentes à violação da palavra” (*Lev.*, I, 14).

formação de uma nova personalidade coletiva (*instituto civitatis*), aglutinadora de todas as unidades atomísticas da matéria social, uma máquina autoritária de poder ultracartesiana<sup>431</sup>, dominadora e autosuficiente, que assegura aos cidadãos a sua proteção e segurança.

### 15.3.1.2. O esboço triangular de SAMUEL PUFENDORF na origem do Estado e da ordem política: «*pactum unionis, pactum subjectionis e decretum*»

Destacando-se como o grande sistematizador do direito natural, dando continuidade ao trabalho GRÓCIO e de HOBBS, o filósofo-jurista protestante SAMUEL PUFENDORF aprofundou o jusnaturalismo, alargando-o a diversos domínios do ordenamento jurídico<sup>432</sup>. A sua obra, de pendor racionalista e fortemente individualista, reveste manifesta originalidade no âmbito do direito público<sup>433</sup>, sendo PUFENDORF considerado um dos “modelos do Contratualismo Moderno, ao conciliar Direito Natural laico com contrato social e origem humana do poder político”<sup>434</sup>. Sintetizando na sua conceção do homem o *naturalismo ideal* de GRÓCIO e *existencial* de HOBBS, considera que o homem revela tendências para a *sociabilidade* e para a *autoconservação*<sup>435</sup>. Porém, a sociabilidade apenas explica a formação das “sociedades primeiras”; já a fundação da sociedade política, depende de certas *causas impulsivas*, como a necessidade de autoconservação e o fundado receio que os homens têm das ações agressivas uns dos outros.

Tomando em consideração tais *causas impulsivas*, a formação da sociedade política obedece ao que PUFENDORF designa de *causa próxima do regime político* – o contrato –, já que, sendo os homens *naturalmente livres e iguais*, apenas no consenso popular pode residir a fonte do poder civil. Registe-se que uma das particularidades do contratualismo de PUFENDORF traduz-se na conexão entre *pacto* e *participação* pública dos cidadãos. Todo aquele que não valide o pacto inicial, nem aceite a escolha da *forma*

---

<sup>431</sup> CARL SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Hohenheim Verlag, Stuttgart, 1982, pp. 35-46 e 47-55.

<sup>432</sup> Cfr. D. DÖRING, *Pufendorf-Studien. Beiträge zur Biographie Samuel von Pufendorfs und zu seiner Entwicklung als Historiker und theologischer Schriftsteller*, Berlin, 1992, p. 103.

<sup>433</sup> Em sentido diverso, imputando-lhe pouca originalidade na dogmática jurídico-política, se pronunciara CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado, Vol. I.*, cit., p. 185, perspectiva criticada por PAULO MERÊA na recensão àquela obra – *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, cit., p. 409.

<sup>434</sup> Cfr. ISABEL BANOND DE ALMEIDA, *A Ideia de Liberdade em Portugal*, Coimbra, 2012, p. 94.

<sup>435</sup> *Le Droit de la Nature et des Gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique (De jure naturae et gentium)*, Vol. I, ed. Jean Barbeyrac, Amsterdam, 1712, pp. 149-168 e 217-224.

*regiminis* não participa publicamente no Estado então constituído, permanecendo em estado da natureza<sup>436</sup>.

O filósofo germânico admite, assim, a existência de *três momentos* na origem do poder político estadual [*“duo pacta et unum decretum (...), ut civitas regulari modo coalescat”*<sup>437</sup>]: o primeiro consiste na instituição da comunidade política (*pacto de associação ou de união*), pelo qual os homens (*singuli cum singulis*) decidem unanimemente pôr termo ao estado da natureza, juntando-se em sociedade, para regular a sua segurança e autoconservação; a este contrato, que dá origem a um corpo político e a um “género rudimentar de Estado” (*rudimenta et primordia civitatis*), acresce um segundo (o *decreto*), que determina a forma de governo (“*forma regiminis*” monárquica, aristocrática ou democrática); em virtude do terceiro (*pacto de sujeição*), os indivíduos (não *uti singuli*, mas sob a forma de *rudimenta et primordia civitatis*) submetem-se ao soberano designado ou eleito, constituindo *ex novo* a soberania em favor do poder político, que se obriga a prosseguir o interesse geral e o bem comum<sup>438</sup>.

No *pacto de união*, exige-se uma adesão voluntária e unânime de todos os contraentes, ao passo que no *decreto* basta a *maioria* para decidir a forma de governo e o modo de exercício do poder político. Com base no terceiro pacto, a comunidade política institui, em concreto, a soberania<sup>439</sup>. Para PUFENDORF a soberania deve ser determinada de forma *concreta* – e apenas, em abstrato, se pode outorgá-la inicialmente à sociedade, tal como defendera SUÁREZ –, resultando diretamente do pacto de sujeição. Sendo assim, o poder soberano só *concretamente* pode existir, enquanto *produto de um ato humano*<sup>440</sup>.

Compreende-se, neste sentido, que não se opere qualquer transferência de um poder inicialmente já existente na comunidade para o soberano: pelo contrário, em PUFENDORF, a dimensão individualista constitui um referente cardeal do pensamento jusracionalista e, nessa medida, o poder soberano é uma *criação individual* dos homens, *instituído e conferido* com base no pacto de sujeição<sup>441</sup>. Verifica-se, deste modo, que “a

---

<sup>436</sup> *Le Droit de la Nature et des Gens*, vol. I, cit., p. 232.

<sup>437</sup> *De Officio Hominis et Civis secundum Juxta Legem Naturalem Libri Duo*, Broedelet, 1740, Bibliothèqure jésuite des Fontaines, Lib. II, Cap. VI, p. 477.

<sup>438</sup> *Le Droit de la Nature et des Gens*, cit., vol. I, pp. 348-418.

<sup>439</sup> *Le Droit de la Nature et des Gens*, cit., vol. I, p. 293.

<sup>440</sup> *Le Droit de la Nature et des Gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique (De jure naturae et gentium)*, Vol. II, ed. Jean Barbeyrac, Amsterdam, 1712, sobretudo o livro oitavo, pp. 352-364 e 491-501.

<sup>441</sup> Assim, através do exercício dessa *faculdade*, se produz aquela *união de vontades* direcionada a um *fim comum* e aquela *sujeição a um poder político soberano* que fazem com que o Estado seja considerado uma *pessoa*. Tudo isto em plena consonância com a sua construção dos “entes morais” (*entia moralia*) – já que distingue os *seres físicos* dos *seres morais* (*persona moralis simplex* e *persona moralis composita*), fundando o

essência contratual do Estado atinge, no esboço triangular de PUFENDORF, o seu ponto de elaboração dogmática mais elevado<sup>442</sup>, sob a veste de uma “*schulgerechte Form*”<sup>443</sup>: por um lado, a soberania não se encontra originariamente em Deus, no povo ou no monarca – apenas surge por efeito do *pactum subjectionis*, que produz um efeito jurídico-político *novo* – e, por outro, não existe poder soberano (autoridade administrativa e poder coercivo) que não represente uma *criação racional* do homem com fundamento no pacto<sup>444</sup>.

### 15.3.1.3. A alienação de poderes *ao todo* e o dogma da *volonté générale* de JEAN-JACQUES ROUSSEAU

De todos os filósofos contratualistas clássicos foi o Autor do *Contrat Social*<sup>445</sup>, JEAN JACQUES ROUSSEAU, quem concebeu a “alienação mais totalizante”, não em favor de outro (s), mas uma *alienação de cada indivíduo a si mesmo*, em harmonia com um ideal político democrático. O homem é *livre* somente quando obedece à *lei* que ele próprio criou, segundo uma regra de “governança legítima”<sup>446</sup>, de tal forma que “cada um, unindo-se a todos, obedece apenas a si mesmo, e permanece não menos livre do que antes”<sup>447</sup>. Interessa, assim, ao Genebrino articular a questão da *legitimação* do Estado, reconhecido como *necessário* e aberto à participação de todos na formação da sua *vontade*, com a *liberdade*

---

“poder político” na categoria de *modo* ou *modus essendi*, enquanto “*qualidade moral*” –, base da moderna teoria ontológica das coisas políticas e, em especial, do instituto da personalidade coletiva.

<sup>442</sup> Cfr. J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., p. 125.

<sup>443</sup> GEORG JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1914, p. 211. Sobre a projeção das teses de PUFENDORF, em geral, na Constituição Federal norte-americana de 1787 e, em especial, na literatura dos *Federalist Papers*, HANS WELZEL, “Ein Kapitel aus der Geschichte der amerikanischen Erklärung der Menschenrechte (S. Wise und S. Pufendorf)”, *Festschrift für Rudolf Smend zum 70.*, cit., pp. 387-441.

<sup>444</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a arquitetura político-ideológica, tratando o *absolutismo* pufendoriano e a negação do *direito de resistência*, cfr. ISABEL BANOND DE ALMEIDA, *A Ideia de Liberdade em Portugal*, cit., pp. 91-113; NORBERTO BOBBIO, *Il Giusnaturalismo Moderno*, cit., pp. 132-143; e os escritos de D. DÖRING, *Pufendorf-Studien. Beiträge zur Biographie Samuel von Pufendorfs und zu seiner Entwicklung als Historiker und theologischer Schriftsteller*, cit.; e *Samuel Pufendorf, filosofo del diritto e della politica*, Atti del Convegno Internazionale di Milano, 11-12 Novembre 1994, a cura di V. FIORILLO, Napoli, 1996.

<sup>445</sup> *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, ed. Garnier, Paris, 1962; com tradução portuguesa, *O Contrato Social*, Europa-América, Mem Martins, 1981. A força literária arrebatadora, a estética formal e o estilo arrebatador de ROUSSEAU reclamam uma visão integrada do seu pensamento político, sendo necessário complementar aquela obra com o *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* e, ainda, *Émile*. O *Segundo Discurso*, mais pessimista, fornece a contextualização para o problema abordado no *Contrat Social*, onde revela uma atitude mais otimista. *Émile*, de certo modo, complementa o sistema criado no *Contrat Social* (em particular, o Capítulo “Do Legislador”), discutindo a psicologia moral e a participação do indivíduo na sociedade, em particular através de um sistema educativo que lhe permite conservar a sua bondade natural numa sociedade corrupta.

<sup>446</sup> *Du Contrat Social*, I, intro.

<sup>447</sup> *Du Contrat Social*, I, 6.

*individual*<sup>448</sup>. O cidadão encontra-se numa relação *dúplice* com o Estado, pois, de uma banda, subjetivamente é parte do legislador, integrando a soberania, e, de outra, objetivamente é destinatário da lei, enquanto indivíduo que lhe deve obediência. A formação do governo democrático, que corporiza a associação “de todos” e a obediência “ao todo” (*grand tout*) num só ato, basta-se com um *único contrato social*, perdendo, desta forma, totalmente sentido a dicotomia *pactum societatis-pactum subjectionis* e a tradicional demarcação subjetiva entre *Soberano* e *Povo*.

Fruto de uma perspectiva *otimista* acerca da natureza humana, o *estado da natureza primitivo* surge-nos na obra *Contrat Social* como um *paraíso*, onde predominam o bem, a paz e a tranquilidade (séquito do *bom selvagem*). No entanto, a partir do momento em que o homem se dedicou às *atividades produtivas* (metalurgia e agricultura), passou a demarcar as propriedades, a erguer muros, a dividir os bens e a litigar por tudo aquilo que lhe pertence, tornando-se egoísta e conflituoso<sup>449</sup>. O homem, *essencialmente bom e pacífico no estado selvagem*, fora *corrompido no estado civil* pela sociedade (em sentido diverso de HOBBS) e, chegando ao cenário social de hostilidade e conflitualidade, os mais ricos e poderosos, pretendendo subjugar os pobres, propuseram a celebração de um *primeiro contrato social – fraudulento*. Daqui adveio um *estado social corrupto* (e insustentável), onde predominam as “elites”, “as usurpações dos ricos”, a “escravatura” e as “leis injustas”<sup>450</sup>, pelo que o estado de guerra total é atribuído ao *homem civil* e não ao homem da natureza.

Com efeito, para sair desta situação e restaurar a primitiva felicidade, só pela via da *Revolução democrática*, poderão os homens instituir (por unanimidade), com base num *contrato social genuíno*, uma autoridade política capaz de garantir a liberdade e a paz

---

<sup>448</sup> Nas palavras de ROUSSEAU, “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum” e, todavia, ao mesmo tempo, nesta forma de associação, “cada um, unido a todos, só obedece, contudo, a si próprio e permanece livre como dantes” – *Du Contrat Social*, I, 6. O princípio orientador foi sempre a liberdade entendida como *autonomia*, ou seja, como a capacidade de os indivíduos se darem as suas próprias leis.

<sup>449</sup> A contextualização filosófica desta passagem não pode, quanto a nós, deixar de ser vista à luz do *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégabilité parmi les hommes*, Galimard, Paris, 1965, II, *intro*. Importa, por isso, atender ao conceito de *amor do eu* e às suas duas *formas naturais* expostas no *Segundo Discurso*: o “*amour de soi*” e o “*amour-propre*”. Enquanto a primeira forma se projeta no interior do indivíduo, no seu bem-estar e autoprogresso, a segunda surge num contexto social de relação com outros membros da comunidade, enquanto necessidade que nos leva a assegurar uma posição idêntica aos outros associados, diante dos quais somos aceites com aspirações, limitações e reivindicações legítimas. Movidos por *amour-propre*, estamos dispostos a conferir a mesma posição a outros, a honrar os limites que nos são impostos e a respeitar os acordos básicos na sociedade que concretizem, de forma *segura e igual*, a nossa posição social. Por contraste, a “*vaidade*”, a “*arrogância*”, o “*egoísmo*” e o “*desejo de superioridade e de domínio*”, consubstanciando desvios ao “*amour-propre*”, corrompem o homem e são fonte de desigualdades sociais.

<sup>450</sup> *Discours*, cit., II, *intro*.

social<sup>451</sup>. Só neste último momento nasce o Estado e se concretiza propriamente o elemento democrático projetado pelo acordo de vontades. Este *contrato social* já nada tem que ver com o de HOBBS ou LOCKE, na medida em que configura um ato coletivo de renúncia aos direitos naturais, não em favor de um terceiro soberano, mas *por um em favor de todos*, quer dizer, por cada indivíduo em si mesmo na veste de membro de uma *totalidade (grand tout)*<sup>452</sup>. Assim, a manifestação suprema do corpo político passa a encontrar-se na vontade individual dos contraentes, expressa, no plano legiferante, na *volonté générale* – *lato sensu* entendida como a vontade (soberana e imanente) do corpo moral ou político, polarizada no interesse comum – distinta da vontade de todos ou da mera soma de vontades particulares, cujo critério se traduziu na *vontade da maioria*<sup>453</sup>.

Eis a fórmula contratualista rousseauiana: “encontrar um modelo de associação que garanta e tutele com toda a força coletiva a pessoa e os bens de cada um dos membros e *por meio da qual cada um, unindo-se a todos, obedeça somente a si mesmo e permaneça livre como antes*” (it. nosso). Por conseguinte: “cada um dando-se a todos não se dá a ninguém, e porque não existe membro algum sobre o qual não seja adquirido o mesmo direito que lhe é concedido acima de nós, ganha-se o equivalente de tudo aquilo que se

---

<sup>451</sup> Apesar de adotar aquele método explicativo jusnaturalista, o conteúdo dos conceitos e os níveis de transição são aqui muito diversos. Identificando *seis níveis de transição* em ROUSSEAU até à instituição da forma de governo, cfr. FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Coimbra, 2012, pp. 219-221, para quem o contrato social rousseauiano se apresenta como um modelo válido para o *presente* e projeta-se para o *futuro*, tendo o significado de um amplo programa político reformador: “uma proposta feita aos homens do presente para, através de um Revolução, mudarem de regime político e de sistema de governo; é um programa de ação política e um projeto de nova Constituição”.

<sup>452</sup> Cfr. LÉON DUGUIT, *Jean-Jacques Rousseau, Kant & Hegel*, Extrait de la Revue du Droit public et de la Science Politique en France et à l’Etranger, n.ºs 2-3, Paris, 1918, p. 20, sublinhando, na ótica de uma *liberdade positiva* ou de *integração*, que “o indivíduo não é livre fora do Estado, pois somente dentro do Estado se realiza plenamente”. Destarte, não se trata aqui de conter o poder, limitando-o *externamente* por meio de direitos naturais (*iura connata*) ou, *internamente*, pela via da separação de poderes, mas de *alcançar a participação de todos os cidadãos*.

Ao deslocar o problema da limitação para a (modificação) da titularidade do poder político, ROUSSEAU dissolve a *quaestio* do abuso do poder: assim, o poder, pertencendo a todos, é como se não pertencesse totalmente a ninguém, pelo que o povo não poderá, por natureza, cometer abusos contra si mesmo. Deste modo se procura evitar que cada associado fique dependente das vontades particulares e arbitrárias de outrem, que corrompem a nossa capacidade de aperfeiçoamento e promovem o servilismo, o domínio e a exploração do homem pelo homem. Se cada indivíduo perde liberdade natural, por força do contrato social, ganha *igualdade política e liberdade cívica*.

<sup>453</sup> Vontade geral polarizada no “interesse comum” – que não se reconduz à mera soma aritmética da empírica *volonté de tous* – e cuja expressão reside na vontade da maioria, que vai atuar politicamente através da legislação. No fundo, trata-se de uma *forma de razão deliberativa* que cada cidadão partilha com todos os outros em virtude de partilharem uma conceção do seu bem comum. Ficam, portanto, de fora deste âmbito as vontades privadas de cada cidadão, pois os *interesses* (comuns) *fundamentais* têm prioridade sobre os interesses privados de cada um. Mas, também, para a vontade geral ser bem expressa, exclui-se a intermediação de associações e corporações no Estado, na medida em que cada cidadão deverá decidir por si próprio sobre o interesse comum, sem intermediação e perturbação da vontade.

perde, e mais a força para se conservar o que se tem”<sup>454</sup>. Não se compreende ROUSSEAU se não se entender que, ao contrário de todos os demais jusnaturalistas, para os quais o Estado tem como finalidade proteger o cidadão (lembre-se o “homem natural protegido” de LOCKE), o *corpo político* que nasce do contrato social do Genebrino tem a finalidade de *transformar* o indivíduo, orientando-o na liberdade. Daí a designada *liberdade no Estado*, já que cada indivíduo troca a sua liberdade natural por uma *liberdade política* – de *integração* –, que se exerce dentro de um todo de que faz parte. Do pacto social resulta, assim, a transformação da liberdade natural em *liberdade política*, mas *em conformidade ou obediência à vontade geral*, já que, nestes termos, o homem civil continua tão livre como antes, somente “quando obedece senão a si próprio” ou “às leis que dá a si mesmo”<sup>455</sup>. A

---

<sup>454</sup> *Du Contrat Social*, I, 4. O programa político reformador proposto por ROUSSEAU assentava num regime político *republicano* e na criação de leis com base no *consentimento* do povo, em conformidade com a vontade geral. Partindo da origem e exercício *democrático* do poder político, uma vez que os homens, livres e iguais, celebram o contrato social e constituem o Estado, só o povo, reunido em assembleia universal, exerce o poder soberano – *sistema de democracia direta*, em contraste com a democracia representativa, pois, para ROUSSEAU, a democracia representativa implicava, já por si mesma, uma renúncia ao princípio da liberdade como *autonomia*. No que concerne ao poder executivo, entendendo o *governo* como um “corpo intermediário estabelecido entre os súbditos e o soberano para a sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política” (*idem*, III, 1), pelo que a sua instituição “não resulta de um contrato, mas de um ato de soberania do povo” (*idem*, III, 16 e 17), sendo os ministros apenas *comissários* ou *funcionários* que exercem o cargo como meros *delegados* (*idem*, III, 15) do soberano (*governo de assembleia*), coagindo quem quer que recuse obedecer à vontade geral (*idem*, I, 7).

<sup>455</sup> *Du Contrat Social*, I, 6. Todavia, se porventura se recusar obedecer, fica o poder político legitimado para usar a força no sentido de obrigar o indivíduo a cumprir a lei, nada mais fazendo do que forçá-lo a ser livre – por conseguinte, “quem recusar obedecer à vontade geral” será coagido pelo Estado a obedecer, “obrigando-o a ser livre” (*Du Contrat Social*, I, 7). Nestes termos, ao comprometer a incorporação imediata do indivíduo na totalidade política, a *liberdade individual é esvaziada e dissolve-se* em face da *liberdade dentro ou no Estado*, desabrochando a vontade geral soberana numa *democracia totalitária*. A manifestação mais flagrante do que vimos dizendo encontra-se no Capítulo “*Du Législateur*” (II, 7), provavelmente o capítulo mais enigmático de *Du Contrat Social*. Esta figura, dotada de racionalidade e prudência, *produz* as leis e revela-se capaz de interpretar, com estabilidade, o interesse comum (cfr. JOHN RAWLS, *Palestras sobre a História da Filosofia Política*, cit., pp. 269-284). Naquele Capítulo Sétimo ROUSSEAU interroga-se: “se é certo que um grande príncipe é uma pessoa rara, quanto mais raro não será um grande legislador?”. A resposta não pode deixar dúvidas: “o primeiro deve limitar-se a seguir um modelo, mas o outro deve propô-lo”. Sob todos os aspetos, o legislador é “um homem extraordinário”, cuja missão histórica é nada menos do que a de “transformar a natureza humana [...], mudar cada indivíduo que em si mesmo é um todo perfeito e isolado, numa parte do todo”. Parece existir aqui uma influência do pensamento político de PROTÁGORAS, surgindo, por um lado, o *Legislador* próximo da figura do *Educador*, como decorre em grande medida da obra *Émile*, e por outro, a vontade geral como uma *revelação* do bem comum, na linha do *Contrat Social*.

A lei exprime a vontade geral e a *autonomia* postula a identificação entre quem cria e quem obedece às leis. Atendendo ao facto de a soberania provir do povo, a *volonté générale* vai atuar politicamente através da legislação, identificando-se a lei com o direito, tendo o propósito de estabelecer critérios jurídicos que afastem as decisões administrativas arbitrárias e garantam a segurança jurídica aos cidadãos, sobretudo nos planos da liberdade, da segurança pessoal e da propriedade privada. No entanto, ao invés do contrato social, que pela sua natureza exige a unanimidade (*idem*, IV, 2), as leis bastam-se com a aprovação pela *maioria*, pois “a voz do maior número obriga sempre todos os outros” (*ibidem*). O povo deve, assim, ser o autor das leis, mas, uma vez que nem sempre conhece onde reside o “bem comum”, torna-se necessário ensiná-lo a conhecer o que quer e, quando necessário, obrigar cada um dos indivíduos a conformar a sua vontade com a razão (*idem*, II, 6, e II, 7). Este aspeto do pensamento rousseauiano não deve ser descurado. Como observa REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria*



lei, qual “*sublime instituição*”<sup>456</sup>, é, em definitivo, uma *vontade*, “uma declaração pública e solene da vontade geral sobre um objeto de interesse comum”<sup>457</sup>.

### 15.3.2. A vertente liberal e a garantia dos direitos originários

#### 15.3.2.1. Limitação do poder político e doutrina dos direitos originários de

##### JOHN LOCKE

No pensamento político do britânico JOHN LOCKE pode afirma-se que a doutrina do contrato social de matriz liberal (*contratualismo político liberal*) reúne os *ingredientes clássicos* fundamentais: indivíduo no centro da organização política, construção do Estado a partir da autonomia moral, direitos naturais existentes *a priori*, soberania conferida à comunidade política e relevância prática do conceito de “*trust*”, tornando possível a deposição dos governantes quando o exercício do poder se revele contrário aos fins do pacto e viole a “confiança política”. Neste ensejo, a temática da *legitimação* do governo sob a base do *consenso social* (*government by consent of the people*) foi colocado com a máxima precisão por LOCKE<sup>458</sup>. Na sua obra *Two Treatises of Government*<sup>459</sup> sustentou a

---

*Geral do Estado*, cit., p. 170, *a minoria ter-se-ia enganado quanto ao verdadeiro sentido da vontade geral e, consequentemente, quanto ao verdadeiro interesse comum*. Daqui decorre, nas palavras de LÉON DUGUIT, *Jean-Jacques Rousseau, Kant & Hegel*, cit., p. 14, que “se o indivíduo recusar obedecer à vontade geral, recusa ser livre [...], pelo que quanto mais o Estado se torna onipotente, [paradoxalmente] mais o indivíduo alcança plenamente a liberdade”.

<sup>456</sup> A “voz celeste” e a “mais sublime de todas as instituições humanas” – *Oeuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, ed. B. Gagnebin and M. Raymond, Vol. III, cit., p. 310.

<sup>457</sup> 6ème lettre écrite de la Montagne, JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Lettres écrites de la Montagne*, Editions l'Age d'Homme, Paris, 2008.

<sup>458</sup> A obra *Two Treatises*, escrita durante a chamada Crise de Exclusão de 1679-1681, como folheto político a defender a causa Whig contra Carlos II, surgiu num período em que se receava o estabelecimento na Inglaterra do absolutismo real e a restauração da fé católica, ideias sufragadas pelo irmão mais novo de Carlos II, James, Duque de York e sucessor ao trono.

Neste período renovara-se o interesse pela literatura de SIR ROBERT FILMER, um absolutista real com ligações pessoais à Igreja e à Corte, que morrera em 1653, e que escrevera em defesa da monarquia absoluta durante a Guerra Civil inglesa. Sublinhe-se que o seu manuscrito mais importante – *Patriarcha* – foi publicado pela primeira vez entre 1679-1680, quando LOCKE escrevia a obra *Two Treatises*. Por isso, LOCKE ataca logo nas primeiras páginas do *First Treatise* a defesa que FILMER faz da posição real e o argumento de que o rei goza de poder absoluto, proveniente exclusivamente de Deus. Em oposição a ROBERT FILMER, refuta todos os que confundiram a *sociedade política* com a *sociedade patriarcal, senhorial e dominial*, títulos insuscetíveis de constituir fonte de legitimação do poder político. Para LOCKE, o governo fundado no *consentimento do povo* é o único que possui *legitimidade* substantiva e, uma vez que a comunidade política reúne “criaturas racionais livres e iguais”, a *obrigação política* só pode resultar do consentimento individual, que corresponde a um ato de aceitação da autoridade pública compatível com a “liberdade racional”.

<sup>459</sup> *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, ed. Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 2003. Existe tradução portuguesa, JOHN LOCKE, *Dois Tratados do Governo Civil*, Edições 70, Lisboa, 2006. Para uma aproximação à filosofia política lockeana, fr. RICHARD ASHCRAFT,

tese de que ninguém teria o poder de dar as leis a uma sociedade “a não ser pelo próprio consentimento desta e por uma autorização por esta concedida”<sup>460</sup>, sendo, em última instância, o próprio povo quem ficaria permanentemente detentor do poder supremo no Estado – “a comunidade retém perpetuamente o poder supremo”<sup>461</sup>.

JOHN LOCKE repudiou, deste modo, o contrato social – irrevogável – que transferisse, de forma *ilimitada*, todos os poderes políticos para o Estado, defendendo, antes, uma esfera própria de direitos naturais do indivíduo (*property*) e a instituição de mecanismos de *fiscalização e sanção* contra os abusos de poder e o excesso de autoridade. Ao ideal lockeano correspondia um contrato social que, simultaneamente, aliasse a *conformação da ordem político-constitucional* e a *proteção dos direitos naturais do indivíduo* como um valor absoluto, tanto na esfera pública como na privada. O poder do Estado passou a conhecer *limites externos*, decorrentes quer do consenso social (*direito positivo*), quer dos direitos naturais individuais (*iura connata*).

Partindo do entendimento de que no *estado de natureza* (*state of nature*<sup>462</sup>) predominam o bem e o mal da condição humana, sustenta que todos os homens são *iguais* e encontram-se numa condição de perfeita *liberdade*, possuindo “direitos naturais individuais e originários”, antecedentes ou preexistentes à formação de qualquer governo: no plano substantivo, o *direito de preservar a vida, a liberdade e os bens*<sup>463</sup> contra ingerências dos

---

“Locke’s Political Philosophy”, *The Cambridge Companion to Locke*, ed. Vere Chappell, Cambridge University Press, 1994, pp. 226-251, e *Revolutionary Politics and Locke’s “Two Treatises of Government”*, Princeton University Press, 1986, pp. 17-38 e 286-337; LLOYD THOMAS, *Locke On Government*, Routledge London, 1995, pp. 11-118; e JOHN DUNN, *The Political Thought of John Locke: An Historical Account of the Argument of the ‘Two Treatises of Government’*, Cambridge University Press, 1982, pp. 77-86 e 120-186, e “Consent in the Political Theory of John Locke”, *Historical Journal*, vol. 10, n.º 2, 1967, pp. 153-182.

<sup>460</sup> *Two Treatises*, cit., II, §134.

<sup>461</sup> *Two Treatises*, II, §149.

<sup>462</sup> Um “estado de liberdade e de igualdade perfeitas”, designando um *estado de igual direito à nossa liberdade natural* e um *estado de igual jurisdição sobre nós próprios*, sob a ordem da lei fundamental da natureza. Por outro lado, LOCKE não deixa de afirmar que nada obsta a que se possa considerar o contrato originário como um *facto histórico*: por um lado, porque desses contratos originais geralmente não se tem notícia e, por outro, porque alguns Estados, como Roma e Veneza, de cuja origem se tem notícia, a origem contratual revela-se um dado plausível – II, §102.

<sup>463</sup> Sobre a conceção lockeana da propriedade, v. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Coimbra, 2008, pp. 319-480; e FREITAS DO AMARAL, “Nota sobre o conceito de propriedade em Locke”, *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Coimbra, 2002, pp. 795-799. Note-se que o direito de propriedade constitui para LOCKE um *direito natural*, já que não surge, da lei do Estado, nem de um livre acordo entre indivíduos no estado de natureza, mas antes de uma atividade material do indivíduo – o *trabalho*. Daqui resulta, como veremos, a tese que postula não poderem os *iura connata* ser violados pelo poder político, uma vez que, enquanto *manifestações de uma liberdade prévia e originária*, são anteriores à própria instituição da comunidade política, que se encontra vinculada à sua tutela e garantia.

outros homens; e, no plano garantístico, o *direito de julgar os outros e puni-los* pelas ofensas que deles recebiam, incluindo a pena de morte<sup>464</sup>.

No entanto, considera LOCKE que a vida no *estado de natureza*, sujeita apenas aos limites da lei natural, não se afigura *útil* ao homem, encontrando-se repleta de inconvenientes (a “impossibilidade de salvaguarda e garantia legal da propriedade privada” e a inexistência de um “juiz imparcial”, pois todo homem é *juiz e executor* da lei natural<sup>465</sup>), razão pela qual se torna indispensável a criação de um *civil government*: quer dizer, de uma *autoridade política*, dotada de *poder diretivo*, capaz de *criar* e de *aplicar leis gerais* obrigatórias, de *julgar*, com imparcialidade, *as infrações* cometidas, de *regular e garantir* o respeito pelos *direitos do homem* e, ainda, de *defender a República* contra os inimigos externos.

A fundação da *comunidade política* consiste num *contrato*<sup>466</sup>, em virtude do qual os homens mutuamente acordam unir-se num corpo político (*body politic*), autorizando o poder legislativo a criar leis em seu nome, segundo uma regra de maioria que, por esse efeito, passa a ser um ato da totalidade da sociedade. Mas sublinhe-se que, ao contrário de SUÁREZ e PUFENDORF, trata-se de uma concepção *monista* de contrato que integra dois níveis ou degraus (*two-stage process*) – oposta à dicotomia “pacto de associação e pacto de sujeição” –, apontando para que *os indivíduos* se associem, primeiramente, em comunidade política (*individual consent*, expresso por *unanimidade*), antes de acordarem, através da comunidade política e pela *maioria* dos associados que a integram, a constituição do Estado e a forma de regime político (*majority consent*). O primeiro momento traduz o *social compact* propriamente dito – na passagem do “estado da natureza” à “sociedade política” – ao passo que o segundo configura um “*trust*”, quer dizer, um ato que expressa a *confiança política* da *vontade maioritária da comunidade* no futuro governo, legitimando a sua ação (ou, fundamentando a perda da sua legitimidade)<sup>467</sup>.

<sup>464</sup> *Two Treatises*, cit., II, §6-8.

<sup>465</sup> *Two Treatises*, cit., II, §13 e §125.

<sup>466</sup> *Two Treatises*, cit., II, § 96.

<sup>467</sup> *Two Treatises*, cit., II, §132-133. LOCKE distingue claramente, de um lado, a *comunidade política* e, do outro, o *governo civil* e, uma vez que propõe apenas um *único pacto* – o de “união ou associação” – a relação entre governante e governados não assume natureza estritamente contratual, mas antes um *caráter fiduciário* (II, §149). Assim, o *civil government* não é propriamente produto de um contrato *stricto sensu*. A relação entre comunidade política e *civil government* é, na realidade, reconduzida ao “*trust*”, na medida em que a primeira (*trustee*) atribui ao segundo (*trustor*) a responsabilidade de exercer um função política de soberania, *concretamente* a autoridade de governar enquanto *poder fiduciário* para agir em nome do povo e da sua propriedade. Esta visão serviu, no dizer de J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., p. 143, o propósito de LOCKE, que deslocou, no quadro de uma *trusteeship*, o complexo de deveres políticos e a prestação de contas para o governante, atribuindo ao povo o poder de exigir periodicamente os resultados da governação – v. JOHN DUNN, “The concept of «trust» in the politics of John Locke”, *Philosophy in History*, ed. R. Rorty/J. B. Schneewind/Q. Skinner, Cambridge, CUP, 1984, pp. 279-301.

Regista-se, neste sentido, que, na concepção lockeana, a transferência dos direitos naturais é *parcialíssima*, em conformidade com a instituição de um poder estadual e eminentemente *limitado*, que se destina a possibilitar a convivência social. Ingressando no estado civil, os indivíduos renunciam a um único direito, o direito de fazer *justiça privada* por si mesmos, e conservam substancialmente todos os outros direitos que nascem perfeitos no estado de natureza. Esta conclusão representa a inversão da tese hobbesiana, segundo a qual o estado civil é antitético ao estado de natureza, consubstanciando antes uma posição *intermédia*: o estado civil não anula o estado natural, nem o dissolve em si mesmo. Ao invés de HOBBS, LOCKE sustenta que, entrando no estado civil, os indivíduos não renunciam aos direitos naturais, vendo, inclusive, reforçada e garantida a sua proteção do ponto de vista político. Com efeito, a instituição de um *civil government* não significou uma renúncia de todos os direitos dos homens em favor do poder político, pois aqueles mantêm certos *direitos inalienáveis* – a vida e a segurança pessoal, a propriedade privada, a liberdade de consciência e de religião, o direito de resistência à opressão.

O poder político do Estado assenta numa base de confiança (*trust*), para efeitos de representação política, e tem em vista apenas o bem público (*the peace, the safety and public good of the people*). Por isso, o Estado não pode invadir a vida privada dos indivíduos, seja familiar ou económica, devendo limitar a sua ação à vida pública e política – daqui resultando o dever de *não ingerência do Estado na vida privada* dos cidadãos (económica, familiar ou doméstica). No quadro de uma Constituição mista, sendo a soberania conferida à comunidade (*origem democrática*), o homem não renuncia aos seus direitos, mas delega ou cede provisoriamente, com fundamento no contrato e a título de *representação* (II, §133-134), o exercício do poder político. A estrutura orgânico-funcional do Estado reflete o objetivo de salvaguardar a propriedade e a segurança dos homens (*idem*, § 134 e 138), destacando-se o poder legislativo como *supreme power* (§134).

O poder legislativo, que obedece à lei natural, corresponde assim à “fusão de poderes que cada membro da sociedade conferiu à pessoa ou à assembleia que corresponde ao legislador” (§135), expressando a sua vontade através da regra da *maioria* parlamentar. Tornava-se, por isso, indispensável, em sentido oposto à monarquia absoluta, uma separação entre legislativo e executivo (§159), não devendo ser os mesmos homens que fazem a lei a aplicá-la. Além do poder (executivo) que diz respeito à aplicação das leis no interior do Estado, LOCKE formula o *poder federativo* como aquele que compreende o direito de fazer a paz e a guerra, de celebrar tratados e alianças e o de conduzir todas as espécies de negócios com pessoas e comunidades estrangeiras (§146). Comparativamente com o poder executivo, o *poder federativo* é “muito menos apto a ser dirigido por leis anteriormente estabelecidas” (§147), correspondendo a uma faculdade natural que cada homem possuía antes de entrar para o estado civil. Finalmente, para além de concentrar os poderes executivo e federativo, o monarca exerce, ainda, o *poder de prerrogativa*, entendido como “*the power of doing public good without a rule*”, o qual permitindo, em circunstâncias imprevistas e excecionais, uma atuação fora das prescrições legais ou mesmo contra elas, introduz derrogações e perturbações na centralidade do poder legislativo (§158). Reconhecendo à *prerrogativa* a suscetibilidade de habilitar atuações *contra legem* do executivo, LOCKE parece introduzir um *elemento debilitador da supremacia do legislativo*. Por aqui se obtém o necessário equilíbrio entre as forças político-sociais na “tradição constitucional britânica”. Mesmo o poder legislativo conhece *limites* (§142): *primo*, as leis não se podem converter em comandos arbitrários sobre a vida e a sorte do povo, não devendo ser estabelecidas e promulgadas em função dos casos particulares; *secundo*, as leis não são desenhadas para outro fim que não seja o bem do povo; *tertio*, o poder legislativo não deve lançar impostos sobre a propriedade, sem o consentimento do povo, seja individualmente ou através de representantes; *quarto*, quem exerce o poder legislativo não pode transferir para ninguém o poder de emanar leis (indelegabilidade do poder legislativo).

Finalmente, caso o governo não desempenhe as missões que lhe foram confiadas e traia a confiança do povo, perde a razão da sua existência (II, §210) e *cessa o dever de obediência* dos súbditos. Se o homem não pode entregar-se ao Estado sem condições, renunciando a todos os seus direitos, também o Estado não pode violar os direitos naturais do homem, já que aquele constitui um *artefacto humano* – assim, a ideologia *Whig* de LOCKE vai ao ponto de afirmar que, sempre que os representantes do Estado violarem a confiança política (*breach of trust*), é legítima a *resistência* e a *revolta* (*rebellion*) contra os mesmos (II, §232). Em última instância, o próprio povo ficaria permanentemente detentor do poder supremo no Estado – “a comunidade retém perpetuamente o poder supremo” (II, §149) –, pois, “sendo o poder legislativo meramente um poder fiduciário para a prossecução de determinados fins” (*ibidem*), o povo ficaria também “detentor de um poder supremo de remover ou alterar o legislativo, quando julgar que este agiu contra a confiança nele depositada”, exercendo, nestes termos, o “direito de apelar aos Céus” (II, §240-242). A dissolução do governo importa que

### 15.3.2.2. O contrato originário de IMMANUEL KANT e o princípio republicano da autodeterminação

As ideias de *obediência à lei racional* e de *autonomia do homem-legislador*, tão bem explicitadas por ROUSSEAU, foram aprofundadas por IMMANUEL KANT, no âmbito da filosofia da autonomia moral. Ainda inserido no contexto dos edificadores ideológicos do Liberalismo – entre os pressupostos do Iluminismo e a Revolução francesa –, KANT inaugura uma nova época na história do pensamento filosófico europeu, assente no entendimento de que o homem é um *fim em si mesmo (Selbstzweck)*<sup>468</sup> ou *sujeito de todos os fins*<sup>469</sup>, bem como na afirmação de que, na *autonomia da vontade* (e na *guter Wille*) enquanto expressão da liberdade humana, reside o *princípio supremo da moralidade*<sup>470</sup>. O filósofo de Königsberg desenvolve o teorema do contrato social, na ótica da determinação de um fundamento racional que conciliasse, de uma banda, a *autonomia individual* e a *heteronomia normativa*, e de outra banda, a *autodeterminação moral* e a *autodeterminação política*<sup>471</sup>. Nestes termos, KANT propõe uma *ideia regulativa* de contrato social, segundo uma conceção *universalista*, reconduzindo a essência do poder do Estado a uma *summa potestas* – expressão da *dignidade humana*, reconhecida a todos os consociados –, em que os diferentes poderes estaduais surgem como manifestações da *autodeterminação* de todos e cada um dos cidadãos.

O seu estado de natureza (*Naturzustand*) é genuinamente *naturalístico*, pois nele encontram-se homens dotados de *razão*, sujeitos a um direito natural (racional). Subjacente ao *modelo dicotómico* estado de natureza-estado civil, encontra-se a distinção entre *direito público* e *direito privado* e entre *justiça comutativa* e *distributiva*. KANT permanece

---

todos os poderes retornem à comunidade política na totalidade: os indivíduos ficam, então, livres para exercer o seu poder originário e restaurar a constituição tradicional ou estabelecer uma forma diferente de regime político. O *supreme power* encontra, assim, o seu derradeiro limite no “poder do povo”. Daí não poder ser entendido como absoluto e incondicionado, mas antes como um poder *específico* e eminentemente *limitado*, seja pelo direito natural, seja pelos direitos individuais oponíveis ao Estado.

<sup>468</sup> EMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Porto, 1995, p. 66.

<sup>469</sup> EMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 68.

<sup>470</sup> EMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 77. Recorde-se que para KANT a *liberdade* constituiu o único *direito originário*, anterior a qualquer ato jurídico, enquanto manifestação prévia da relevância jurídica das nossas ações.

<sup>471</sup> Sobre o binómio *legislação moral propriamente dita* e *legislação jurídica* ou *ação moral* (*liberdade interna*) e *ação política* (*liberdade externa*), cfr. EMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., pp. 31-43, em especial densificando o critério da *forma da obrigação*, a sublime máxima, que introduz a Primeira Secção, “neste mundo, e até também fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação, a não ser uma só coisa: uma *boa vontade*”. Desenvolvendo os conceitos kantianos de *legislação moral*, que prescreve deveres que se efetivam frente a nós mesmos, e *legislação jurídica*, cujo cumprimento somos responsáveis frente à coletividade, v. NORBERTO BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, São Paulo, 2000, pp. 91-100.

substancialmente um escritor liberal, na linha do pensamento que forma a concepção política do Iluminismo. Por conseguinte, o direito privado não deve desaparecer no direito público, na medida em que o estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar o seu exercício através da coação – ao contrário dos escritores contratualistas anteriores, para KANT *direito estatal e natural* encontram-se numa relação de *integração* (e não de antítese). Sucede, porém, que o estado de natureza, sendo provisório, deve *necessariamente cessar*. Isto porque “não constitui um estado jurídico, e nele ninguém está seguro do seu contra a prepotência dos outros” – configurando, portanto, um estado *injusto* (*Metaphysik der Sitten*, II, §44)<sup>472</sup>.

Consequentemente, “se não queremos renunciar a todo o conceito de direito, como proposição fundamental, o homem deve sair do estado de natureza, no qual cada um segue os caprichos da própria fantasia, unir-se a todos os outros [...], e submeter-se a uma coação externa publicamente legal”<sup>473</sup>. Com efeito, a transição do estado de natureza para o estado civil constitui um *dever jurídico*<sup>474</sup> para o homem (*postulado de direito público*<sup>475</sup>), que deve ser realizado na ótica da justiça distributiva – e não por motivos individualistas ou de utilidade (como em HOBBS e LOCKE). É a própria ideia de Direito que exige que os homens saiam do estado da natureza e fundem uma comunidade política, através de um contrato originário e, por conseguinte, o *contrato social* apresenta-se como um ato *devido e necessário*, porque só ele confere uma legitimação racional à autoridade pública<sup>476</sup>.

Tal contrato não se perfila como um fato histórico, mas antes enquanto *ideia da razão* ou *princípio regulativo* que orienta racionalmente a ação dos poderes públicos (*ursprünglicher Vertrag*). Assim, o conteúdo do pacto dirige-se, sob ponto de vista funcional, ao próprio legislador no procedimento legislativo (a *razão universal legisladora*), vinculando-o a elaborar as leis *como se estas derivassem da vontade comum de todos os*

---

<sup>472</sup> *Metaphysik der Sitten*, herausgegeben und erläutert V. Kirchmann, Leipzig, 1870, (*Rechtslehre*), II, §44.

<sup>473</sup> *Metaphysik der Sitten*, II, §44.

<sup>474</sup> Cfr. LÉON DUGUIT, *Jean-Jacques Rousseau, Kant & Hegel*, cit., p. 25; e HANNAH ARENDT, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, ed. Ronald Beiner, Chicago University Press, Chicago, 1982, pp. 10-22.

<sup>475</sup> *Metaphysik der Sitten*, cit. (*Rechtslehre*), I §42.

<sup>476</sup> *Metaphysik der Sitten*, cit. (*Rechtslehre*), II, §47. Entendendo a transição para o estado civil como decorrência do *imperativo categórico*, para o filósofo de Königsberg, o imperativo categórico determina aos homens o dever moral universal de criarem um Estado que a todos garanta o direito e a liberdade individual. Em KANT é a própria *razão pura prática*, como *universal legisladora* (*rein rechtlich gesetzgebende Vernunft*), que impõe a saída do *Naturzustand* – *Metaphysik der Sitten*, cit. (*Rechtslehre*), II, §52.

*cidadãos (allgemeiner Wille)* e em considerar cada um dos membros da comunidade, “como se ele tivesse dado o seu consenso para uma tal vontade racional”<sup>477</sup> (*als ob*).

A constituição republicana, ligada à *ideia* de contrato originário, funda-se no *princípio da liberdade* dos membros da comunidade (como *homens*), no *princípio da dependência* de todos em relação a uma *legislação única e comum* (como *súbditos*) e, finalmente, na *igualdade* de todos em face da *lei* (como *cidadãos*). O que significa, no quadro da *constituição republicana*, que a lei valerá como expressão de *autonomia* (como um dar-se cada um a si a sua *norma*), a sentença como *autodiceia* (como um proferir cada um o seu *verdictum*, o seu ato de *justiça*), e o ato administrativo como *autarquia* (como um administrar cada um a sua participação no governo da *respublica*)<sup>478</sup>.

De um prisma global, é inquestionável que o pensamento político republicano de KANT se emancipou de uma tradição contratualista secular, abandonando o plano fundacional do Estado e voltando-se para o *processo de decisão pública*. A partir da *razão prática* e do *dever-ser (sollen)*, chega-se à *ideia regulativa de contratualidade* como meta racional e princípio informador do Estado de Direito<sup>479</sup>. Tal significa que, mesmo não sendo *de facto* (histórico-geneticamente) fundado no consenso, o Estado *deve* estar fundamentado no *consenso intersubjetivo ou social* – o que equivale a uma *qualidade*, real ou presumida, que é atribuída às decisões públicas pelos destinatários por se achar em concordância com uma ordem de valores, de princípios e de normas aceite na respetiva comunidade jurídica *paradigma normativo*. Por conseguinte, o consenso determina o *ideal regulativo* que a função pública *deve* prosseguir e não um acontecimento *empírico* fundador<sup>480</sup>. A ideia de contrato originário surge, assim, *como base e fundamento racional do Direito Público*.

---

<sup>477</sup> *Metaphysik der Sitten*, cit. (*Rechtslehre*), II §41 e 49. Não obstante tal raciocínio conduzir à necessidade das leis serem aprovadas por unanimidade, KANT, tal como ROUSSEAU, admite como critério a *vontade expressa pela maioria* – sobre este tópico, com observações críticas, LÉON DUGUIT, *Jean-Jacques Rousseau, Kant & Hegel*, cit., pp. 30 e 31.

<sup>478</sup> *Metaphysik der Sitten*, cit. (*Rechtslehre*), II, §§48 e 49. Adotando esta terminologia, entre nós, cfr. A. BARBOSA DE MELO, “A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público”, cit., p. 15.

<sup>479</sup> *Metaphysik der Sitten*, cit. (*Rechtslehre*), II, §52.

<sup>480</sup> *Metaphysik der Sitten*, cit. (*Rechtslehre*), II, §49-A. Podemos afirmar que a conceção *histórico genética contratualista* possuía, em rigor, um significado político bem preciso, na medida em que certos autores jusnaturalistas, como LOCKE, extraíam da mencionada historicidade, de um lado, os critérios de *legitimidade e/ou ilegitimidade* de um governo e, do outro, o exercício do *direito de resistência* dos povos oprimidos. Do mesmo modo, também ROUSSEAU não resistiu a uma certa indagação histórica, explicitada até ao momento (fraturante) da Revolução Democrática, que preconizava a reforma do *estado civil corrompido*. Em sentido contrário, para KANT qualquer indagação histórica que visasse determinar a natureza contratual da sociedade política constituía uma *contradictio in adjecto*, já que não se pode extrair do *sein* o *sollen*, ou aferir de um qualquer critério de facto a demonstração axiomática da legitimidade de um Estado. Ao invés, o critério de legitimidade do poder estadual encontrar-se-á na *conformidade* do seu exercício com a *ideia regulativa do contrato originário* que informa e guia a atividade dos órgãos políticos estaduais.

O *contrato de associação política* (histórico-constitutivo) converte-se, assim, em *contrato público regulativo*. Isso quer dizer que o contrato não tem qualquer força revolucionária, pois é totalmente

No que tange à *obrigação política (Rechtsgrund)*, o poder de coação e a autonomia individual intersectam-se no ponto em que a autoridade e a liberdade se conjugam através da aceitação do coagido (*volenti non fit iniuria*).

## CAPÍTULO IV

### NEOCONTRATUALISMO E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO COMO REDE DE TEORIAS

#### 16. A contra-corrente do contratualismo individualista liberal: FILMER, MAISTRE, HUME, BURKE, HEGEL, PROUDHON e MARX

Na filosofia política que antecedeu e gerou o movimento constitucional, o modelo fundamental proposto pelas escolas jusracionalistas para pensar a sociedade a partir do indivíduo reconduzia-se à ideia de contrato ou pacto social na sua matriz demo-liberal, a partir da qual se pretendeu organizar um *novo poder político* – o Estado Constitucional post-revolucionário –, legitimado a prescrever regras sociais de conduta – *leis*, entendidas como *normas gerais, abstratas e formais* – e a garantir institucionalmente as liberdades e os direitos individuais perante o poder. No seio do constitucionalismo liberal setecentista e oitocentista, a dualidade de formulações subjacentes às correntes *liberal* e *democrática* conduziu a modelos políticos diferenciados, com tradução na letra e no espírito das Leis fundamentais: ora acentuando as liberdades e garantias individuais – como uma esfera própria dos indivíduos liberta da intervenção estadual, que limita a ação do Estado –, ora

---

independente do *facto histórico-genético* do acordo (*expresso, tácito ou hipotético*). Na sua pureza, o contrato é, assim, elevado do nível histórico para o *nível racional*, desprovido de qualquer eficácia prática como instrumento de luta política – *Metaphysik der Sitten*, cit. (*Rechtslehre*), II §49-A, e §52). Segundo KANT, “contra a suprema autoridade legisladora do Estado não há resistência legítima do povo [...], pois só a submissão à sua vontade universalmente legisladora possibilita um Estado jurídico” – *ob. cit.*, II §49-A.

No seu projeto de “Paz Perpétua” (*A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, Edições 70, Lisboa, 1995, p. 127), KANT reafirma que a Constituição de cada Estado deve ser *republicana*, segundo um modelo representativo, baseada na *paz* e no respeito pelos *direitos individuais dos cidadãos*, na *eleição livre e periódica dos governantes* e no *princípio político da separação de poderes* (inspirados os três poderes estaduais numa “tríade política imaginada segundo o modelo da trindade divina” – LÉON DUGUIT, *Jean-Jacques Rousseau, Kant & Hegel*, cit., p. 27), impedindo-se, sob pena de se cair no despotismo, que a execução das leis seja feita por quem as cria ou que o governo se torne legislador – *Metaphysik der Sitten*, cit. (*Rechtslehre*), II §49. No que concerne ao equilíbrio interno dos poderes políticos, sobressai a *irrepreensibilidade*, a *inapelabilidade* e a *irresistibilidade* dos poderes do Estado – *Metaphysik der Sitten*, cit. (*Rechtslehre*), II §48. Mas, registre-se, que esta conceção de separação de poderes revela a *supremacia do legislativo*, porque somente ele “representa a *vontade coletiva* do povo”, conduzindo *tendencialmente* a um modelo de poder executivo (*Vollziehendegewalt*) juridicamente subordinado e politicamente controlado pelo poder legislativo (*Herrschergewalt*) – *Metaphysik der Sitten*, cit. (*Rechtslehre*), II §49 e 49-A.



elevando a igualdade a critério único de todo o justo e entendendo a *lei* como expressão da participação de *todos* na formação da vontade geral.

No entanto, se na transição para o Estado de Direito Liberal, é inquestionável a influência exercida pelos *maître-penseurs* do contratualismo moderno, durante os últimos anos do século XVIII e a partir dos primeiros anos do século XIX, assistimos ao progressivo esgotamento das premissas das escolas jurídicas seiscentistas e setecentistas – *jusnaturalismo*, *jusracionalismo*, *individualismo* e *contratualismo*<sup>481</sup> – e dos seus respetivos mestres. Várias frentes doutrinárias desferiram fortes ataques ao contratualismo político, arrastando-o para uma longa travessia no deserto.

Durante os séculos XVII e XVIII, o patriarca ROBERT FILMER e o anti-liberal JOSEPH DE MAISTRE formaram a contra-corrente do pensamento contratualista – este último Autor, inclusivamente no período pós-revolucionário –, reagindo contra o modelo do contrato originário assente nos pressupostos de liberdade e igualdade naturais entre os homens. De resto, o pensamento contra-revolucionário de MAISTRE não significou um mero afastamento do teorema do contrato social, mas, de um prisma global, um combate ideológico e jurídico à Revolução Francesa e uma reação crítica ao liberalismo e às suas instituições constitucionais<sup>482</sup>.

Ainda no século XVIII são conhecidas as críticas de BURKE e de HUME, manifesto opositor de ROUSSEAU, para EDMUND BURKE, ainda inserido no combate ideológico à Revolução Francesa, o *homo novo modernus* que emergira da Revolução não passava, afinal, de uma mera categoria vazia e abstrata, desprovida de identidade própria e à margem da experiência histórica. O projeto de construção do Estado a partir de um postulado zero inicial – em conflito com a história e os factos – revelava-se insuscetível de abarcar a multiplicidade de fins sociais e de compreender a *praxis* da experiência da vida em concreto. Opondo a conceção revolucionária francesa de rotura, abolição e criação de uma nova ordem político-constitucional à conceção britânica de adaptação político-social com base na história e na tradição, conclui BURKE que apenas neste último sistema constitucional as instituições políticas são dotadas de *estabilidade* e de *autenticidade*, circunstância que possibilitou aos britânicos adquirir um vasto conjunto de direitos ao longo da história. Daí a legitimidade do poder político não se fundar diretamente num “contrato que rompe com a história”, mas na *tradição*, quer dizer, na ordenação sucessiva das leis do

---

<sup>481</sup> Exceção no tratamento da doutrina do contrato social terá sido mesmo JOHANN G. FICHTE, um dos criadores do movimento filosófico conhecido como *idealismo alemão*, que se desenvolveu a partir dos escritos KANT, com a particularidade de associar o contrato à existência de um direito inalienável que cada homem possui para rescindir (“*aufheben*”) os pactos políticos que celebrou e, deste modo, alterar a constituição do Estado. Por aqui se confere também ao contrato social o sentido (dinâmico) de um projeto constitucional válido do presente para o futuro, que admite refundação e projeção de uma nova ordem constitucional. FICHTE, *Beitrag zur Berichtigung der Urteile des Publikums über die französische Revolution* (1793), Sämtliche Werke, Berlin, 1845, VI (pp. 81, 103, 115 e 159) e III (pp. 178, 196-197 e 204), vê no processo político-constitucional a existência de três contratos: um “*Eigentumsvertrag*” (contrato de propriedade), um “*Schutzvertrag*” (contrato protetivo) e um “*Vereinigungsvertrag*” (contrato de união).

<sup>482</sup> Sobre este ponto, cfr. CARLOS DE CABO MARTÍN, *Contra el consenso: estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, UNAM, 1997, pp. 37-55 e 109-113; e DAVID BOUCHER/PAUL KELLY, “The Social Contract and Its Critics: an overview”, cit., pp. 15-19.

reino e nas regras provenientes do direito consuetudinário. Curiosamente BURKE não deixa de reconhecer que o teorema do pacto se encontra presente na tradição constitucional britânica, intervindo no plano das relações entre *representantes* e *representados* e impondo um dever ao legislador de elaborar as leis tendo em vista a maior vantagem de todos. Esse dever resulta de um contrato histórico, que assume a natureza de verdadeiro fideicomisso da geração presente em relação às gerações passadas e futuras: “um contrato estabelecido não só entre os vivos, mas entre os vivos e os mortos e os que hão de nascer”<sup>483</sup>.

Igualmente no século XVIII, DAVID HUME assumiu-se como um dos mais contundentes críticos do contratualismo clássico<sup>484</sup>. Apesar de aceitar o princípio de que todo o governo legítimo resulta do consentimento dos indivíduos (*original contract*), o utilitarista escocês recusa explicar as instituições políticas como produto de um contrato de governo, que diz ser “superficial” e uma “confusão desnecessária”. *Primo*, o consentimento como base de um governo legítimo “não tem correspondência com os factos”, uma vez que praticamente todos os governos existentes “foram fundados na usurpação ou na conquista”, incluindo, ainda, casamentos e sucessões dinásticas – destarte, o consentimento raramente teve lugar e nunca se tornou princípio constitutivo geral. *Secundo*, aludindo, em particular, ao problema da renovação do pacto no tempo e à questão da vinculação das gerações futuras, HUME não aceita ver a obediência civil face às imposições da autoridade pública segundo um esquema contratualista, observando *concretamente* a falta de correspondência entre o contrato originário e a vinculação política atual. Na hipótese de o consentimento original ser “muito antigo para ser do conhecimento da geração atual”, não pode atualmente tornar-se obrigatório, pois os “pais não podem amarrar os seus descendentes às gerações remotas”. *Tertio*, segundo HUME, a *obrigação política* não pode ser motivada por “promessas convencionais” ou pelo “consenso tácito”, mas pela “relevância dos interesses globais da sociedade”, o que implica o reconhecimento de que a subsistência de um governo não deriva de um contrato social, mas do conceito de “*utilidade pública*”. Esta tradição utilitária (HUTCHESON, BENTHAM, SIDGWICK e EDGEWORTH) recusa, portanto, ver no consenso a base de toda a autoridade política e apela aos conceitos de interesse geral primário e de bem comum como elementos determinantes da comunidade política. O ensaio de HUME (e o posterior de BENTHAM) foi, historicamente, muito influente no sentido de enfraquecer a visão do contrato social, ao ponto de não haver, em Inglaterra, sucessores de relevo à doutrina de LOCKE.

Outra frente doutrinal que desferiu um forte ataque ao contratualismo político-liberal abrange as correntes hegelianas e aos múltiplos historicismos delas derivados, que exerceram uma influência determinante no pensamento jurídico ocidental do século XIX. Em *Grundlinien der Philosophie des Rechts* de FRIEDRICH HEGEL encontramos a estruturação de uma filosofia política alternativa ao contratualismo e aos esquemas clássicos do individualismo, que alude, designadamente à: impossibilidade de compreender e cumprir o direito segundo os quadrantes jusnaturalistas e jusracionalistas dos séculos XVII e XVIII, *fora de toda e qualquer relação de dependência social e em conflito com a História universal* (em si, já saturada de abstração); *incongruência lógica do método epistemológico*

---

<sup>483</sup> v. *Reflections on the Revolution in France*, ed., Conor O'Brien, London and New York, Penguin Classics, pp. 194-195. *As leis devem, por isso, orientar-se pelo consenso racional historicamente estabilizado no Estado.*

<sup>484</sup> *Essays and Treatises on Several Subjects: Essays, moral, political and literary*, Vol. II, London, 1793, Essay XII (“Of the Original Contract”), pp. 442-464.

*jusracionalista dicotômico* (estado de natureza-estado civil), de cariz abstrato, desligado da realidade concreta e construído às avessas, na medida em que paradoxalmente o direito público surge legitimado e gerado pelo direito privado; necessidade de pensar a ordem política e o Estado segundo um método *dialético* (*tese, antítese e síntese*), que respeita à ontologia do devir do espírito e do mundo; e à afirmação de que o Estado não representa um meio de satisfação dos interesses individuais, mas o *referencial da existência e da essência do homem*<sup>485</sup>.

Por isso, na dialética hegeliana, o contrato social racionalista corresponderia, no limite, somente a *um dos momentos transitórios de evolução dialética da Ideia*, sendo, nessa medida, o teorema do pacto insuscetível de abarcar a realidade global do Estado e exprimir o trajeto último da História universal. O contrato representaria, segundo HEGEL, somente um fragmento da História ou um momento no desenvolvimento do espírito objetivo, que não corresponde à realização do ideal derradeiro e definitivo de Estado, nem traduz uma evolução que começa no estado de natureza e termina no estado civil. O Estado não constitui, por conseguinte, uma associação voluntária de indivíduos, guiados pela razão e pelo interesse, mas uma “unidade orgânica”, cuja formação histórico-concreta se encontra no “espírito do povo” (*Volksgeist*) e onde a individualidade se funde na generalidade e o particular no universal. O indivíduo encontra-se, assim, subordinado ao Estado e nele alcança a plena realização da sua liberdade: à visão individualista de Estado Liberal, HEGEL contrapõe uma concepção *transpersonalista dos fins do Estado* e sublinha que as categorias fundamentais do direito privado (propriedade e contrato) não serviriam para fornecer uma justificação convincente da majestade do Estado e da organização da totalidade<sup>486</sup>.

Assistiu-se, deste modo, a partir do século XIX, não apenas a uma forte reação crítica – vinda de vários quadrantes – ao próprio “sistema de ideias”, assente num método jusracionalista fictício, abstrato e esgotado em matéria de Estado e de direito, mas também ao “declínio da doutrina do contrato social na ação política”<sup>487</sup>. Contudo, analisando a literatura deste período, verifica-se que nem sempre as correntes anti-contratualistas debatiam os argumentos dos tratados políticos modernos, uniformizando nas suas exposições uma crítica às injustiças sociais do liberalismo e à falência do seu modelo económico, assente num Estado mínimo e não interventor. Para além disso, algumas das vozes mais críticas não deixam, paradoxalmente, de estruturar as suas próprias doutrinas no princípio contratualista (este é, pelo menos, o caso de BURKE e de PROUDHON).

<sup>485</sup> *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, §§ 1-2 e 257-260.

<sup>486</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a exposição crítica ao contrato social, v. os escritos de Jena de FRIEDRICH HEGEL, *System of Ethical Life and First Philosophy of Spirit*, ed. H. S. Harris and T. M. Knox, State University of New York Press, 1979.

<sup>487</sup> BRUCE HADDOCK, “Hegel’s critique of the theory of social contract”, p. 157, e LAWRENCE WILDE, “Marx against the social contract”, *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, cit., p. 164. A incongruência metodológica radicada na tentativa de dedução de sistemas de direito a partir de axiomas últimos da razão humana conduziu, em último termo, à negação do condicionamento histórico do direito. Aqueles sistemas eternos e abstratos centravam-se num *direito ideal* e não dependiam da evolução da realidade social, nem das condições histórico-concretas em que emergiam os problemas jurídicos.

No domínio do socialismo marxista, KARL MARX, FRIEDRICH ENGELS e, mais tarde, LENINE dirigiram fortes críticas ao modelo político contratualista-liberal e à sociedade individualista tipicamente burguesa. Para todos eles, o contratualismo-individualista degenerou no voluntarismo radical, fazendo depender todo o sistema público e a construção dos direitos e das liberdades das vontades dos associados. No contexto da separação entre Sociedade e Estado, a esfera pública serviu uma função política precisa, isto é, a defesa pública do caráter privado da sociedade, baseada num sistema económico capitalista. Na interpretação dialética-materialista de MARX, o contratualismo individualista liberal conduziu à rotura do equilíbrio social e à exploração do homem pelo homem, encobrindo o liberalismo e a Revolução, de um lado, a concretização dos “interesses económicos da classe dominante” – a burguesia – à custa do trabalho alheio dos oprimidos, e do outro, a implementação de um sistema moral e eticamente vazio, que produziu fortes desequilíbrios sociais<sup>488</sup>. Na aceção desta nova filosofia da história, nenhum Estado – e menos ainda o Estado da sociedade capitalista – suprimira o estado de natureza, sendo, pelo contrário, conservado e potenciado, como mero instrumento de conveniência, por meio do qual a classe economicamente dominante mantém o seu próprio domínio. Segundo este grupo de críticas ideológicas, o contrato social representava a *ideologia burguesa*, que se tornara imune a conceções ético-sociais e alheia a imperativos de justiça social, criando um modelo económico e social capitalista – assente na propriedade privada, na acumulação de riqueza e na multiplicação do capital privado –, que deveria ser substituído pelo comunismo revolucionário e por um programa coletivista reformador<sup>489</sup>.

No âmbito do socialismo não marxista, assume especial relevância a exposição do francês PIERRE-JOSEPH PROUDHON, que manifesta a sua expressa oposição ao *contrat social* de ROUSSEAU e aos mecanismos jurídico-políticos do poder soberano do Estado, que, a pretexto de representar a *vontade de todos*, se poderia revelar mais despótico do que qualquer outro – “o governo do homem pelo homem, qualquer que seja o nome que se atribui, é opressão”<sup>490</sup>. Para o quadrante anarquista, a instituição de um autoridade política central, dotada de poder coercivo, acaba sempre por desembocar na “exploração do fraco pelo forte”, gerando relações de domínio entre governantes e governados, privilégios e prerrogativas adquiridas de forma ilegítima. Em alternativa à sociedade política estadual e ao Estado de Direito Liberal – que deve ser superado –, propõe PROUDHON, como *ideal*, um sistema político-social sem governo, em que regulação pública unilateral e vertical (*top-down*) é substituída por uma regulação de baixo para cima (*bottom-up*) e no qual a coordenação das ações individuais se encontra subordinada às regras de um *pacto social*, que se renova no tempo, concluído apenas entre os cidadãos. Nas palavras de PROUDHON, “*il est clair qu'alors c'est ma volonté seule qui est ma loi; c'est moi même qui, en remplissant mon obligation, suis mon gouvernement*”<sup>491</sup>.

Assim, o *Contrat rousseauiano* supunha a alienação da liberdade dos cidadãos em favor do Estado, “em termos próximos da corrente jacobinista” que corrompeu a ação política e “conduziu ao caos

---

<sup>488</sup> Cfr. KARL MARX/FRIEDRICH ENGELS, *Manifest der Kommunistischen Partei*, Reclam Philipp Jun., Ditzingen, 1986, I; e KARL MARX, *Das Kapital*, Vol. I, Hamburg, 1890, Teil VIII.

<sup>489</sup> KARL MARX, *Das Kapital*, I, cit., Teil VIII, 32; e *Manifest der Kommunistischen Partei*, cit., IV.

<sup>490</sup> Cfr. “Qu'est-ce que la propriété?”, *Ouvres complètes de P.-J. Proudhon*, Tome I, Paris, 1867, p. 224.

<sup>491</sup> *Idee générale de la révolution au XIXème siècle: choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, Paris, 1851, p. 235.

social”<sup>492</sup>. Pelo contrário, o contrato social de PROUDHON é um “contrato que preserva a liberdade”, que exprime na plenitude os princípios da autonomia individual e da reciprocidade, sendo celebrado “apenas entre os cidadãos”, agrupados em comunidades naturais de convivência, tendo o efeito prático de tornar inútil a subsistência do Estado. Por conseguinte, o *contrat social* não pressupõe a formação de uma nova pessoa jurídica – l’État –, mas a sua dissolução e desaparecimento. Pergunta PROUDHON: “*en effet, qu'est-ce que le Contrat social? L'accord du citoyen avec le gouvernement? Non: ce serait tourner dans la même idée [Rousseau]. Le contrat social est l'accord de l'homme avec l'homme, accord duquel doit résulter ce que nous appelons la société. Ici, la notion de justice commutative, posée par le fait primitif de l'échange [...], est substituée à celle de justice distributive, congédiée sans appel par la critique républicaine. Traduisez ces mots, contrat, justice commutative, qui sont de langue juridique, dans la langue des affaires, vous avez le commerce, c'est-à-dire, dans la signification la plus élevée, l'acte par lequel l'homme et l'homme, se déclarant essentiellement producteurs, abdiquent l'un à l'égard de l'autre toute prétention au Gouvernement*”<sup>493</sup>.

Na ausência da ideia de Estado de direito representativo, PROUDHON propõe um *contrato federativo*: “a federação, do latim, *foedus*, genitivo de *foederis*, quer dizer, pacto, contrato, tratado, convenção, aliança, etc., é uma convenção pela qual vários chefes de família, uma ou várias comunas, um ou vários grupos de comunas se comprometem reciprocamente e igualmente uns perante os outros, acerca de um ou vários assuntos particulares”<sup>494</sup>. Como sublinham MARCEL PRÉLOT/GEORGES LESCUYER, “os contratantes, ao assinarem o pacto, reservam para si mais direitos pessoais e reais do que aqueles que cedem. O regime político de PROUDHON recusa a abdicação ou a alienação, à qual conduz, na sua opinião, o regime representativo clássico. Ele afirma a impossibilidade de delegar o que há-de mais íntimo e essencial no ser humano, o direito a exprimir-se: «quero contratar individualmente e diretamente, por mim próprio» [...] os deputados são mandatários no sentido do direito privado [...], não representantes da Nação abstrata”<sup>495</sup>.

Noutras hipóteses, o afastamento dos postulados contratualistas fundava-se na adoção de modelos “orgânicos do Estado”, escondendo “visões políticas totalitárias e anti-liberais” e “opressoras dos direitos fundamentais”, baseadas em princípios totalmente alheios à natureza humana<sup>496</sup>. Pese embora a influência que muitas das mencionadas abordagens exerceram no pensamento jurídico e político, não demoraria muito para assistirmos, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, ao renascimento do teorema do contrato social, que, dirigido por uma mão invisível de “*eterno retorno*”, surgiu,

<sup>492</sup> *Idee générale de la révolution au XIXème siècle: choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, cit., pp. 130-132 e 134.

<sup>493</sup> *Idee générale de la révolution au XIXème siècle: choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, cit., p. 123.

<sup>494</sup> *Du principe fédératif*, t. VIII, *Oeuvres complètes de P.J. Proudhon*, Paris, Lacroix, 1868, p. 47. Confrontando as propostas de contrato social de PROUDHON e de ROUSSEAU, v. LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., pp. 47-49.

<sup>495</sup> *História das Ideias Políticas*, Vol. II, cit., p. 235.

<sup>496</sup> Cfr. J. W. GOUGH, *The Social Contract*, cit., p. 148.

nesse momento, amplamente renovado, corrigido e liberto de erros, lugares comuns e enquadramentos histórico-genéticos, que não mais seriam reeditados.

### 17. A persistência da doutrina contratualista na teoria do direito público e a sua renovação filosófico-jurídica na segunda metade do século XX

Com o termo da II Guerra Mundial, a *teoria democrática* foi submetida a novas abordagens, surgindo novas tentativas de fundamentação consensualista da ordem jurídica pública sob formas de racionalidade mais sofisticadas e em concordância com a evolução dos conhecimentos científicos operada com a transição para a “*sociedade técnica*”<sup>497</sup>. A

---

<sup>497</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 2008, p. 153. A *teoria da democracia* passou a ser submetida a abordagens *empíricas* (através da análise de comportamentos e realidades objetivas do processo democrático), *pluralistas* (interação de grupos na formação da vontade democrática), *normativas* (*i. e.*, voltadas para o que *devem* ser as regras do jogo político) e *processuais* (enquanto método apto a exprimir a vontade do povo). Neste sentido, cremos ter sido J. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, 2013 (1943), pp. 250-256 e 269-283, quem, no século transato, melhor relacionou democracia em sentido clássico (contratualista) e democracia em sentido moderno (processual), observando que “a filosofia da democracia no século XVIII pode ser entendida nos seguintes termos: o método democrático é o «arranjo» institucional para elaborar decisões políticas que refletem o bem comum, fazendo o povo decidir sobre problemas através da eleição de indivíduos que se reúnem para exprimirem a vontade do povo”. A “conceção democrática clássica” representava, portanto, um *método* para exprimir a vontade do povo (“*the will of the people*”) e um *ideal* de que as decisões políticas, baseadas no querer do “povo”, reflitam o bem comum (“*common good*”). Diferentemente, para a “versão moderna da democracia”, o elemento propulsor do processo democrático reside na competição entre indivíduos (em regra, enquadrados em partidos políticos) pelo liderança política (“*competition for political leadership*”), através da conquista do voto. Não existe aqui, segundo o economista austríaco, uma tentativa falaciosa de “fazer coincidir racionalmente vontade do povo e bem comum” (*idem*, pp. 251-252). Pelo contrário, uma visão *realista* (e não romanceada) do processo político conduz à consideração da democracia como “um processo pelo qual certos indivíduos adquirem poder de decidir em nome de outrem através de um processo de competição pelo voto” (*idem*, p. 260). A competição eleitoral, oferecendo mais alternativas, permite tornar mais eficiente o processo democrático, assim como a existência de mais empresas em concorrência aumenta a eficiência e a geração de riqueza numa economia (*idem*, p. 273). Os trabalhos de J. SCHUMPETER, da democracia como “método de obter o apoio do povo pela concorrência”, não são apenas importantes sob ponto de vista da análise económica da democracia: eles, na verdade, abriram caminho às investigações que irão adquirir proeminência no último quartel do século XX (*Rational Choice, Public Choice, Social Choice, Constitutional Political Economy*), mais especificamente, as abordagens epistemológicas (*v.g.*, ANTHONY DOWNS, KENNETH ARROW, WILLIAM RIKER, ANNE KRUEGER) e programas de investigação (JAMES BUCHANAN, GORDON TULLOCK, WILLIAM NISKANEN) que aplicam métodos da ciência económica a objetos que tradicionalmente têm sido considerados no âmbito da ciência política e do direito constitucional: grupos de interesse, partidos políticos, processo eleitoral, funcionamento da burocracia e nova gestão pública, escolha parlamentar, regras e procedimentos associados ao sistema político, etc.. Cfr., também, neste domínio os comentários reformadores de A. BERGSON, “A reformulation of certain aspects of welfare economics”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 52, n.º 2, Feb. 1938, pp. 310-344.

Mas a utilização do modelo do *homo economicus* para analisar a conduta humana no âmbito de matérias de natureza política não representou a única “revolução copernicana” no quadrante da teoria democrática. As teses sufragadas, na primeira metade do século XX, pelo filósofo e pedagogo JOHN DEWEY acerca da democracia como “método de discussão pública”, através da qual se torna possível submeter as nossas proposições ao juízo crítico dos demais, para diálogo, discussão e aprovação final, seriam, mais tarde, desenvolvidas pelo pragmatismo filosófico norte-americano e, em grande medida, pelas teorias políticas democráticas deliberativas (seja em sentido próprio, como BRUCE ACKERMAN, AMY GUTMANN, JOSHUA

filosofia política renasceu, sobretudo no último quartel do século passado, depois de um sono provocado, entre outros fatores, pela hegemonia cultural da epistemologia positivista no domínio das ciências em geral e, em particular, na ciência do direito. Exatamente porque a teoria do contrato social se apoia sobre argumentos racionais que se situam no cerne do pensamento democrático, o seu eclipse não poderia ser total. A tentativa de reconstrução da ordem jurídica pública em torno da ideia *antropológica e democrática* do contrato social adquiriu uma nova expressão sobretudo no quadro do pensamento jurídico norte-americano.

Em rigor, tal tentativa visava, desde logo, captar, ao nível mais alto da especulação teórica, o compromisso entre interesses pré-definidos inerente à aprovação de uma Constituição democrática, discutir os princípios e critérios jurídicos fundamentais que norteiam a cooperação económica e social (“justiça”, “moral”, “eficiência”, “responsabilidade”, “participação”, “escolha pública”, etc.) e determinar o sistema de agregação de interesses ou preferências em decisões coletivas sob a égide de uma constituição<sup>498</sup>. O *revival* do contratualismo como “*standard* normativo de aferição institucional”<sup>499</sup> implicava, nessa medida, considerar as normas de convivência social e as instituições políticas como possível objeto de um *acordo hipotético* (não histórico-factual) e sujeitá-las a esquemas – iterativos e distributivos – de adesão pelos seus destinatários. Para tanto, desenvolvem-se abordagens *processuais* e *normativas*, que versam sobre o que *devem* ser as regras do jogo político e o modo de obtenção de decisões democráticas, concebendo-se cenários hipotéticos em que os parceiros sociais definem, por contrato, princípios de cooperação social, por forma a se poder ajuizar da sua conformidade com valores suprapositivos (*justice, morals by agreement, principles reasonably rejectable*).

---

COHEN, seja em articulação com teorias da justiça, como JOHN RAWLS, ou teorias do discurso e da razão comunicativa, como JÜRGEN HABERMAS). Encontrando-se nos antípodas do *elitismo competitivo* de SCHUMPETER, DEWEY procurou demonstrar a importância das discussões livres, racionais e informadas que precedem os atos eleitorais, rejeitando a regra da maioria ou a concorrência entre candidatos como essenciais à ideia democrática. O *método distintivo* da democracia face a outras formas de exercício do poder reside na *participação* ativa e inclusiva dos cidadãos em fóruns deliberativos e discussões alargadas entre representantes e representados, na troca racional de argumentos em público, que permite obter a clarificação dos termos em debate, evitando a conflitualidade permanente, a radicalização e o estribar de posições no seio da comunidade política: “*the method of democracy – inasfar as it is that of organized intelligence – is to bring these conflicts out into the open where their special claims can be discussed and judged in the light of more inclusive interests than are represented by either of them separately*” – *The Collected Works of John Dewey*, ed. Jo Ann Boydston, The Later Works of John Dewey, 1925-1953, Vol. 11, *Liberalism and Social Action* (1935), SIU Press, 2008, p. 56). Para uma visão panorâmica sobre a evolução da teoria da democracia e da sua ligação à ideia moderna de contrato social, cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. II, *Teoria della democrazia*, cit., pp. 5-157.

<sup>498</sup> Cfr. VALLESPÍN OÑA, *Nuevas teorías del contrato social: Rawls, Nozick y Buchanan*, Alianza Editorial, 1996, pp. 135-172.

<sup>499</sup> Cfr. A. BESUSSI, “Neocontratualismo e teorie della giustizia”, *Filosofia Politica Contemporanea*, Milano, 2012, p. 122.

Por aqui se estabelece um “nexo entre o *ideal* do acordo social e o *ideal* de uma ordem política *justa*”, de tal forma que “regras e instituições *justificam-se* e são consideradas justas, quando puderem ser objeto de um acordo racionalmente subscrito por todos os indivíduos”<sup>500</sup>. O conceito de “escolha” ou “decisão racional” (*rational choice*) é um conceito chave em quase todas as abordagens neocontratualistas. O indivíduo ordena um certo número de *alternativas* e escolhe uma dessas alternativas, de acordo com determinados *critérios*. Logo, essa operação de “economia comportamental” é tomada em sentido *heurístico-racional*, já que respeita aos princípios que determinam as escolhas individuais segundo uma ordem de preferências<sup>501</sup>.

Por outro lado, a tentativa de referir o direito a valores suprapositivos, que são produto de um contrato entre indivíduos racionais, envolve, segundo as diferentes versões consensualistas, o recurso a certas condições prévias (*contractual devices*): *posição original* e *véu de ignorância* (RAWLS), *escolha parlamentar* (BUCHANAN), *situações ideais de diálogo livre e participativo* (HABERMAS), *argumentos independentes e espetadores imparciais* (DWORKIN), *princípios éticos razoáveis* (SCANLON), *regras do auditório universal* (PERELMAN), etc.. A diversidade de olhares sobre os aspetos jurídicos do político traduz a acentuada heterogeneidade do contratualismo político deste período, que envolve conceções neo-liberais e libertárias de Estado-mínimo, visões republicanas e corporatistas da democracia, doutrinas que apelam a fatores de ordem económica, administrativa e financeira, ao lado de outras que procuram conciliar elementos liberais e republicanos numa visão deliberativa da democracia.

Um amplo debate se desenrolou na ciência política norte-americana entre a esquerda democrática e a direita liberal, opondo-se um modelo de contrato social em que indivíduos exigem do Estado *proteção* adequada dos seus direitos básicos e *mínima intervenção* na esfera económica e social a um outro, que incluía nas suas cláusulas *princípios de justiça distributiva* e critérios materiais de justiça social<sup>502</sup>. Alarga-se o âmbito

---

<sup>500</sup> Cfr. A. BESUSSI, “Neocontratualismo e teorie della giustizia”, *Filosofia Politica Contemporanea*, cit., p. 121, referindo-se à conceção de RAWLS como aquela que, no quadro do direito constitucional, obteve maior impacto entre a doutrina na segunda metade do século XX. LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, Vol. II, Teoria della democrazia*, cit., p. 160, sublinha a importância da perspectiva contratualista demo-liberal como operador hermenêutico e auxiliar interpretativo no capítulo dos direitos fundamentais.

<sup>501</sup> Sobre a heurística e a economia comportamental, cfr. o estudo clássico de AMOS TVERSKY/DANIEL KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, New Series, Vol. 185, n.º 4157, (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131; CASS R. SUNSTEIN/RICHARD H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, 2008, pp. 24-26; e ITZHAK GILBOA, *Rational Choice*, MIT Press, 2010.

<sup>502</sup> Neste último cenário, se as determinantes da ordem jurídica pública democrática residem na vontade, real ou presumida, dos membros da comunidade política, impõe-se, *hic et nunc*, saber quais os



de aplicação do teorema do contrato às ciências económicas e financeiras, assumindo-se um diálogo interdisciplinar, relativamente às questões da regulação dos mercados, do equilíbrio orçamental, da burocracia administrativa, da redistribuição de rendimento, da escolha pública, etc. Além disso, certas perspetivas (v.g., liberal, deliberativa, discursiva), enquanto teorias normativas da democracia, articulam-se com a matriz processual da constituição política e com as regras democráticas no Estado de Direito Constitucional. A acrescer, por último, e em harmonia com as exigências de sentido que atravessam transpositivamente o nosso horizonte reflexivo, a ampliação do diálogo social ao projeto de construção da ordem jurídica pública internacional.

Eis aí, em linhas gerais, os temas fundamentais do “neocontratualismo”<sup>503</sup> democrático, económico e social da segunda metade do século XX. A partir da década de 70 do século passado, a doutrina do consenso, pacto ou contrato social *renovou-se* e penetrou em vários domínios do direito público, operando como quadro de referência e esquema de pré-compreensão da ordem jurídica. Isto não apenas, *a montante*, designadamente utilizando formas de *consenso alargado* para a definição das regras constitucionais que servem de referência ao interesse público primário, de regras eleitorais ou das regras sobre o jogo político parlamentar, mas também *a jusante*, quer dizer, na *ação pública*, mais especificamente nos procedimentos de tomada de decisão pública (debate racional e acordo na tomada da “deliberação pública”).

A persistência do movimento contratualista na teoria do direito público contemporâneo surge especialmente visível no *mainstream* da ciência política e constitucional norte-americana da segunda metade do século XX (cujo impacto se prolonga na “viragem do século”<sup>504</sup>), designadamente nas obras de JOHN RAWLS, ROBERT NOZICK,

---

*princípios gerais de justiça* que servem de parâmetro à *convenção constituinte* e que modelam a intervenção do Estado na vida económica e social. O que, dialogicamente, envolve um juízo pelos parceiros sociais acerca das restrições jurídico-públicas ao comportamento individual, racionalmente legitimadas numa base consensual, enquanto parte integrante de uma *teoria moral*. O modelo *mecanicista* jusracionalista (baseado na relação causa-efeito) é, assim, substituído por um *approach* de tipo *normativo*, relevando o plano da *justificação* de regras e instituições políticas em face de *standards* normativos.

<sup>503</sup> Tomado em sentido amplo, incluindo também as “teses deliberativas neoconsensualistas”, que apelam às ideias de consenso social, de (*consensus populi*) e à *teoria consensual da verdade*. Segundo A. GREPPI, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, 2006, pp. 100-101, tanto HABERMAS, como RAWLS inscrevem-se na corrente contratualista, almejando o *ideal de um acordo* como escopo da comunicação entre sujeitos livres e iguais e fundamento da associação política. Mas, enquanto RAWLS insiste mais na prioridade da justiça sobre as concepções privadas de bem, HABERMAS orienta-se mais por uma via essencialmente discursiva e procedimental (não substantiva) de democracia, em que o debate sobre diferentes posições visa a obtenção de um acordo suscetível de ser compartilhado por todos.

<sup>504</sup> Isto, naturalmente, sem ignorar o rol de críticas ao *approach* contratualista e neocontratualista: uma das mais sugestivas provém da *crítica feminista*, que alude à reconceptualização do direito público em termos não estruturalmente patriarcais e adverte para a circunstância do princípio da maioria constituir apenas um critério de formação da vontade da comunidade política, que encontra o seu limite nos direitos

JAMES BUCHANAN, DAVID GAUTHIER, T. M. SCANLON, JOHN HARSANYI, BRIAN BARRY, JOHN MACKIE, GREGORY KAVKA, JEAN HAMPTON, THOMAS POGGE, CHARLES BEITZ, MARTHA NUSSBAUM e SAMUEL FREEMAN, que retomam, com argumentos modernos, a conceção de uma ordem política, fundada num *acordo hipotético* entre indivíduos livres e iguais, do qual se podem extrair os princípios jurídicos fundamentais de um Estado de direito democrático justo, cuja aplicação configura um processo ascendente a *dois níveis*, conformando a estrutura básica da ordem constitucional doméstica e estabelecendo a “Lei dos Povos” reguladora da ordem jurídica internacional.

Aceitando-se o princípio contratualista hermenêutico como *quadro de referência e esquema pré-compreensivo da ordem jurídica pública*, toma-se o direito constitucional como cerne do direito público e a constituição como centro regulativo. No entanto, há já algumas décadas que alguma doutrina sublinha que, neste contexto, se vem assistindo a uma certa *erosão e esvaziamento da Teoria da Constituição*, por força do perigo da sua dissolução noutras doutrinas (administrativas, económicas, sociológicas, deliberativas, corporatistas) e da sua consumpção por teorias da justiça e da nova democracia<sup>505</sup>. Em nosso entender, a Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*) não é, *eclipsada* pelo pluralismo teórico e pelos contributos interdisciplinares, verificando-se, ao invés, o alargamento do seu âmbito material e o enriquecimento da metódica constitucional, por via da acentuação de novos *topoi* e de outros modelos regulativos do direito: nesta aceção, a teoria da constituição não é unidimensional, devendo ser, hoje, entendida como uma “*rede de teorias*”.

---

fundamentais da pessoa – cfr. os expressivos trabalhos de CAROLE PATEMAN, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, 1988, pp. 1-18; e de CLARE DALTON, “Where We Stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought,” *Berkeley Women's Law Journal*, 3, 1987-88, pp. 1-13.

<sup>505</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1355, referindo que uma das teses principais da sua obra consiste no reconhecimento de que a *teoria da constituição* (revelando “problemas de *inclusão*, de *referência*, de *reflexividade*, de *universalização*, de *materialização do direito*, de *reivindicação do território*, de «*tragédia*», de *fundamentação*, de *simbolização*, de *complexidade* e de *risco*”) se encontra “hoje dissolvida noutras teorias, o que contribuiu para avolumar os distúrbios de identidade do direito constitucional e conduziu à desvalorização da constituição e das teorias nela centradas”, perdendo terreno o postulado da *autosuficiência normativa da constituição* e os *esquemas de regulação das constituições programaticamente dirigentes*. Sobre o problema da sobrecarga ou da saturação reflexiva da Teoria da Constituição, cfr. PETER HÄBERLE, “Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo”, *Anuário Português de Direito Constitucional*, Vol. V, 2006, pp. 35-62; MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ, “La función de la Constitución en el contexto contemporáneo”, *ReDCE*, Año 6, n.º 12, Julio-Diciembre (2009), pp. 171-189; MARIA LÚCIA AMARAL, “Constituição e organização do poder político: constitucionalismo forte, constitucionalismo débil”, *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. V, 2006, pp. 157-168; L. A. MENESES DO VALE, “Breves apontamentos sobre o direito constitucional da República da Turquia”, *BFD* 88 (2013), pp. 735-744; e os contributos em *Constitutions in the Global Financial Crisis: A Comparative Analysis*, Ashgate Publishing, 2013.

## 18. Distributivismo e Teoria da Justiça

Na história mais recente da ciência constitucional adquiriu extraordinária projeção entre a doutrina a tentativa sistemática de *fundamentação consensualista da ordem jurídica democrática* por JOHN RAWLS. Para o Professor de Harvard o maior desafio da filosofia política da sua época consistia em “elaborar uma concepção política de justiça como equidade para um regime democrático”<sup>506</sup>. Num sistema de cooperação social entre indivíduos e instituições (*basic structure*), regulado por normas e procedimentos de direito público – por natureza, marcados pelas notas de *autoridade* e *imperatividade* –, torna-se indispensável a definição de regras e a adoção de princípios jurídicos que todos possam razoavelmente aceitar, na base de um *acordo* sobre os critérios e os termos específicos de uma “cooperação justa”<sup>507</sup>.

RAWLS já não assume acriticamente os pressupostos dogmáticos tradicionais da origem contratual do Estado e da ordem política, nem lhe interessam as razões históricas e os fundamentos pactícios que instituíram a sociedade política<sup>508</sup>. O teorema do pacto social é, ao invés, tratado segundo o modelo matemático da *teoria dos jogos* (e da “tomada de decisão sob um contexto de incerteza”<sup>509</sup>), em torno da procura de princípios de justiça que obedeçam às exigências de universalidade e aceitabilidade, assim garantindo que ninguém é beneficiado ou prejudicado na escolha daqueles princípios pelos resultados do acaso natural ou pela contingência das circunstâncias sociais<sup>510</sup>. Tais princípios de justiça serão concretizados através da elaboração de um texto constitucional (*consenso* ou *compromisso constitucional*).

No quadro de um regime constitucional democrático, o *compromisso constitucional*, enquanto projeto vinculante dirigido ao futuro, terá que simultaneamente

---

<sup>506</sup> *Justice as Fairness*, ed. Erin Kelly, Harvard University Press, 2001, p. 21. Em 1974, ROBERT NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford UK/Cambridge USA, p. 183, acabaria por reconhecer que se tinha inaugurado a *era do rawlsianismo* na filosofia política contemporânea, afirmando que, “a partir da *Theory of Justice*, os filósofos da ciência política teriam que trabalhar no quadrante da teoria de RAWLS ou necessariamente fundamentar uma via alternativa”. Para uma crítica de fundo a esta teoria, vejam-se os *contributos do comunitarismo* expostos por MICHAEL SANDEL, *Public Philosophy. Essays on Morality and Politics*, Harvard University Press, Cambridge, 2005, pp. 9-27, *Liberalism and Limits of Justice*, 1982; MICHAEL WALZER, *Spheres of justice*, 1983, ALASDAYR MACINTYRE, *Whose Justice, which Rationality*, 1988; e CHARLES TAYLOR, *The Sources of the Self*, 1989.

<sup>507</sup> Trata-se, de resto, de um *contrato conceptual*, por analogia com uma *experiência intelectual* (o artefacto neocontratualista da “*posição original*”), pela via da qual se obtém a dilucidação dos *princípios de justiça* que estabelecem o equilíbrio na distribuição de benefícios e encargos decorrentes da cooperação social entre cidadãos iguais, racionais e razoáveis.

<sup>508</sup> *A Theory of Justice – revised edition*, cit., pp. 10-19.

<sup>509</sup> Cfr. ITZHAK GILBOA, *Rational Choice*, cit., p. 74.

<sup>510</sup> *A Theory of Justice*, cit., p. 11.

garantir a proteção dos bens que um indivíduo pretende racionalmente obter e a (re)distribuição dos bens públicos pelos diferentes grupos sociais<sup>511</sup>.

RAWLS lançou mão de um *modelo hipotético*, colocando os indivíduos da sociedade política numa *situação originária* – distinta do clássico “estado da natureza”<sup>512</sup> – em que todos seriam igualmente respeitados e capazes de escolher racionalmente, entre os vários resultados possíveis, as opções menos desfavoráveis quando há incerteza quanto aos resultados a obter (*maximin rule*). Visa-se, desta forma, determinar quais os princípios de justiça (*principles of justice*) aceites por indivíduos livres e iguais, que, numa *posição original*, por detrás de um véu de ignorância, estariam dispostos a aceitar, independentemente da situação real em que estes se viessem a encontrar<sup>513</sup>. Deste modo, o consenso social far-se-á em torno de “princípios de justiça objetivamente adequados a especificar os termos justos em que deve assentar a cooperação social”<sup>514</sup>.

Neste exercício intelectual, RAWLS supõe, assim, um cenário em que não existem instituições políticas e em que todos os membros da comunidade – *agentes racionais e morais*, igualmente considerados e respeitados – se encontram numa *situação originária*. Nesta posição original, ninguém conhece os factos que virão posteriormente a determinar a sua posição na sociedade, nem tão pouco que condição de vida, religião, ideologia política, habilitações profissionais, talentos e capacidades terão. Destarte, os membros da sociedade, no momento de escolher e votar os *principles of justice*, encontram-se cobertos de um véu de ignorância acerca das suas condições económica, social e cultural e da posição que ocuparão em concreto na sociedade. O único facto concreto que as partes têm conhecimento – di-lo RAWLS – é o de que a sua sociedade está submetida ao contexto da *justiça* e às respetivas *consequências*<sup>515</sup>.

Com base nestas condições iniciais, RAWLS constrói um *novo* contrato político-social, através do qual os parceiros convencionam entre si os *princípios de justiça*, escolhidos sob o véu de ignorância, cujo conteúdo estabelece os direitos e deveres básicos dos indivíduos e deve garantir a cooperação social mais *justa* que for possível,

---

<sup>511</sup> *Idem*, pp. 47-80.

<sup>512</sup> Para RAWLS, *ibidem*, p. 11, a posição original não é “concebida como uma situação histórica concreta, muito menos como um estado cultural primitivo. Deve ser vista como uma situação puramente hipotética, suscetível de conduzir a uma certa conceção de justiça”.

<sup>513</sup> *Idem*, cit., pp. 10-23. Colocando a descoberto as insuficiências do *utilitarismo*, que ignora “a prioridade do recto sobre o bom”, RAWLS, “The priority of right and the ideas of the good”, *John Rawls: Collected Papers*, ed. Samuel Freeman, Harvard University Press, 1999, pp. 449-472, sugere uma “esfera inviolável de direitos e liberdades alicerçados na justiça”, que “não se subordina à negociação política” e “que nem o bem-estar da sociedade como um todo pode anular”.

<sup>514</sup> *Justice as Fairness*, cit., p. 7.

<sup>515</sup> *A Theory of Justice*, cit., p. 118.

independentemente do nascimento, das condições económicas, culturais e sociais de cada um ou da sua família<sup>516</sup>. Isto porque, sob o véu de ignorância, cada um dos parceiros sociais é guiado por uma preocupação equânime de repartição entre todos dos bens primários procedentes da cooperação social – *scilicet*, guiado, na decisão política, por *critérios de justiça* e não por interesses materiais, egoísticos ou de grupo.

O receio de que o levantamento do véu produza, *in concreto*, uma posição social menos vantajosa conduz os participantes a maximizarem o mínimo de resultados (isto é, de bens sociais primários) que possam obter (regra *maximin*). A acrescer, uma garantia da escolha de *princípios de justiça social mais favoráveis*, pois aquele que desconhece a sua posição global na sociedade optará racionalmente, entre as alternativas possíveis, pela solução mais favorável quando o curso dos factos sociais se revelar o pior. A eventualidade de um parceiro social vir a integrar o estrato económico mais débil conduzi-lo-á – como sublinha RAWLS<sup>517</sup> – a eleger soluções jurídicas que atenuem as desigualdades económicas e sociais e protejam os mais desfavorecidos.

RAWLS sustenta que os participantes na elaboração da Constituição política (os delegados racionais) – que conhecem os dados gerais da sociedade, mas ignoram a particular posição que ocupam na estrutura social – observarão, no domínio dos “*bens sociais primários*”, os seguintes *princípios de justiça*: “cada pessoa tem direito a um esquema completo e adequado de liberdades básicas iguais, que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades básicas para todos” (*princípio da liberdade*); além disso, “apenas podem ser aceites quaisquer desigualdades económicas e sociais que correspondam a cargos ou posições abertos a todos em condições de justa igualdade de oportunidades” (*princípio da igualdade de oportunidades*). Todavia – e nisto consiste o *princípio da diferença* –, “só são admissíveis desigualdades económicas e sociais que se traduzam em maiores vantagens para os membros da sociedade menos favorecidos”<sup>518</sup>. Nesta última

---

<sup>516</sup> *A Theory of Justice*, cit., pp. 102-139.

<sup>517</sup> *A Theory of Justice*, cit., p. 111, na esteira da *teoria da escolha racional*, segundo a qual os agentes racionais aplicam a *maximin rule*, quando há manifesta incerteza quanto aos resultados a obter.

<sup>518</sup> Esta reformulação consta de *Justice as Fairness*, cit., pp. 42-45, já que os textos da *Theory of Justice* e do *Political Liberalism* continham ligeiras diferenças. Sobre a prioridade do primeiro princípio em relação ao segundo numa estrutura básica justa, v. *Justice as Fairness*, cit., p. 57-59.

Em sentido diverso, sobre a crítica de DWORKIN à concepção rawlsiana da igualdade democrática e do seu alegado afastamento do princípio da responsabilidade individual, cfr. RONALD DWORKIN, “What is Equality? Part II: Equality of Resources”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, 1981, pp. 283-345; numa outra aceção, AMARTYA SENN, *Inequality Reexamined*, Harvard University Press, 1995, pp. 39-55, recusa uma abordagem da igualdade sócio-económica com base no conceito de bens sociais primários, sustentando que o princípio da igualdade deve incidir não sobre bens primários ou recursos (que são meramente instrumentais), mas sobre *capabilities*, pois só estas permitem transformar os bens sociais ou os recursos em liberdade de escolha – nessa medida, o diálogo social deve ser feito em torno das formas ou meios pelos quais os indivíduos podem obter na ordem político e social *igualdade de oportunidades* para desenvolverem as suas *capabilities*.

aceção, a convenção constitucional fundamenta uma distribuição mais equitativa dos bens existentes, autorizando o favorecimento dos mais pobres, designadamente à custa do lançamento de impostos sobre os mais ricos. Por aqui se obtém uma *redistribuição equitativa da riqueza*, conferindo-se um papel de protagonismo ao Estado na “correção de desigualdades económicas e sociais” e possibilitando “a todos o acesso a cargos e a posições de autoridade e responsabilidade”<sup>519</sup>.

Mas, para além de convencionarem a Constituição política (*convenção constitucional*), segundo JOHN RAWLS, os parceiros sociais acordam, ainda, o bloco de normas infraconstitucionais (*convenção legislativa*), que concretizam os princípios de justiça e as regras constitucionais estabelecidas<sup>520</sup>. Também nesta terceira etapa, a objetividade da estrutura legislativa exige que aqueles sujeitos apenas conheçam as características gerais da sociedade, ignorando por completo o círculo de destinatários que individualmente a lei visa abranger, com o fim de não ser perturbada a tomada de opções gerais e abstratas<sup>521</sup>. De resto, trata-se de conferir expressão normativa às grandes opções político-estratégicas da ordenação do Estado e da sociedade, que, em conformidade com o catálogo de direitos básicos e as regras constitucionais de organização do poder político democrático, contendem com a definição do interesse público primário pelos órgãos político-legislativos<sup>522</sup>.

Em suma, a ideia de consenso social não opera apenas ao nível da produção normativa pública – em que se dirige simultaneamente ao legislador constituinte e ao legislador ordinário –, abrangendo, inclusive, o momento de *interpretação e aplicação das leis aos casos jurídicos decididos* quer seja pelos tribunais na resolução jurídica de controvérsias, quer seja pelos órgãos da administração pública no quadro de procedimentos administrativos que visam a adoção de atos finais<sup>523</sup>. Do ponto de vista hermenêutico, isso significa que o *decisor* realiza um determinado exercício metodológico prático-normativo,

---

<sup>519</sup> *Justice as Fairness*, cit., p. 58.

<sup>520</sup> *A Theory of Justice*, cit., pp. 171-176, perspetivando a “estrutura institucional básica” (*basic structure*) como subordinada a um processo que contempla *quatro etapas*, teologicamente pré-ordenadas à prossecução de finalidades distintas: “a definição dos princípios gerais de justiça”, “a convenção constituinte para a elaboração de uma Constituição justa”, “a escolha da legislação ordinária” e “a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, feita pelos juízes e autoridades administrativas” por mediação dos princípios. Segundo RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pp. 172, em nota, a ideia de uma sequência de quatro etapas é sugerida pela própria Constituição Federal Americana e pela história constitucional norte-americana.

<sup>521</sup> *A Theory of Justice*, cit., pp. 171-173.

<sup>522</sup> Nesta ordem de ideias, cabe aos poderes legislativos e executivo, em conformidade com a Constituição, o estabelecimento da justiça no plano social e económico (v.g., igualdade de oportunidades, distribuição de acordo com o princípio da diferença), concretizando o segundo princípio de justiça, designadamente através de atos legislativos e normativos dinamizadores de políticas públicas.

<sup>523</sup> *A Theory of Justice*, cit., pp. 173-176 e 206-220.

construindo, caso a caso, o *consenso social e político* que subjaz à lei<sup>524</sup> e estabelecendo uma confluência basilar entre justiça formal e material. Dito isto, importa esclarecer que em causa não está a reconstituição do pensamento contido na lei, mas o cumprimento das exigências da justiça substantiva, que na aceção rawlsiana se traduzem na tutela das legítimas expectativas dos cidadãos e na aplicação dos mencionados *principles of justice* que norteiam a cooperação social<sup>525</sup>.

Consequentemente, a tarefa de mobilização de uma determinada norma legal pela qual o decidente se deve orientar quando se lhe impuser a decisão judicativa de um caso concretamente decidendo determina a observância das específicas exigências de sentido da *justiça substantiva*, para além do estrito sentido semântico-gramatical da lei. O que, em termos prático-normativos, pode implicar a resolução das hipóteses de relação antinómica entre regras (e derrogação de norma legal), ausência de regra específica e conflito entre figuras e institutos jurídicos, com fundamento na ponderação dos princípios de justiça consensualmente aceites pelos parceiros sociais, cujo sentido último se determina em face das particularidades e circunstâncias juridicamente relevantes do caso concreto<sup>526</sup>.

---

<sup>524</sup> Escreve, neste contexto, A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às Formas de Concertação Social”, cit., p. 12, que, na teoria da interpretação rawlsiana, “a lei tende, assim, para uma *proposta de regulamentação* cujo sentido último se determinará, em larga medida, em função de um *consenso social e político* que o decisor constrói, caso a caso, à vista das particularidades e circunstâncias juridicamente relevantes que a situação regulanda oferece e a rodeiam”.

<sup>525</sup> *A Theory of Justice*, cit., pp. 51-52 e 171-176. Nesta última etapa de aplicação das regras existentes aos casos concretos, os parceiros sociais dispõem de um acesso completo a todas as informações e factos relevantes nas decisões jurídicas singulares, não havendo quaisquer limitações ao conhecimento – rompe-se, *hic et nunc*, o véu de ignorância, dado que a realização da justiça carece da avaliação das características dos sujeitos e do conhecimento das circunstâncias em que estes se encontram.

<sup>526</sup> Neste ponto, RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia Classics in Philosophy, Columbia University Press, New York, 2011, p. 133-172, afasta-se das posições ligadas ao procedimentalismo neokantiano e recusa alcançar o *consenso*, real ou hipoteticamente obtido, apenas em termos formalmente corretos, fazendo, deste modo, intervir complementarmente um critério material, expresso num *consenso por sobreposição* (*overlapping consensus*). No quadro de um regime constitucional marcado pela *diversidade axiológica e ideológica*, que apela à *tolerância*, ao respeito pela *diferença* e à garantia dos *direitos e liberdades fundamentais do homem*, RAWLS observa que, nas modernas sociedades dos fins do século XX, concorrem uma pluralidade de correntes ideológicas, religiosas, filosóficas e políticas – não raras vezes, contrapostas e incompatíveis entre si – que, individualmente consideradas, são acolhidas por diferentes setores sociais, mas não representam uma verdade absoluta, oficialmente aceite pelos cidadãos de forma consensual.

Do *fact of pluralism* decorre a existência de uma incomensurável pluralidade de valores, que reduz a cinzas qualquer unicidade normativa. Pelo que os riscos de quebra da unidade do sistema social colocam-nos perante a necessidade de resolução do problema da *coexistência* de tais doutrinas ideológicas (incompatíveis entre si), exigindo um consenso alargado sobre a conceção política de justiça, *razoavelmente aceite por todos*, que permita instituir a cooperação social entre cidadãos livres e iguais e a coexistência da diversidade cultural, ética e moral – *Political Liberalism*, cit., pp. 133-167. Procurando conciliar o *pluralismo* e a *estabilidade sociais*, o *overlapping consensus* determina, assim, um “estado de equilíbrio refletido”, um jogo de constante vai e vem entre teoria e intuição, significando não a unanimidade em torno das questões éticas e ideológicas, mas um conjunto de valores fundamentais partilhados. Do ponto de vista lógico-discursivo, tal entendimento implica a obrigação de argumentar perante os outros cidadãos e de aceitar os argumentos dos outros parceiros sociais, cujos princípios possam ser razoavelmente reconhecidos pelas restantes doutrinas, permitindo – como

Compreende-se, neste sentido, que por detrás da *Theory of Justice* de RAWLS se encontra, na verdade, uma proposta de reformulação do teorema do pacto social – conducente ao princípio da justiça social como fim da ação do Estado –, com o propósito de determinar não apenas, no seu momento *constitutivo-decisório*, a estrutura da ordem político-constitucional e os critérios de decisão dos órgãos públicos, mas, ainda, os limites do direito positivo. Pelo que a ideia de *consenso social* opera aqui como *quadro de referência* e de *orientação* não apenas da interpretação e aplicação oficial das leis aos casos da vida, mas também dos comportamentos jurídicos dos indivíduos, por meio da livre obediência à norma pública (*consenso cívico*)<sup>527</sup>.

Sob ponto de vista dogmático, é essa a essência do pensamento de RAWLS em matéria de Estado e de Direito que nos interessa captar, compreendendo a *sequência de quatro etapas* que conduzem à aprovação de uma constituição democrática. O próprio RAWLS aventurou-se, igualmente, na teorização do *direito internacional público*. A procura de princípios internacionais de justiça a partir de uma *posição global de ignorância*, no sentido de admitir o relevo de valorações racionais, aceitáveis em geral tanto nas sociedades liberais (“*society of liberal democratic peoples*”), como nas sociedades não-liberais (“*society of decent peoples*”), permitiu transpor para o âmbito jurídico-internacional a ideia de *contrato regulativo*. Neste domínio, fez também escola a abordagem rawlsiana da *Law of Peoples* numa comunidade internacional heterogénea, fragmentada e desigual<sup>528</sup>.

---

designa JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Razão Democrática e Direito”, *Ética e Futuro da Democracia*, Lisboa, Edições Colibri/S.P.F., 1998, p. 144 – a formação de um “*consenso constitucional*, o qual é para RAWLS um *consenso por sobreposição*”.

A invocação do *overlapping consensus* de JOHN RAWLS pelo Tribunal Constitucional português surgiu no Acórdão n.º 617/2006, de 15 de Novembro, *Diário da República*, I, Série, n.º 223, de 20 de Novembro de 2006, relativo ao *referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez*. Nos termos do ponto 8 do mencionado aresto: “*a reflexão sobre valores numa sociedade democrática, pluralista e de matriz liberal quanto aos direitos fundamentais tem sido objeto privilegiado do pensamento filosófico contemporâneo. Tal reflexão exprime-se na ideia de um “consenso de sobreposição” (overlapping consensus) desenvolvida por JOHN RAWLS, em Political Liberalism, 1993, p. 133 e ss.. O autor concebe a possibilidade de um consenso sobre valores políticos, como o respeito mútuo ou a liberdade, sem o sacrifício de valores mais abrangentes e de visões particulares, mas a partir da diversidade dos valores. Por exemplo, diferentes concepções religiosas podem confluir, sem abandonar a respectiva matriz, num núcleo de valores estritamente políticos [...], não poderá deixar de se registar que a discussão sobre valores induz a reconhecer que a possibilidade de um Estado de Direito democrático os impor é problemática. Uma tal imposição não se legitima na mera evidência intuída pela consciência individual, num mandato divino ou até na decisão discricionária do poder político, ainda que legitimado pela maioria*”.

<sup>527</sup> Cfr. JOHN RAWLS, *Lezioni di storia della filosofia politica*, Feltrinelli Editore, Milano, 2009, p. 316.

<sup>528</sup> Partindo da ideia de que na comunidade internacional existem *sociedades liberais-igualitárias* (povos liberais) a par de *sociedades sem tradição liberal*, que respeitam alguns direitos humanos básicos (povos decentes), RAWLS, *The Law of Peoples*, cit., p. 50, propõe uma concepção de justiça que se deve ocupar apenas dos valores mais fundamentais que norteiam a cooperação internacional. Na aceção rawlsiana da *Realistic Utopia*, os parceiros sociais (os representantes da “*society of peoples*”), sob um *veil of ignorance*



Já sob o prisma político-ideológico, importa não ignorar o potencial de aplicação da teoria da justiça como equidade, no quadrante do Estado Providência, à economia de bem-estar (*welfare economics*<sup>529</sup>), ao reconhecimento de “falhas de mercado” (*id est*,

---

(desconhecem a extensão do território, a dimensão da população ou índice de desenvolvimento económico) acordam a “*law of peoples*”, que estabelece os oito princípios válidos nas relações internacionais – *ob. cit.*, pp. 4-13 e 30-32. São oito os princípios básicos constitutivos da *law of peoples* (*idem*, p. 37): “*peoples are free and independent, and their freedom and independence are to be respected by other peoples*”; “*peoples are to observe treaties and undertakings*”; “*peoples are equal and are parties to the agreements that bind them*”; “*peoples are to observe a duty of non-intervention*”; “*peoples have the right of self-defence but no right to instigate war for reasons other than self-defence*”; “*peoples are to honor human rights*”; “*peoples are to observe certain specified restrictions on the conduct of war*”; “*peoples have a duty to assist other peoples living under unfavorable conditions that prevent their having a just or decent political and social regime*”. A compreensão da democracia constitucional como *democracia deliberativa* e de *exercício da razão pública* surge imbuída de um significado e conteúdo distintos, no âmbito da Sociedade dos Povos. Se numa democracia constitucional “a razão pública constitui a razão de iguais cidadãos que, como corpo coletivo, exercem um poder político e coercivo decisivo uns sobre os outros por intermédio da produção de legislação corrente e das emendas à sua Constituição” (*Political Liberalism*, cit., p. 214), na Sociedade dos Povos a *razão pública* coloca-se “entre povos livres e iguais que debatem as relações mútuas como povos” (*Law of Peoples*, cit., p. 55), em conformidade com os oito princípios básicos da Lei dos Povos e não segundo os princípios liberais de justiça de um regime democrático constitucional.

No foro jurídico-internacional, o *contrato social* apresenta-se como um *contrato dualista*, desenhado segundo uma visão *processual* que contempla duas etapas (“*two stage process*”): a *escolha dos princípios de justiça da estrutura básica* e, posteriormente, a *ordenação da sociedade dos povos de acordo com a Law of Nations*. Acompanhando RAWLS, o contrato social estabelece um direito internacional de compromissos, fundado no respeito mútuo entre Povos, através do reconhecimento de certos valores estruturantes pela “*Society of Liberal and Decent Peoples*”, tais como a universalidade dos direitos humanos básicos, a primazia da liberdade individual e da justiça sobre a eficiência, a manutenção da paz e da segurança internacionais, o pluralismo cultural e a tolerância política e religiosa. Ao que acresce um *dever internacional de assistência* das sociedades decentes e prósperas às sociedades que se encontram em condições que as impeçam de ter um regime político-social justo ou decente.

Todavia, daqui não resulta para RAWLS um *dever de construir uma sociedade justa global*, em face da diversidade de povos no mundo, com diferentes tradições e culturas. Foi, aliás, a ausência de uma *visão cosmopolita* que concorreu para que a sua abordagem não tenha alcançado, ao nível internacional, semelhante impacto ao suscitado pela *Theory of Justice* no plano doméstico. Caberia aos discípulos de RAWLS, THOMAS POGGE (*Realizing Rawls*, Cornell University Press, 1989; e *World Poverty and Human Rights*, Cambridge, Polity Press, 2008), CHARLES R. BEITZ (*Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, 1999, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton University Press, 1989, e *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009) e MARTHA C. NUSSBAUM (*Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, 2007, e “Beyond the Social Contract: capabilities and global justice”, *Oxford Development Studies*, Vol. 32, No. 1, March 2004, pp. 3-18), aprofundar o sistema liberal igualitário rawlsiano às questões da *justiça global*, não se limitando esse sistema às interações entre pessoas e instituições no foro interno. Sublinhe-se que tanto BEITZ, como POGGE e NUSSBAUM buscam uma *conceção cosmopolita de justiça distributiva internacional*, alicerçada no princípio da diferença, advogando, em sentido diverso de RAWLS, um *contrato social monista, concluído apenas entre indivíduos e uma só* posição original (“*one stage process*”), perspectiva essa que, segundo aqueles Autores, assegura o efetivo cumprimento dos *princípios liberais de justiça* e liberta o teorema do pacto das contingências relativas às particulares concepções de Estado (*liberal or non liberal*), que variam no tempo e no espaço.

<sup>529</sup> RAWLS era, na verdade, defensor de um paradigma de “liberalismo igualitário”, que acentua a igualdade de oportunidades e advoga uma redistribuição de rendimento que visa melhorar os níveis de bem-estar dos que estão em pior situação – sobre o modo como RAWLS foi lido pelas elites políticas norte-americanas e europeias como welfarista, cfr. MARTIN O’NEILL/THAD WILLIAMSON, “Beyond the Welfare State: Rawls’s Radical Vision for a Better America”, *Boston Review*, October, 2012, pp. 1-5. Em todo o caso, importa não ignorar que, no paradigma rawlsiano, o papel das finanças públicas é, no cotejo com o libertarismo e com a

incapacidade de mercados competitivos alcançarem uma afetação eficiente de recursos, devido à existência de bens públicos puros, externalidades, informação assimétrica, etc.) e à necessidade de intervenção governamental, através de políticas públicas de redistribuição, para corrigir e ultrapassar falhas de mercado<sup>530</sup>.

### 19. Libertarismo e Estado mínimo

Em sentido oposto ao designado “paradigma liberal igualitário ou *liberalismo igualitário*, de caráter deontológico e anti-agregativo”<sup>531</sup> preconizado por RAWLS, se posicionou o *libertário* ROBERT NOZICK<sup>532</sup>, ao propor a transferência para o setor privado das atividades ligadas ao Estado Providência e a substituição deste modelo por um *Estado mínimo neo-liberal*, tanto mais garantístico da liberdade quanto menor for a sua intervenção. À questão *porque se torna indispensável a existência do Estado* (e não, em alternativa, a *anarquia* em sentido político<sup>533</sup>), NOZICK responde, retomando o estado de natureza lockeano, em que cada indivíduo possui direitos naturais pré-estaduais: a transição de um estado de natureza repleto de inconvenientes para a instituição de uma autoridade pública, que garante a liberdade individual (polícia) e a resolução dos conflitos decorrentes do funcionamento do mercado (tribunais). No entanto, a passagem para o estado civil não resulta – como em LOCKE – de um contrato ou pacto explícito, mas de *ações concertadas e associativas* entre os indivíduos que, guiadas segundo uma ideia de “mão invisível”, dão origem à associação política estadual<sup>534</sup>.

---

*public choice*, bastante mais intervencionista, essencialmente porque a despesa pública não serve apenas a *função afetação*, mas destina-se também à *função de redistribuição*, assegurando que todos os indivíduos possam ter acesso a um conjunto de bens primários (instrução, saúde básica, previdência) e possam estar cobertos dos riscos associados a contingências sociais (desemprego, doença, invalidez). Daqui resulta que o peso da despesa pública no PIBpm tenderá a ser maior, bem como a carga fiscal, ficando em aberto as alternativas de financiamento do défice público (impostos, endividamento, política monetária, etc.), *maxime* em períodos de contração da economia.

<sup>530</sup> STEPHEN WORLAND, “The Economic Significance of John Rawls «A Theory of Justice», *Nebraska Journal of Economics and Business*, Vol. 12, n.º 4, Midwest Economics Association Papers (Autumn, 1973), University of Nebraska-Lincoln College of Business Administration, pp. 119-126.

<sup>531</sup> Cfr. JOÃO CARDOSO ROSAS, “Liberalismo igualitário”, *Manual de Filosofia Política*, org. J. Cardoso Rosas, 2013, p. 35.

<sup>532</sup> *Anarchy, State, and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, 1974.

<sup>533</sup> *Anarchy, State, and Utopia*, cit., p. 5.

<sup>534</sup> *Anarchy, State, and Utopia*, cit., p. 18. Para mais desenvolvimentos, v. VALLESPÍN OÑA, *Nuevas teorías del contrato social: Rawls, Nozick y Buchanan*, Alianza Editorial, 1996, pp. 135-172; DAVID SCHMIDTZ, *Robert Nozick*, Cambridge University Press, 2002, pp. 1-9; JONATHAN WOLFF, *Robert Nozick: Property, Justice, and the Minimal State*, Stanford University Press, 1991, pp. 1-12 e 36-47; e *Anarquia, Estado e Utopia*, Introdução de João Cardoso Rosas, Lisboa, 2004, VI-XVI.

Para NOZICK, inicialmente, os indivíduos organizam-se em *associações protetivas* (*protective associations*), tendo em vista garantir a sua própria segurança, mas, por força da *divisão do trabalho*, tais associações tendem a conflitar entre si numa lógica de concorrência de mercado, o que conduz à emergência de uma *associação dominante* (*dominant protective association*), o Estado. Sob ponto de vista político, este deve limitar a sua intervenção ao mínimo, por forma a não colocar entraves à liberdade individual – que constitui um *imperativo moral* – e à economia, podendo tratar-se de um *Minimal State* ou de um *Ultraminimal State*<sup>535</sup>. Recusando ingerências governamentais nas ações individuais, que conduzem à lesão dos direitos individuais, e defendendo um controlo político atenuado dos estilos de vida dos cidadãos, NOZICK fundamenta, na Parte II de *Anarquia, Estado e Utopia*, uma teoria de cariz libertarista que permite uma intervenção ampla dos cidadãos na esfera económica e social, em alternativa ao distributivismo rawlsiano.

Por isso, qualquer tentativa de alargar o espaço material de intervenção do Estado constitui um erro moral e deve ser entendida como ilegítima, na medida em que a “coletivização redistribuidora” envolve necessariamente a “lesão dos direitos individuais”, em particular do “direito de propriedade” e a “apropriação do rendimento do trabalho de cada um”<sup>536</sup>. Nesta linha, propõe, em alternativa à *theory of justice* de RAWLS, uma *teoria da titularidade, do título justo ou legítimo*, respeitante à aferição dos *meios e procedimentos* (justos ou injustos), através dos quais as pessoas obtêm os seus bens e rendimentos, o que, do ponto de vista *processual*, pode implicar três juízos de distinta natureza jurídica: a *justiça na aquisição*, a *justiça na transferência* e, por último, a *retificação da injustiça*. Como sublinha NOZICK, “tudo aquilo, o que quer que seja, que nasça de uma situação justa e à qual se chega por etapas justas é em si mesmo justo”<sup>537</sup>. Logo, se os indivíduos obtêm os seus bens através de um *título justo*, não pode o Estado utilizar o seu aparelho coercivo para retirar rendimento àqueles, distribuindo-o por outros, alegadamente mais desfavorecidos, na medida em que tal ação posterga uma violação flagrante dos direitos individuais.

A justiça encontra-se no *modo como se adquire a riqueza*, pelo que uma ação apenas se considera altruísta caso o agente decida distribuir voluntariamente uma parte dos seus bens, mas tal ato não pode configurar uma *obrigação* ou *imposição extrínseca dos poderes públicos*. Daí entender o liberalismo igualitário e todas as teorias da justiça que envolvam a redistribuição de recursos enquanto *interferências à livre vontade dos indivíduos*, que conduzem à *socialização dos talentos individuais* e à *apropriação das ações e do trabalho de uns sobre os outros* (princípio da diferença de RAWLS). Ao que acresce só

<sup>535</sup> *Anarchy, State, and Utopia*, cit., pp. 12-16.

<sup>536</sup> *Idem*, pp. 341-342.

<sup>537</sup> *Idem*, p. 151.

o Estado mínimo (“hiperindividualista”<sup>538</sup>), baseado na liberdade e no princípio de mercado (*more Market, less State*), se dever ter por legítimo, já que trata os indivíduos, na fórmula kantiana, como *um fim em si mesmos* e não como um meio ao serviço de fins sociais múltiplos. A *neutralidade constitucional* impõe-se, por isso, como critério de referência para a maximização das preferências subjetivas e para a provisão e distribuição de recursos.

Em sentido muito amplo, o *libertarismo* surge também em MILTON FRIEDMAN<sup>539</sup>, e FRIEDRICH HAYEK<sup>540</sup>, mas numa aceção de *libertarismo instrumental*, que confere no sistema de cooperação social um elevado valor à *eficiência económica* (v.g., indicadores macroeconómicos, como o Produto Interno Bruto, o índice de preços no consumidor, os indicadores de emprego, o crescimento económico ou a balança de pagamentos), figurando a liberdade individual como mero instrumento ao serviço deste programa normativo. Por seu turno, ROBERT NOZICK, ERIC MACK, MURRAY ROTHBARD, JAN NARVESON e TIBOR MACHAN advogam um *libertarismo fundamental*, nos termos do qual a liberdade individual representa um imperativo moral, pelo que a intervenção ativa do Estado no mercado não é censurável tanto pelos efeitos negativos que produz sobre a economia, mas porque se trata de um *erro moral*<sup>541</sup>. Esta abordagem critica o alargamento da intervenção do Estado na economia (o “paternalismo estadual”, a “regulação frenética” e as políticas corretoras irracionais, reveladoras de uma “síndrome do remendo”), a apropriação indevida de rendimento e a “redistribuição forçada”, símbolos de um “déspota benevolente”<sup>542</sup>, que se afirma capaz de interpretar, de forma indissolúvel, as preferências dos cidadãos à custa do aumento sucessivo da carga fiscal.

Algumas destas posições – de indisfarçável natureza político-ideológica –, ainda que nem sempre tenham sido adotadas pela direita conservadora norte-americana<sup>543</sup>, enquadram-se na vaga neoliberal do último quartel do século XX que ocorreu, sobretudo, na Europa e noutros sistemas marcados pela ideia matricial de *serviço público*, estando na sua base ligadas, designadamente, aos movimentos de desregulação da economia e de redução do peso do setor público<sup>544</sup>, à retração da ação pública na esfera social<sup>545</sup> e à ocorrência de

<sup>538</sup> Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*, Coimbra, 2009, p. 505.

<sup>539</sup> *Capitalism and Freedom*, Chicago University Press, Chicago, 1962.

<sup>540</sup> *The Constitution of Liberty*, Routledge, London, 1960.

<sup>541</sup> Sobre esta distinção, na nossa literatura, cfr. RUI FONSECA, “Libertarismo”, *Manual de Filosofia Política*, org. J. Cardoso Rosas, 2013, pp. 67-85.

<sup>542</sup> RICCARDO REBONATO, *Taking Liberties: a Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, 2012, pp. 112-113, referindo-se à ideia de “*benevolent dictatorship*”.

<sup>543</sup> Sobre este tópico, com ênfase nas questões de auxílio e assistência médica pelo Estado a cidadãos desprovidos de seguros de saúde, cfr. G. ROBERT ALMGREN, *Health Care Politics, Policy and Services: A Social Justice Analysis*, Springer Publishing Company, 2012, pp. 361-380

<sup>544</sup> Cfr. SABINO CASSESE, “«Regulation» e «Deregulation»”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, Ano XXXIII, n.º 2, 1983, pp. 718-719.

um verdadeira “fúria privatizadora da administração pública”<sup>546</sup>, à retórica da despublicização da titularidade de tarefas e ao alargamento de serviços de interesse económico geral ao mercado, à ativação e reforço de responsabilidades privadas na execução de tarefas públicas, à redução do papel das administrações públicas como produtoras de bens e prestadoras diretas de serviços na economia ou à supressão de controlos administrativos burocráticos limitadores da liberdade de iniciativa económica dos atores privados<sup>547</sup>.

## 20. Economia Constitucional e Public Choice

Desde meados das décadas de 50 e 60 do século passado que se tem vindo a desenvolver um importante *programa de investigação*<sup>548</sup>, de natureza interdisciplinar, conhecido por *Public Choice* ou *Teoria da Escolha Pública*, cujo principal fim é o de aplicar um método da ciência económica<sup>549</sup> a um objeto que tradicionalmente tem sido considerado no âmbito da ciência política e do direito constitucional: grupos de interesse, partidos políticos, processo eleitoral, funcionamento da burocracia e nova gestão pública, escolha parlamentar, restrições constitucionais à ação dos governos, regras e procedimentos associados ao sistema político<sup>550</sup>. A *Public Choice* envolve, como o próprio JAMES

<sup>545</sup> Cfr. M. DUGATO, “La riduzione della sfera pubblica?”, *Dir. Amm.*, 2002, pp. 169-170.

<sup>546</sup> A expressão é de PAULO OTERO, “Coordenadas Jurídicas da Privatização da administração pública”, *Os Caminhos da Privatização da administração pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, p. 35.

<sup>547</sup> Cfr. JACOB H. HUEBERT, *Libertarianism Today*, ABC-CLIO, 2010, pp. 8-10.

<sup>548</sup> Na expressão de PAULO TRIGO PEREIRA, “A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?”, *Análise Social*, Vol. XXXII (141), 1997 (2.º), pp. 419-442; entre nós, também, JOSÉ MOREIRA/ANDRÉ AZEVEDO ALVES, *O que é a Escolha Pública? Para uma análise económica da política*, Principia, 2004.

<sup>549</sup> O individualismo metodológico, entendido não no sentido político liberal, mas como método analítico económico que parte da premissa de que é o indivíduo quem, em último termo, se defronta com alternativas e realiza escolhas. Sobre o “individualismo metodológico” e a “racionalidade instrumental”, cfr. JAMES BUCHANAN/GORDON TULLOCK, *The Calculus of Consent: logical foundations of constitutional democracy*, University of Michigan Press, 1962, pp. 11-39.

<sup>550</sup> Cfr. JAMES BUCHANAN/GORDON TULLOCK, *The Calculus of Consent: logical foundations of constitutional democracy*, cit., pp. 3-16; JAMES BUCHANAN, “The Public Choice Perspective” (pp. 15-23), “Notes on the History and Direction of Public Choice” (pp. 57-61) e “Foundational Concerns: A Criticism of Public Choice Theory” (pp. 90-110), *The Collected Works of James M. Buchanan, Politics as Public Choice*, Vol. XIII (2000), eds. Geoffrey Brennan/Hartmut Kliemt/Robert D. Tollison, Liberty Fund, Indianapolis, 2003; MANCUR OLSON, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1971; WILLIAM NISKANEN, *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine-Atherton, Chicago, 1972; WILLIAM RIKER, *Liberalism against Populism*, W. H. Freeman, San Francisco, 1982; BRENNAN/BUCHANAN, *The Reason of Rides: Constitutional Political Economy*, Cambridge University Press, 1985; IAIN MCLEAN, *Public Choice: An Introduction*, Basil Blackwell, Oxford, 1987; DENNIS MUELLER, *Public Choice II*, Cambridge University Press, 1989, e *Public Choice III*, Cambridge University Press, 2003. Alguns dos postulados da *Public Choice* já se encontram em ANTHONY DOWNS, *An Economic Theory of Democracy*,

BUCHANAN reconhece, olhar a “política sem romance”<sup>551</sup>, tendo por base uma abordagem realista, que identifica diversos erros de conceção inerentes à estruturação dos sistemas político-administrativos dos governos representativos democráticos ocidentais. É desejável, por isso, uma interpenetração entre a abordagem económica e a análise político-constitucional, virada quer para o momento da *escolha* (coletiva) da medida pública e dos interesses a tutelar, quer para a forma como as medidas públicas são executadas e concretamente implementadas.

Com efeito, a teoria da Escolha Pública extrai do *balão de ensaio* os elementos da análise económica do processo político e coloca-os na *ação*, em confronto com o contexto institucional, os procedimentos públicos e as regras específicas de tomada de decisão nas democracias representativas. Perspetivando o homem como “egoística, racional e maximizador de utilidades”<sup>552</sup>, os autores da *Public Choice* sustentam que o funcionamento de todo o processo político (eleições, produção legislativa, tomada de decisões com impacto económico, celebração de contratos e parcerias público-privadas, etc.) assenta na busca por parte dos indivíduos envolvidos do seu *interesse próprio* e na manutenção do poder. Daqui resulta, desde logo, um “equivoco antropológico” no que concerne às motivações e à conduta humana nos *mercados políticos*: na verdade, apontam-se inconsistências relacionadas com a presunção de que os agentes, quando atuam nos mercados privados, as suas motivações são egoístas e visam otimizar os seus lucros, mas quando atuam no processo político, as suas motivações são altruístas e visam prosseguir sempre o interesse público<sup>553</sup>.

O designado “mercado político” é, assim, constituído por vários elementos: *eleitores, deputados, lobistas e burocratas do governo*. À exceção dos eleitores, todos os restantes assumem estratégias de maximização: os grupos de interesse procurando rendas (*rent-seeking*), os políticos maximizando votos e os burocratas visando maximizar os orçamentos do *bureau*. O processo político democrático é, na esteira de SCHUMPETER,

---

Harper and Row, New York, 1957; DUNCAN BLACK, *The Theory of Committees and Elections*, Cambridge University Press, 1958; e KENNETH ARROW, *Social Choice and Individual Values* (1951), John Wiley and Sons, New York, 1963, embora este último, em rigor, se situe, juntamente com WILLIAM RIKER e AMARTYA SENN, na Teoria da Escolha Social (*Social Choice*).

Para uma crítica à *Public Choice* e o confronto com outras correntes metodológicas, cfr. os debates entre JAMES BUCHANAN e RICHARD MUSGRAVE, *Public Finance and Public Choice: Two Contrasting Visions of the State*, MIT Press, 2001, pp. 11-252.

<sup>551</sup> “Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications”, *The Collected Works of James M. Buchanan*, Vol. I, The Logical Foundations of Constitutional Liberty (1999), cit., pp. 45-132.

<sup>552</sup> Cfr. D. C. MUELLER, *Public Choice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, pp. 1-2

<sup>553</sup> Cfr. JAMES BUCHANAN/GORDON TULLOCK, *The Calculus of Consent: logical foundations of constitutional democracy*, cit., p. 8; e JAMES BUCHANAN/ROBERT TOLLISON, *The Theory of Public Choice - II*, University of Michigan Press, 1984, p. 387.

analisado como um *mercado competitivo*, onde os agentes que nele atuam têm basicamente motivações egoístas, onde se assume que os políticos pretendem maximizar os votos e conservar o poder. As decisões políticas e económicas dos governos estão submetidas a um conjunto de poderes repartidos por diferentes órgãos político-estaduais (chefe de Estado, parlamentos, administração pública, tribunais), que interferem na implementação dessas políticas, pelo que se torna decisivo apurar o *contexto institucional* em causa e o quadro de referência constitucional<sup>554</sup>, designadamente o tipo de sistema eleitoral, a estrutura mono ou bicameral parlamentar, as regras de deliberação adotadas (maioria simples, maioria qualificada), os procedimentos decisórios (ordinários e extraordinários) eleitos, os partidos políticos dominantes do arco do governo<sup>555</sup>, etc..

Para além disso, no “mercado político informal”, atuam grupos de interesse (privados), que exercem pressão organizada no domínio parlamentar, com o objetivo de interferir diretamente sobre o poder legislativo e as decisões do poder político, produzindo programas e estratégias egoísticas que se assemelhem a exigências de interesse público<sup>556</sup>. Na atuação dos grupos de interesse adquire particular relevância a temática do *rent-seeking*<sup>557</sup>, ligada à criação pelos governos de rendas de monopólio, por intermédio da atribuição a privados de licenças de exploração de recursos em mercados regulados, que geram efeitos adversos na economia, em particular sobre os consumidores que têm de pagar preços mais elevados<sup>558</sup>. No campo da legiferação, a temática do *rent-seeking* expressa, para os cultores da Teoria da Escolha Pública, o resultado da negociação entre grupos de pressão e o legislador, através do qual se opera uma transferência de recursos de grupos menos organizados em favor de grupos mais organizados<sup>559</sup>.

---

<sup>554</sup> Cfr. JAMES BUCHANAN/GORDON TULLOCK, *The Calculus of Consent: logical foundations of constitutional democracy*, cit., pp. 119-130.

<sup>555</sup> *Idem*, pp. 131-248

<sup>556</sup> Cfr. MANCUR OLSON, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, cit., p. 9-22 e 43-52.

<sup>557</sup> Cfr. JAMES BUCHANAN, “Rent-seeking and profit seeking”, *Towards a Theory of the Rent-Seeking Society*, eds. Buchanan/Tollison/Tullock, 1980, pp. 3-15, e “Rent Seeking”, *The Collected Works of James M. Buchanan, Politics as Public Choice*, Vol. XIII, cit., pp. 251-353; ANNE KRUEGER, “The Political Economy of the Rent Seeking Society”, *The American Economic Review*, Vol. 64, n.º 3, 1974, pp. 291-303; e ROWLEY/TOLLISON/TULLOCK, *The Political Economy of Rent Seeking*, Springer, 1988, pp. 3-25.

<sup>558</sup> Para PAULO TRIGO PEREIRA, “A teoria da escolha pública”, cit., p. 435, esse “preço mais elevado representa uma *redistribuição* de rendimento dos consumidores para o monopolista [...], esses custos serão tanto mais elevados quanto maior for a atividade de *rent-seeking*”.

<sup>559</sup> Sustenta FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, cit., pp. 89-90, que coexistem na *Public Choice* duas vertentes, uma mais ligada a problemas de formação da vontade política, a votações, a impossibilidades na agregação de preferências, outra incidindo na ação dos grupos de pressão em alternativa à forma paradigmática de formação da vontade política legítima nas democracias. Esta última visão, “postula a existência de uma contratualização direta entre grupos de pressão e legisladores”, enquanto uma versão mais pluralista “encarará a legiferação como um contrato entre grupos de pressão diversos, funcionando o legislador como um (mais desinteressado) agregador ou mediador desse confronto pluralista”.

Por outro lado, uma parte significativa dos estudos da *Public Choice*, desenvolvida sobretudo a partir dos trabalhos de NISKANEN, respeita à análise económica da *burocracia administrativa – scilicet*, análise comportamental da burocracia no processo orçamental de tomada de decisão – e à perda de poder decisório pelos departamentos ministeriais<sup>560</sup>. Detetando sucessivos aumentos de despesa no campo do funcionalismo público, NISKANEN analisa, com particular detalhe, as estratégias de maximização dos agentes administrativos burocratas, movidos pelos seus próprios interesses (privilégios e regalias de carreira, aumentos salariais, *patronage*, regimes especiais de natureza laboral e previdencial mais favoráveis, expansão da agência), visando a maximização em benefício próprio do orçamento do *bureau*, e perspetivando a introdução de técnicas de eficiência na gestão, de disciplina financeira e de restrição orçamental como entraves ao exercício da *função*.

O interesse público, a qualidade na prestação do serviço ao cidadão e os princípios gerais da atividade administrativa passam a constituir, deste modo, meros valores secundários em face das motivações dos agentes burocratas e das suas estratégias (racionalis) de maximização<sup>561</sup>. Sob ponto de vista da eficiência “gestão pública”, daqui resultam: de uma banda, padrões de comportamento anómalos por parte destes agentes administrativos que detêm uma considerável influência na implementação das políticas públicas, sobretudo por intermédio do controlo de informação e da sua posição estratégica

---

<sup>560</sup> Cfr. WILLIAM NISKANEN, *Bureaucracy and Representative Government*, cit., pp. 15-40, analisando o comportamento agregado dos *bureaus*, as motivações e interesses dos burocratas, o aumento exponencial da despesa pública e o objetivo de maximização dos orçamentos públicos (*rectius*, entenda-se, na versão do Autor datada de 1994, *Bureaucracy and Public Economics*, Edward Elgar Publishing, maximização do *excedente* do “orçamento discricionário do *bureau*”, utilizado na criação de regalias ou na expansão dos recursos humanos das agências).

<sup>561</sup> WILLIAM NISKANEN, *Bureaucracy and Representative Government*, cit., p. 38, que avança soluções no sentido de introdução de mecanismos de incentivo (incrementos salariais baseados na *performance* como recompensa pelo aumento da eficiência organizacional) competição (múltiplos e competitivos *bureaus*, que, em domínios setoriais, prestam serviços de maior qualidade a um público mais alargado e de avaliação) e avaliação (monitorização e responsabilidade pelos resultados produzidos). Os eixos *competição e avaliação* são, assim, assumidos como sendo garantias da manutenção de custos mais baixos e de melhoria do desempenho dos agentes administrativos, sob a ameaça de que a *bad performance* das instituições conduzirá, em último termo, à sua reforma ou exclusão (*ob. cit.*, pp. 194-196).

A literatura sobre *burocracia administrativa* proveniente da escola da *Public Choice* é vastíssima: entre outros, já em 1967, ANTHONY DOWNS, *Inside Bureaucracy*, Waveland Press, Incorporated, 1994 (1967), pp. 24-38; GORDON TULLOCK, *The Politics of Bureaucracy*, Public Affairs Press, Washington, 1965, pp. 16-29; AARON WILDAVSKY, *The Politics of Budgetary Process*, Boston, 1984, e “La Teoría de la Limitación del Gasto”, *Papeles de Economía Española*, n.º 27, 1986, pp. 164-174; LEE SIGELMAN, “The bureaucrat as budget maximizer: an assumption examined”, *Public Budgeting & Finance Spring*, Vol. 6, n.º 1, 1986, pp. 50-59; JAN-ERIK LANE, *Bureaucracy and Public Choice*, Sage, 1987, pp. 32-60; PATRICK DUNLEAVY, *Democracy, bureaucracy and Public Choice: economic explanations in political science*, Prentice Hall, 1992, pp. 45-76; e PATRICK McNUTT, *The Economics of Public Choice*, Edward Elgar Publishing, 2002, pp. 124-138.



no processo orçamental<sup>562</sup>; e, de outra, a produção pelos *bureaus* de bens e serviços acima do nível ótimo, gerando situações frequentes de superprodução face à procura dos cidadãos (ineficiência sistémica). As sucessivas reivindicações sindicais contra a administração-empregadora revelam-se suscetíveis de paralisar numerosos serviços públicos, criando a ideia de “corporação dentro do Estado” e de “mal-estar no Estado”.

Não será, por isso, de estranhar que sejam especialmente visíveis à teoria da escolha pública, em múltiplas variáveis, “sinais de ingovernabilidade”, “vícios do poder público” e “fracassos dos governos”<sup>563</sup> no contexto de um “Estado imperfeito”, ligados à captura de agentes políticos e às suas estratégias para ganhar votos à custa de aumentos de despesa pública, à ineficiência na gestão do setor público, à manipulação de dados e informação assimétrica (entre os parlamentos que aprovam os orçamentos e as administrações públicas que os executam), à avaliação incorreta de custos económicos e sociais de políticas públicas e de contratos de parceria público-privada, à degradação de expectativas jurídicas e ao aumento da incerteza, à incapacidade para interpretar e gerir as preferências dos cidadãos em relação aos bens públicos, ao crescimento desmesurado de setores do funcionalismo público que atuam como “forças de bloqueio”<sup>564</sup>, etc.. Esta abordagem metodológica permite clarificar os problemas político-administrativos inerentes à tomada da “decisão pública”, que se assume como o momento culminante do exercício dos poderes legislativo e executivo nos sistemas representativos democráticos. Além disso, o estudo destes elementos permite compreender, em grande medida, a dificuldade que, hodiernamente, os governos sentem em implementar reformas no Estado, executar medidas estruturais e controlar interesses corporativos do funcionalismo público.

Por isso, uma abordagem *normativa* da democracia enquanto *processo* possibilita-nos alcançar as regras e as instituições que *devem* ser utilizadas para realizar escolhas coletivas. Isso significa deslocar métodos da ciência económica para a teoria da constituição, por forma a se poder ajuizar quais as regras (esquema básico de direitos

---

<sup>562</sup> Quanto a este tópico, a teoria da Escolha Pública reforça a necessidade de se restabelecer a primazia do governo representativo sobre a burocracia, essencialmente através da *centralização, coordenação e controlo* da administração pública por parte do poder político, ao passo que a escola managerial aponta a descentralização, a desregulação, a delegação de competências e a autonomia de gestão como instrumentos que visam impedir as ineficiências burocráticas geradas nos sistemas administrativos – desenvolvendo um quadro comparativo e sublinhando a importância do modelo de NISKANEN nos governos de Ronald Reagan e, sobretudo, de Margaret Thatcher durante a década de 80 do século XX, cfr. PETER AUCOIN, “Administrative Reform in Public Management: Paradigms, Principles, Paradoxes and Pendulums”, *Governance – An International Journal of Policy and Administration*, Vol. 3, n.º 2, 1990, pp. 115 -137; e ROBERT DENHARDT, *Theories of Public Organization*, cit., pp. 141-149.

<sup>563</sup> JAMES BUCHANAN, “Government Failure and in Offering Bases for Constructive Reform”, *The Collected Works of James M. Buchanan, Politics as Public Choice*, Vol. XIII, pp. 112-123.

<sup>564</sup> Cfr. ROBERT DENHARDT, *Theories of Public Organization*, cit., pp. 138-139.

fundamentais, funções do Estado, organização do poder político, regras de deliberação parlamentar, etc.), selecionadas por indivíduos, que devem estar consignadas na lei fundamental. BUCHANAN desenvolve esta problemática naquilo que ele próprio designa como *outro* programa de investigação – a “*economia constitucional*”, o estudo dos processos através dos quais regras e instituições são escolhidas e implementadas<sup>565</sup>. A perspectiva da economia constitucional de BUCHANAN gira em torno de dois eixos fundamentais: o *contrato constitucional*, que constitui o momento da escolha *de* regras e de instituições de caráter primário (regra da unanimidade) e onde é possível gerar consensos mais alargados do que sucede na fase legislativa parlamentar<sup>566</sup>, e o *contrato post-constitucional*, que implica a tomada de escolhas concretas em obediência ao quadro de referência constitucional (provisão de bens públicos), verificando-se aqui maior relutância dos agentes políticos em alcançar consensos em torno de medidas públicas<sup>567</sup>. É o que sucede no que respeita à escolha coletiva das regras essenciais ao processo político democrático (v.g., revisões constitucionais, lei eleitoral, lei sobre financiamento dos partidos políticos), que deve ser sempre submetida a um consenso alargado, implicando a sua aprovação (e/ou modificação) por *maioria qualificada*.

---

<sup>565</sup> Para PAULO TRIGO PEREIRA, “A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?”, cit., p. 432, em nota, salientando que não há dúvida de que BUCHANAN quis estabelecer *outro* programa de investigação “e para isso fundou mesmo uma nova revista, a *Constitutional Political Economy*”, revelando “uma clara «divisão do trabalho» entre GORDON TULLOCK, que ficou com a (revista) *Public Choice*, e BUCHANAN, que ficou na *Constitutional Political Economy*. Para simplificar, diremos que a *public choice* (em sentido estrito) abarca o estudo das escolhas coletivas dentro de regras e instituições precisas” (escolha *sob* regras), enquanto “a economia constitucional se debruça sobre a escolha *das* regras e das instituições”.

<sup>566</sup> Isto sucede, no entendimento de BUCHANAN, porque, no estádio constitucional da decisão coletiva, conjugam-se estabilidade (manutenção de regras) e incerteza (quanto à posição específica que cada indivíduo ocupará na sociedade), razão pela qual indivíduos racionais e egoístas (no retomar de um *hobbesian jungle or setting*) assumem uma atitude de precaução na escolha de regras, votando favoravelmente propostas que prosseguem o interesse geral – mesmo um ladrão votará leis que punem o roubo, pois, apesar de ser autor de roubos, poderia tornar-se indefinidamente vítima dos mesmos. Na esteira de BUCHANAN, quando a governação e o mercado revelam falhas na coordenação dos interesses sociais dos indivíduos, surge a necessidade de se recorrer a uma solução política, que consiste na reconciliação e agregação de interesses pré-definidos sob a égide de uma constituição. Ao contrário de RAWLS, BUCHANAN assume uma perspectiva *realista e neo-hobessiana*, aceitando que os membros da sociedade se encontrem numa posição desigual (*fora da posição original*), ao celebrar o *contrato constitucional global (inclusive constitutional contract)*, que, aprovado por unanimidade, estabelece as regras básicas da ação do Estado, a provisão dos bens públicos e o quadro de direitos e liberdades dos cidadãos. Desenvolvimentos destes tópicos podem ser colhidos em *The Calculus of Consent*, cit., pp. 131-248, e, sobretudo, nos escritos de JAMES BUCHANAN, *The Limits of Liberty: between Anarchy and Leviathan*, 1975, *Freedom in Constitutional Contract: perspectives of a political economist*, 1977, “The domain of constitutional economics”, *Constitutional Political Economy*, Vol. I, n.º 1, 1990, pp. 1-18 e “The Contractarian Vision”, *The Collected Works of James M. Buchanan*, cit., *The Reason of Rules*, Vol. X, pp. 23-37, e “The Method of Constitutional Economics”, *The Collected Works of James M. Buchanan*, cit., *Choice, Contract, and Constitutions*, Vol. XVI, pp. 79-123.

<sup>567</sup> Cfr. JAMES BUCHANAN/GORDON TULLOCK, *The Calculus of Consent*, cit., pp. 95 e 250-252.

Mais recentemente, algumas das propostas da *Public Choice* obtiveram projeção no contexto do designado “constitucionalismo financeiro”, associado a uma ideia de “Estado Imperfeito”, em face dos défices orçamentais reiterados e permanentes e dos potenciais fracassos do governo, advertindo-se para a necessidade de criação de regras orçamentais restritivas, de natureza constitucional ou sob a forma de lei de valor reforçado, de forma a limitar os valores do défice e a dívida pública<sup>568</sup>. Tais formas de constitucionalismo financeiro conhecem, na atualidade, refrações na maioria dos Estados-membros da União Europeia, como é especialmente visível no Pacto de Estabilidade e Crescimento<sup>569</sup> e nas leis orçamentais que, um pouco por todas as democracias ocidentais, estabelecem regras vinculativas de gestão financeira para as administrações públicas<sup>570</sup>.

---

<sup>568</sup> Cfr. CHARLES ROWLEY, *Constitutional Political Economy in a Public Choice Perspective*, Springer, 1997, pp. 136-137, com diversas referências bibliográficas sobre os estudos da *Public Choice* nesta material.

<sup>569</sup> Para uma síntese das traves mestras inerentes ao Pacto de Estabilidade e Crescimento, cfr. E. PAZ FERREIRA, *Direito Comunitário II (União Económica e Monetária) – Relatório*, RFDUL, Lisboa, 2001, pp. 65-72.

<sup>570</sup> Cfr. os artigos 119.º e seguintes do TFUE (em especial, o artigo 126.º TDUE e Protocolo n.º 12). Sobre o âmbito normativo dos *Programas de Estabilidade e Crescimento* (PEC), cfr.: Regulamento (CE) n.º 1466/97 do Conselho, de 7 de julho de 1997, relativo ao reforço da supervisão das situações orçamentais e à supervisão e coordenação das políticas económicas, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1055/2005 do Conselho, de 27 de junho de 2005, e Regulamento (CE) n.º 1467/97 do Conselho, de 7 de julho de 1997, relativo à aceleração e clarificação da aplicação do procedimento relativo aos défices excessivos, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1056/2005 do Conselho, de 27 de junho de 2005. Mais recentemente, reforçando o PEC, veja-se o denominado *six-pack*: Regulamento (UE) n.º 1175/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de novembro de 2011, que altera o Regulamento (CE) n.º 1466/97 relativo ao reforço da supervisão das situações orçamentais e à supervisão e coordenação das políticas económicas; Regulamento (UE) n.º 1177/2011 do Conselho, de 8 de novembro de 2011, que altera o Regulamento (CE) n.º 1467/97 relativo à aceleração e clarificação da aplicação do procedimento relativo aos défices excessivos; Regulamento (UE) n.º 1173/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de novembro de 2011, relativo ao exercício eficaz da supervisão orçamental na área do euro, com a previsão de regras destinadas a assegurar mecanismos equitativos, oportunos, graduais e eficazes para cumprimento das vertentes preventiva e corretiva do PEC; Regulamento (UE) n.º 1176/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de novembro de 2011, sobre prevenção e correção dos desequilíbrios macroeconómicos; Regulamento (UE) n.º 1174/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de novembro de 2011, relativo às medidas de execução destinadas a corrigir os desequilíbrios macroeconómicos excessivos na área do euro, o qual estabelece as regras gerais de execução do Regulamento (UE) n.º 1176/2011; e a Diretiva 2011/85/UE do Conselho, de 8 de novembro de 2011, que estabelece requisitos aplicáveis aos quadros orçamentais dos Estados-Membros, destinada essencialmente a garantir a qualidade e a transparência dos dados orçamentais nacionais.

Observa-se, posteriormente, a relevância normativa do *Pacto para o euro Mais* (encontra-se em anexo às conclusões do Conselho Europeu de 24 e 25 de março de 2011), o *Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária* (TECG) e a disciplina constante do “two-pack”, que abrange o Regulamento (UE) n.º 473/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, que estabelece disposições comuns para o acompanhamento e a avaliação dos projetos de planos orçamentais e para a correção do défice excessivo dos Estados-Membros da área do euro, e o Regulamento (UE) n.º 472/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativo ao reforço da supervisão económica e orçamental dos Estados-Membros da área do euro afetados ou ameaçados por graves dificuldades no que diz respeito à sua estabilidade financeira.

## 21. Constituição moral e relato consensual de princípios éticos vinculantes

Sob a lupa das novas teorias do contrato social, a aplicação da *argumentatio* contratualista à teoria da moral foi levada a cabo, fundamentalmente, pela doutrina norte-americana – DAVID GAUTHIER e T. M. SCANLON –, que, partindo de postulados neohobbesianos e neokantianos, se debruçou sobre a aferição de um critério moral para as escolhas individuais, segundo um *modelo hipotético* de regras racionalmente inferidas do pacto social e independentemente da circunstância histórica ou cultural. Visando recentrar a perspectiva jusracionalista – que criara um *vazio amoral*<sup>571</sup> –, observa-se, neste domínio, a subordinação do comportamento e das escolhas individuais a uma dimensão moral, através do cumprimento de normas e princípios racionais, prescritos pelas autoridades sociais e aceites como válidos pelas partes contratantes (*consenso cívico*). Nessa medida, perspetiva-se o problema da *obediência* à normatividade jurídico-pública segundo um contrato social hipotético que prescreve regras dotadas de *natureza conformadora* e de *orientação* dos comportamentos dos cidadãos, interferindo ativamente nos mecanismos psicológicos de motivação individual<sup>572</sup>.

Assim, no contratualismo de inspiração hobbesiana de DAVID GAUTHIER, as motivações das partes contratantes são fundamentalmente *egoístas*, pelo que, se cada indivíduo desconsiderar *a outrance* os interesses dos outros, conclui-se que – pesando desvantagens e benefícios – ninguém retirará proveitos do sistema de cooperação social<sup>573</sup>. Pelo contrário, todos os membros da comunidade política ganharão se observarem normas mutuamente vantajosas<sup>574</sup>. No quadrante da teoria normativa da moral de GAUTHIER, as

---

<sup>571</sup> Cfr. SAMUEL FREEMAN, “Reason and Agreement in Social Contract Views”, *Justice and the Social Contract*, Oxford, New York, 2007, p. 18.

<sup>572</sup> Subjacente a esta visão neocontratualista encontra-se um certo modelo epistemológico, que, de uma banda, impõe o recurso a uma *situação inicial* (*hipotética*) que determina as *motivações* e as *escolhas* individuais, e de outra, visa associar o conteúdo da normatividade a um contrato, produto da razão instrumental. Nestes termos, as diversas versões do contratualismo moral distinguem-se entre si, essencialmente, pela forma como descrevem a mencionada *situação inicial*, mas também pelo modo como concebem as *motivações* e *escolhas racionais* das partes contratantes. Desenvolvendo estes tópicos, cfr. BYEONG-UK YI, “Rationality and the prisoner’s dilemma in David Gauthier’s *Morals by Agreement*”, *The Journal of Philosophy*, 89, University of California, Los Angeles, 1992, pp. 484-495.

<sup>573</sup> Como afirma DAVID GAUTHIER, *Morals by Agreement*, Oxford University Press, Oxford 1986, p. 6, o intuito da sua obra consiste em captar os princípios de escolha (*principles of choice*), que podem ser gerados racionalmente de acordo com a máxima “*the relative benefit of each individual*”. À questão “porquê devo agir moralmente”, GAUTHIER respondeu com base no *princípio da escolha normativa racional*, justificando o círculo de restrições públicas ao comportamento individual com base na obtenção da máxima utilidade e vantagem social relativa – DAVID GAUTHIER, “The Social contract as ideology”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, n.º 2, pp. 130-164.

<sup>574</sup> Neste ensejo, cfr. também as concepções de JOHN HARSANYI, “Morality and the Theory of Rational Behavior”, *Utilitarianism and Beyond*, ed. A. Sen and B. Williams, Cambridge, CUP, 1982, pp. 39-62, e de JOHN MACKIE, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth, Penguin, 1977, pp. 59-72, os quais

partes realizam os seus interesses individuais, *se e na medida* em que acordem a obediência a um conjunto de restrições públicas para que todos possam obter vantagens sociais<sup>575</sup>. Com efeito, o “*contractarian*”<sup>576</sup> GAUTHIER, recorrendo à situação inicial (originária), afirma que cada indivíduo seleciona racionalmente aquilo que é suscetível de lhe proporcionar maior valor e utilidade (*value and utility*), pretendendo alcançar o máximo benefício relativo (*maximum relative benefit*), através dos seus recursos económicos (*property*)<sup>577</sup>.

No entanto, se o indivíduo pautar a sua ação pela maximização ilimitada (*straightforward maximizing*), chegará a um ponto que criará desvantagens para si mesmo (*sub-optimal outcome*<sup>578</sup>), pelo que o funcionamento do modelo de cooperação social necessariamente implicará que cada um aceite racionalmente limitar o seu interesse próprio para aderir a uma pauta de regulação pública de âmbito económico, político e social estabelecida na base de um *social compact*<sup>579</sup>. Nesta aceção, a função de *self binding* da Constituição política democrática deve formular-se em termos de *autovinculação negativa*, através de pré-restrições (limitações e proibições) a comportamentos maximalistas dos indivíduos que impeçam a plena realização dos direitos e liberdades dos demais<sup>580</sup>.

Por seu turno, no contratualismo de inspiração kantiana de T. M. SCANLON<sup>581</sup>, as *motivações* das partes não se cifram na prossecução egoística do seu interesse pessoal, mas numa intersubjetiva justificação moral das ações concretas (“*what we owe to each other*”), valoradas segundo uma ideia de *razoabilidade* (“*reasonable principles*”), a qual permite que cada cidadão esteja disposto a chegar a termos de entendimento com os outros. Na formulação do Professor de Harvard, próxima do imperativo categórico kantiano, “um ato é

defendem que as relações económicas determinam as dimensões de “sentido” e de “valor” das escolhas individuais e que, nestas, os agentes racionais procuram maximizar de forma consistente as suas utilidades ou preferências (*maximização de benefícios*).

<sup>575</sup> A este propósito M. MOORE, “Gauthier’s contractarian morality”, *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, cit., p. 211, sublinha que GAUTHIER demonstra em termos práticos ao agente “self-interested utility maximizer” que a observância das regras morais do pacto, que limitam a vontade e as suas decisões, tende a encontrar plena *correspondência com os seus interesses individuais* (“*self-interest*”).

<sup>576</sup> A filosofia política norte-americana permite uma distinção clara entre a teoria neo-hobesiana (“*contractarian*”), que visa retirar asserções morais da pura consideração dos interesses individuais e da razão instrumental, e neo-lockeana/neo-kantiano (“*contractualist*”), que estabelece como ponto de partida a igual consideração dos indivíduos enquanto agentes morais.

<sup>577</sup> Cfr. DAVID GAUTHIER, *Morals by Agreement*, cit., pp. 191-205.

<sup>578</sup> GAUTHIER exemplifica como sendo necessário o recurso a categorias da filosofia moral (conceções de “escolha racional”, de “correção” e de “vantagens coletivas” no mundo económico e social), nos casos de “insuficiência e irregularidades de mercado” ou de violação das “conceções materiais da justiça”.

<sup>579</sup> Cfr. DAVID GAUTHIER, *Morals by Agreement*, cit., p. 177 (e pp. 157-189).

<sup>580</sup> É isso que possibilita o funcionamento de um *mercado regulado* – sobre este ponto, cfr. SAMUEL FREEMAN, “Reason and Agreement in Social Contract Views”, *Justice and the Social Contract*, New York, 2007, pp. 17-44.

<sup>581</sup> *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, 1998, pp. 1-15, e “Moral Theory, Understanding and Disagreement”, *Philosophy & Phenomenological Research* 55, 1995, pp. 343-356.

errado se o princípio subjacente à sua realização for razoavelmente rejeitado pelas partes que definem os princípios de regulação geral do comportamento”<sup>582</sup>. Nestes termos, o axioma contratualista serve uma *dupla função*: por um lado, visa resolver o problema do encontro de liberdades, obedecendo a fins de justificação e de responsabilização dos sujeitos pelas suas ações, adotadas por agentes *racionais* e *razoáveis*, enquanto membros legisladores de um reino dos fins; por outro, estabelece um critério abstrato *de razoabilidade* das normas públicas, considerando-as legítimas quando compreendidas e aplicadas como instrumento de realização de fins acordados pelos consociados no pacto fundamental da comunidade (“*point commitment to certain principles*”)<sup>583</sup>.

Na ótica de RAWLS, a tese de SCANLON, mais do que uma tentativa de basear a autoridade política no consentimento, pretende constituir um “relato consensual de deveres e obrigações”<sup>584</sup>. O cumprimento da maioria dos deveres e obrigações por ele reconhecidos resultam do *consentimento dos indivíduos*, considerados enquanto agentes morais. Por esta via SCANLON eleva ao mais alto nível da especulação teórica da ideia de contrato social, dele decorrendo uma lei universal de tratar os outros de acordo com princípios que os mesmos *não poderiam razoavelmente rejeitar*<sup>585</sup>.

O problema político de fundamentar apodíctica e positivamente uma ordem jurídica *boa e justa* deve, assim, ser remetido, no nosso entendimento, à perspectiva de T.M. SCANLON: uma ordem jurídica *boa e justa*, substancialmente baseada na proteção da pessoa humana e radicada na sua ineliminável dignidade, só poderá fundamentar-se *eticamente*, enquanto síntese axiológica dos direitos e liberdades fundamentais e de princípios razoavelmente aceitáveis e justificáveis para sujeitos livres e racionais<sup>586</sup>. Nesta ótica, a função de *self binding* da Constituição política (isto é, os princípios morais que os *constituent groups* desejam impor a si mesmos e se vinculam a observar) deve ser formulada em termos de *autovinculação positiva*, estabelecendo *valores e dimensões substantivas* (v.g., cláusulas de socialidade, de não discriminação racial, sexual e étnica, de tolerância religiosa, de inclusão social, de proteção ambiental, etc.), que interferem no procedimento legislativo e vinculam entidades públicas e privadas<sup>587</sup>. Por aqui se vai

<sup>582</sup> *What We Owe to Each Other*, cit., p. 4

<sup>583</sup> Cfr. T. M. SCANLON, “Contractualism and Utilitarianism”, *Utilitarianism and Beyond*, ed. A. Sen and B. Williams, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, pp. 103-112. Para mais desenvolvimentos sobre os critérios do reconhecimento mútuo (*mutual recognition*) e de aceitação e/ou rejeição (*reasonable rejection*) dos princípios morais, cfr. T. M. SCANLON, *What We Owe to Each Other*, cit., pp. 147-188.

<sup>584</sup> *Palestras sobre a História da Filosofia Política*, cit., p. 159.

<sup>585</sup> *What We Owe to Each Other*, cit., p. 5

<sup>586</sup> Cfr. AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, 2011, p. 127.

<sup>587</sup> No direito constitucional norte-americano, esta temática cruza-se com a leitura e a perspectiva da Constituição Federal Americana como uma *Moral Constitution*, que conforma e vincula a atuação dos poderes

aprofundando a ideia de que a legitimidade material das decisões políticas depende do facto de poderem ser racionalmente aceites por todos os indivíduos ou que, pelo menos, “ninguém as possa razoavelmente rejeitar” (T.M. SCANLON).

## 22. Procedimentos comunicativos e Democracia Deliberativa

Por volta de finais da década de 80, a teoria política da democracia sofreu aquilo que alguns vêm chamando de “viragem deliberativa” (*deliberative turn*<sup>588</sup>), um pouco à semelhança da “viragem para a linguagem” (*linguistic turn*) operada no campo da filosofia na década de 70 do século XX<sup>589</sup>. Repensando os fundamentos da teoria democrática com base nas virtualidades da participação dos cidadãos em procedimentos públicos decisórios, os proponentes da democracia deliberativa encontram-se especialmente ligados à escola do *republicanismo liberal* norte-americano, mas a mencionada viragem deliberativa surge também nas obras de JOHN RAWLS (interpretação da Constituição como “garante último de fóruns públicos de deliberação, em particular, dos tribunais e das câmaras legislativas”<sup>590</sup>) e,

---

públicos a *rules of morality* – nesta linha, RONALD DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1999, pp. 1-38.

<sup>588</sup> Expressão utilizada por JOHN S. DRYZEK na sua introdução à *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press, 2000. O conceito de “*deliberative democracy*” foi, originalmente, cunhado por JOSEPH BESSETTE em “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government”, *How Democratic is the Constitution?*, eds. Goldwin/Shamba, American Enterprise Institute, 1980, pp. 102-116; V., também, P. MANIN, “On Legitimacy and Political Deliberation”, *Political Theory*, 15, 1987, pp. 338-68; JOSHUA COHEN, “Deliberation and Democratic Legitimacy”, *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, eds. Hamlin/Pettit, Oxford, Basil Blackwell, 1989, pp. 17-34; J. BOHMAN, “Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, 6 (4), 1998, pp. 400-425; JAMES FEARON, “Deliberation as Discussion”, *Deliberative Democracy*, ed. Jon Elster, Cambridge University Press, 1998, pp. 44-68; J. PARKINSON, “Legitimacy Problems in Deliberative Democracy”, *Political Studies*, 51, 2003, pp. 180-96; JON ELSTER, “Deliberation and Constitution making”, *Deliberative Democracy*, ed. Jon Elster, Cambridge University Press, 1998, pp. 97-122; *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, eds. James Bohman/William Rehg, MIT Press, 1997; *Debating Deliberative Democracy*, eds. James Fishkin/Peter Laslett, John Wiley & Sons, 2008; CARLOS SANTIAGO NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, 1997; JOSÉ LUIS MARTÍ, *La República deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, 2006; e *El giro deliberativo en la democracia. Teoría y evidencia empírica*, eds. Cuervo/Hernández/Ugarriza, U. Externado de Colombia, 2012.

<sup>589</sup> Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. II, *Teoria della democrazia*, cit., pp. 5-157. Entre nós, são já incontornáveis nesta matéria os estudos de FILIPE CARREIRA DA SILVA, “Democracia deliberativa: avaliando os seus limites”, *Comunicação apresentada no II Congresso da Associação Portuguesa de Ciência Política, Fundação Calouste Gulbenkian*, 19-20 de Janeiro 2004, pp. 1-18; “Habermas e a esfera pública: reconstruindo a história de uma ideia”, *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 35, 2001, pp. 117-138; e *Virtude e Democracia. Um Estudo sobre Ideias Republicanas*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2004, pp. 205-213. Cfr., também, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 1414-1417; L. F. COLAÇO ANTUNES, “Da ressurreição do consenso tácito à morte da vontade política pública”, *Autoridade e Consenso no Estado de Direito*, cit., pp. 12-27; e A. ESTANQUEIRO ROCHA, “Democracia deliberativa”, *Manual de Filosofia Política*, cit., pp. 137-182.

<sup>590</sup> Cfr. FILIPE CARREIRA DA SILVA, “Democracia deliberativa: avaliando os seus limites”, cit., p. 4.

sobretudo, no pensamento de JÜRGEN HABERMAS (apelo à democracia discursiva e à razão comunicativa<sup>591</sup>).

Reagindo abertamente contra o “modelo elitista”<sup>592</sup>, que reduz a democracia a um mecanismo competitivo de escolha dos líderes políticos através do voto, por força da sua equiparação à dinâmica de mercado, traduzida na relação de oferta e procura entre políticos-empresários e cidadãos-consumidores, a conceção deliberativa recupera a dimensão *normativa* da democracia<sup>593</sup>, trazendo o cidadão – distanciado dos assuntos de interesse da coletividade – para o centro do debate político e do *decision making* administrativo (v.g., promoção de direitos de participação orgânica e procedimental, publicidade e transparência<sup>594</sup>). A deliberação tomada pelos cidadãos sobre a escolha de medidas coletivas que lhes dizem respeito assenta, em geral, numa *conceção processual de política deliberativa*, que assume o *debate, a discussão, a troca de argumentos* – e não a pré-definição de interesses divergentes – como ponto de partida para a transformação das opiniões e preferências individuais nos fóruns deliberativos<sup>595</sup>.

Quer isto significar que, essencial para a vida em democracia, é a *participação* dos cidadãos em discussões sobre temas políticos alargados (incluindo questões de relevância moral, ética e de ordenação social), por intermédio da *troca livre e racional de argumentos* e da *discussão de alternativas* no espaço público<sup>596</sup>. E assim, melhor do que a proclamação de leis universais e imutáveis, devem antes os indivíduos, como sujeitos participantes de uma comunidade política, submetê-las ao juízo crítico dos demais, para diálogo, discussão e aprovação final. Tudo isto operando num quadro em que a legitimidade das decisões políticas depende mais do facto de estas poderem ser racionalmente aceites em fóruns deliberativos por todos os cidadãos, do que da *legitimidade formal ou de título*<sup>597</sup>.

---

<sup>591</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, cit., e *Theorie des kommunikativen Handelns: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp, 1988.

<sup>592</sup> Cfr. WILLIAM R. NYLEN, *Participatory Democracy versus Elitist Democracy*, Palgrave Macmillan, 2003, pp. 1-2.

<sup>593</sup> Cfr. THORSTEN HÜLLER, *Deliberative Demokratie: Normen, Probleme und Institutionalisierungsformen*, LIT Verlag Münster, 2005, pp. 14-15.

<sup>594</sup> Cfr. TINA NABATCHI, “Addressing the citizenship and democratic deficits: The potential of deliberative democracy for public administration”, *American Review of Public Administration*, Vol. 40 (n.º 4), 2010, pp. 376-399.

<sup>595</sup> Cfr. DAVID HELD, *Models of Democracy*, cit., p. 234.

<sup>596</sup> Cfr. AMY GUTMANN/DENNIS THOMPSON, *Why Deliberative Democracy?*, Princeton University Press, 2009, pp. 3-13.

<sup>597</sup> Cfr. DAVID HELD, *Models of Democracy*, cit., p. 238; e AMY GUTMANN/DENNIS THOMPSON, *Why Deliberative Democracy?*, Princeton University Press, 2009, p. 9.



No entanto, a institucionalização de formas e mecanismos de participação conhece um arranjo diferente, consoante o quadrante político-ideológico respetivo<sup>598</sup>. De acordo com uma interpretação *liberal*, a autodeterminação democrática só alcança plena realização no *medium* de um direito positivo estruturado individualisticamente, ou seja, tendo como fim a garantia dos direitos subjetivos dos cidadãos (sob o mote de direitos preexistentes à associação política estadual e suscetíveis apenas de autolimitação por consentimento do indivíduo)<sup>599</sup>. O poder político exerce-se através de *representantes* com base na ideia de confiança política (*trust*) e o processo democrático baseia-se na agregação de preferências, sendo a democracia um processo de decisões coletivas a partir de interesses individuais.

Por seu turno, na *corrente republicana* (*classical republicans, civic republicans e neo-republicans*)<sup>600</sup>, a democracia assume a forma de um compromisso ético-político referente a uma identidade coletiva no seio da comunidade<sup>601</sup>, por intermédio da competência cognitiva dos cidadãos no quadro de um exercício virtuoso (*civic virtue*) dos deveres de cidadania<sup>602</sup>. Apelar à autoorganização política da comunidade no seu conjunto (*self-government*) significa, nestes termos, perspetivar os *direitos cívicos* (*civil rights*) dos cidadãos enquanto direitos de participação procedimental e de conformação da decisão política<sup>603</sup>. A legitimidade do “domínio das leis” obtém-se, justamente, por meio de um processo de formação democrática da vontade soberana dos cidadãos. Sob o mote do aprofundamento de uma comunidade ética institucionalizada no Estado, a conceção republicana caracteriza-se por devolver à sociedade uma palavra na definição daquilo que deve ser o interesse comum e a constituição da própria comunidade política. Trata-se, de resto, da ideia de soberania popular, enquanto substância ética de uma comunidade política,

---

<sup>598</sup> Cfr. THORSTEN HÜLLER, *Deliberative Demokratie: Normen, Probleme und Institutionalisierungsformen*, cit., pp. 47-138, inclui, além da visão republicana (*Republikanismus*), a conceção deliberativa liberal (*deliberativer Liberalismus*), a democracia procedural (*deliberativer Prozeduralismus*) e a democracia deliberativa constitucional (*konstitutionelle deliberativer Demokratie*).

<sup>599</sup> Cfr. CAROLE PATEMAN/CHARLES MILLS, *The Contract and Domination*, cit., pp. 18-25.

<sup>600</sup> Recordem-se, a este propósito, os trabalhos pioneiros de HANNAH ARENDT, *The Human Condition*, Chicago, 1958; J.G.A. POCKOCK, “Civic Humanism and its Role in Anglo-American Thought”, *Politics, Language, and Time: Essays on Political Thought and History*, Chicago, 1989; e QUENTIN SKINNER, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, 1998.

<sup>601</sup> *Legal Republicanism*, eds. Samantha Besson/José Luis Martí, Oxford University Press, 2009, p. 161.

<sup>602</sup> Cfr. RICHARD DAGGER, *Civic Virtues: Rights, Citizenship, and Republican Liberalism: Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, Oxford University Press, 1997, pp. 13-19. A cidadania coexiste com o ideal de pertença a essa comunidade, donde decorrem os direitos de participação política e um entendimento ético-político com base numa *cultura e tradição comuns* dos membros dessa comunidade.

<sup>603</sup> Cfr. PHILIP PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1999, pp. 1-9; “Negative Liberty, Liberal and Republican”, *European Journal of Philosophy*, 1, 1993, pp. 15-38, e “Freedom and Antipower,” *Ethics*, 106, 1996, pp. 576-604.

baseada no postulado de *autogoverno*<sup>604</sup>, que conjuga o princípio contratualista-democrático da autodeterminação do povo com o caráter pedagógico e transformador da participação política<sup>605</sup>.

Ora, no plano da teoria democrática, a conceção deliberativa permite superar certas fragilidades que se manifestam quer no pensamento liberal quer no republicano, por intermédio da necessidade de articulação entre as dimensões “representativa” e “participativa”. Alguns aspetos da conceção republicana surgem no modelo de *democracia da discussão ou discursiva* de JÜRGEN HABERMAS, que, apesar de reconhecer que o processo democrático diz respeito à autoorganização política da comunidade, recusa uma visão da política deliberativa dependente da ideia de virtude cívica (*civic virtue*) e exclusivamente assente na moral social de uma comunidade, alheia ao reconhecimento do *pluralismo cultural e social*. Deslocando o foco da cidadania virtuosa para o dos espaços públicos e dos procedimentos comunicativos (v.g. eleições democráticas, formação da vontade parlamentar, opinião pública e discussões racionais orientadas para o entendimento mútuo),

---

<sup>604</sup> Cfr. I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, Routledge, 2002, p. 297.

<sup>605</sup> Por seu turno, autores como AMY GUTMANN e DENNIS THOMPSON, que conciliam *liberalismo político* e *democracia deliberativa*, sublinham que a democracia deliberativa é, *ex definitione*, aberta à transformação das preferências individuais no quadro da interação política. Todavia, a realização de um debate público para *tomada de deliberação* (v.g., matérias legislandas) exige necessariamente a presença de determinados pressupostos discursivos: respeito pela dignidade humana e universalidade de direitos (o que exclui argumentos totalitários, racistas, xenófobos e baseados na orientação sexual, etc.), a ausência de privilégios, a liberdade de palavra, a igualdade de oportunidades entre os participantes (tornando inelegíveis argumentos que violem ou restrinjam os direitos de participação e de comunicação de certo grupo), a tolerância discursiva e a liberdade religiosa (tornando inelegíveis argumentos assentes em dogmas da fé), etc.. No leque de condições que deve reunir o debate (“*the chief standards regulating the conditions of deliberation*”), AMY GUTMANN/DENNIS THOMPSON, *Why Deliberative Democracy?*, cit., p. 133, sublinham que apenas são admissíveis argumentos que respeitem “os princípios da *reciprocidade, publicidade e responsabilização*”.

Verifica-se, assim, que, de uma forma geral, estas doutrinas deliberativas deslocam o consenso (inicial) expresso no compromisso institucional entre interesses divergentes para o *acordo* de posições na *adoção da deliberação final*. As normas suscetíveis de aceitação universal obter-se-ão em sintonia com a “força do melhor argumento”, ao ponto de determinada deliberação, aprovada segundo as regras e os princípios discursivos válidos, revelar a presença de índices de justiça do consenso social, na medida em que se pode afirmar ter sido este obtido em termos formalmente corretos. A inerente natureza dialógica e argumentativa que subjaz à tomada da deliberação política visa discernir o naipe de soluções de ordenação da vida comunitária, em harmonia com os valores de justiça e equidade, razoabilidade, fundamentação técnica, “força do melhor argumento”, etc.. Advirta-se, no entanto, que a acentuação de uma visão procedimentalista que visa alcançar a *validade procedimental* independentemente da *verdade* do resultado a que ela conduza nem sempre traduz a melhor opção no que respeita à adequação da decisão às ideias de *direito* e de *justiça*. Isso mesmo tem vindo a ser defendido por ROBERT ALEXY, “My Philosophy of Law: the institutionalisation of reason”, ed. Luc J. Wiggins, *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 23, que faz depender o conceito de “direito válido” da ponderação de três elementos: a “promulgação adequada”, a “eficácia social” e a “correção substantiva”. Os aspetos da *legal certainty and correctness* foram aprofundados na comunicação proferida por ROBERT ALEXY por ocasião do seu *Doutoramento Honoris Causa* na Universidade de Coimbra – “Certeza jurídica e Correção”, *BFDUC* 88 (2013), pp. 481-497.

a democracia discursiva funda-se numa teoria da linguagem<sup>606</sup>, que envolve *formas de comunicação* e de *discussão livre, inclusiva e reflexiva*, enquanto meio através do qual os indivíduos podem obter o reconhecimento da validade das suas formulações (*razão comunicativa*<sup>607</sup>).

Cumpra aqui notar que o fluxo de comunicação e os pressupostos comunicativos não se esgotam apenas em processos formais, no quadro de formação da vontade parlamentar, abarcando também mecanismos informais de comunicação presentes na sociedade (redes de discussão e de negociação descentralizadas). A democracia discursiva conjuga, assim, o processo de formação da vontade formalmente articulada e os processos informais de opinião<sup>608</sup>, figurando como uma teoria de tipo essencialmente procedimental (*neoconsensualista*).

Em suma, numa sociedade aberta, como o é a moderna *sociedade da informação e do conhecimento*, considera-se que não basta fundamentar as políticas públicas na legitimidade formal dos governantes: é, também, necessário, fundamentá-las tecnicamente e argumentar a seu favor no espaço público para que se tornem mais consensuais, conferindo à decisão *unidade procedimental e suporte social*. O êxito da política deliberativa depende, deste modo, da institucionalização dos processos e condições de comunicação correspondentes, bem como da relação entre os processos deliberativos institucionalizados e as opiniões públicas informalmente desenvolvidas. A *comunicação* assume-se como elemento primordial na sustentação da teoria democrática<sup>609</sup>, a par da noção de *público inclusivo*, aberto a todos quantos pretendam nele participar, seja na arena parlamentar seja noutros fóruns discursivos juridicamente conformados. A discursividade dialógica e o poder

---

<sup>606</sup> Para uma aproximação às complexas temáticas da *filosofia hermenêutica e analítica, teorias da verdade e racionalidade da ação*, vide a tradução portuguesa *Obras Escolhidas* de JÜRGEN HABERMAS, Vol. I (*Fundamentação Linguística da Sociologia*), pp. 263-292, e Vol. II (*Teoria da Racionalidade e Teoria da Linguagem*), Edições 70, Lisboa, 2009, pp. 27-62 e 181-233.

<sup>607</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, cit., p. 289.

<sup>608</sup> Sobre o modo como a comunicação linguística (compreendida no quadro da *Handlungstheorie*) origina e legitima práticas democráticas, JÜRGEN HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, cit., pp. 299-305, e *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp Verlag GmbH, 1999, pp. 284-291.

<sup>609</sup> A ideia de “verdade” alcança consistência através da referência ao desempenho discursivo de pretensões de validez (*Richtigkeit*). No contexto da designada *teoria consensual da verdade*, a validade de um enunciado decorre da relação entre uma proposição como facto linguístico e a situação de facto expressa na proposição (problema de concordância discursiva) – cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Obras Escolhidas* Vol. I (*Fundamentação Linguística da Sociologia*), pp. 263-292, e Vol. II (*Teoria da Racionalidade e Teoria da Linguagem*), Edições 70, Lisboa, 2009, pp. 27-62 e 181-233.

comunicativo constituem, portanto, formas de legitimação da atuação política balizadas pelo direito<sup>610</sup>.

Tais posições situam-se sobre o terreno prático das deliberações públicas (desde logo, das leis parlamentares), sendo suscetíveis de aplicação ao *decision making* administrativo<sup>611</sup>. A institucionalização de procedimentos discursivos deste tipo no domínio público, que supõem uma participação ampla dos cidadãos (promovem a transparência e a publicidade crítica), permitem conceber um *poder administrativo democrático legitimado e fundado na comunicação*.

Segundo esta perspetiva, a abertura e estímulo à *participação administrativa* (procedimental) dos cidadãos não se esgota nas formas clássicas de audição e de auscultação dos interessados nos procedimentos administrativos, pretendendo-se, por esta via, abrir canais mais amplos de intervenção da cidadania. Isto é possível através da criação de *espaços deliberativos*, com publicidade de informação e abertos à apreciação das razões subjacentes à tomada de medidas administrativas e à ponderação dos seus resultados, colocando-se a ênfase na racionalidade do “*forum*” e não tanto na racionalidade do “*market*” (modelo agregativo de preferências)<sup>612</sup>.

Aplicada à ação administrativa, a democracia deliberativa permite a afirmação de uma legitimidade de exercício mediante o desenvolvimento da “*collaborative governance*” na tomada de decisões e deliberações públicas<sup>613</sup>. Trata-se de um novo estilo de administração, em voga no ordenamento jurídico norte-americano, mas que, no espaço euro-continental, não parece ter logrado, ainda, a atenção e o interesse que merece. Nos Estados Unidos, a doutrina tem vindo a estudar, com especial interesse, as potencialidades de aplicação das formas jurídicas da democracia deliberativa ao *decision making* administrativo, de modo a suprir aquilo que designam por “*citizenship and democratic deficits*”<sup>614</sup>, sublinhando que a participação deliberativa é uma *participação coletiva dos cidadãos na*

---

<sup>610</sup> A formação política da opinião e da vontade acontece no *medium* do direito, que assegura iguais direitos de comunicação e discussão aos participantes – JURGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, cit., pp. 153-155. Trata-se, na formulação de HABERMAS, *idem*, p. 141, de um processo discursivo juridicamente conformado de estabelecimento do direito (“*ihrerseits rechtlich verfassten diskursiven Rechtssetzungsprozess*”).

<sup>611</sup> Reclamando, por esta via, um “papel deliberativo” para a administração pública, favorável à autonomização de um *direito administrativo participativo e compromissório*, cfr. TINA NABATCHI, “Addressing the citizenship and democratic deficits: The potential of deliberative democracy for public administration”, cit., pp. 376-399, e “Why Public Administration Should Take Deliberative Democracy Seriously”, *The Future of Public Administration Around the World: The Minnowbrook Perspective*, ed. Rosemary O’Leary, Georgetown University Press, 2010, pp. 155-156.

<sup>612</sup> Cfr. TINA NABATCHI, “Addressing the citizenship and democratic deficits”, cit., p. 385.

<sup>613</sup> Cfr. B. GUY PETERS/CHRISTIAN HUNOLD, “Bureaucratic discretion and deliberative democracy”, *ETransformation in Governance: New Directions in Government and Politics*, Idea Group Inc, 2004, p. 139.

<sup>614</sup> Sobretudo pela voz de TINA NABATCHI, “Addressing the citizenship and democratic deficits”, cit., pp. 376-399; e “Why Public Administration Should Take Deliberative Democracy Seriously”, cit., pp. 159-165. A renovação da *democracia administrativa* deve fazer-se pela via da acentuação da *democracia participativa e deliberativa*, informada e tolerante, que renova a legitimidade da ação administrativa, através da criação de novas modalidades de intervenção da cidadania na gestão da *res publica*. Não basta, no entanto, a

*atividade administrativa*, que envolve uma “gestão partilhada” das decisões públicas sobre assuntos de interesse para a vida da comunidade (v.g., orçamentos participativos)<sup>615</sup>.

A participação deliberativa afeta especialmente o procedimento de formação das decisões administrativas e o modo da sua implementação, visando a convocação dos participantes sociais para, através do diálogo, da troca de argumentos e da votação, expressarem a sua opção e concordância com as medidas públicas a serem implementadas pela administração (em princípio, municipal ou regional)<sup>616</sup>. Por esta via se visa alcançar, coletivamente, a escolha da melhor proposta para o interesse público, através da adoção de regras de discussão informada, que aumentam a informação disponível, fazendo proliferar alternativas que de outro modo poderiam não surgir.

Para além dos interesses em apreço se tornarem valores defendidos publicamente, as deliberações assim geradas correspondem ao *consensus populi* racionalmente obtido e reforçam a orientação da deliberação para o interesse público em detrimento de interesses privados. Sendo a *deliberação* tomada fonte de legitimidade, é neste agir comunicacional e dialógico que administração e cidadãos se afirmam como sujeitos funcionalmente comprometidos com a realização do bem comum. Esse referente cardeal é, ao fim e ao cabo, o mais importante valor a atingir, pelo que daqui decorre a necessidade (vital) de serem os *cidadãos* quem, efetivamente, participa na atividade pública e administrativa, caso contrário serão os grandes *grupos* e *atores neocorporativos* a utilizar esses direitos de intervenção procedimental para fazer valer os seus empreendimentos económicos e interesses empresariais.

---

atribuição aos cidadãos do direito de participar, direta ou indiretamente, na tomada de decisões administrativas. É necessário que aqueles que são chamados a decidir sejam colocados perante *alternativas* reais e em condições de poder escolher entre elas.

<sup>615</sup> Registe-se, de forma paradigmática, a proliferação de vários programas administrativos neste domínio: “*Deliberative Democracy Consortium*”, “*The National Coalition for Dialogue and Deliberation*”, “*The Co-Intelligence Institute*”, “*Public Agenda*”, “*Public Conversations Project*”, “*Everyday Democracy*” e o célebre “*America Speaks*”. Sob ponto de vista da investigação universitária, para além da existência de um “*Journal of Public Deliberation*”, existem diversos institutos e centros de investigação nesta matéria, designadamente os “*Center for Deliberative Democracy at Stanford University*”, “*The Democracy Collaborative at the University of Maryland*”, “*The Center for Deliberative Polling at the University of Texas-Austin*”, “*The Deliberative Democracy Project at the University of Oregon*” e “*The Democracy Imperative at the University of New Hampshire*”.

<sup>616</sup> Cfr. TINA NABATCHI, “Addressing the citizenship and democratic deficits: The potential of deliberative democracy for public administration”, cit., p. 384.

### 23. Posição adotada: o princípio contratualista enquanto princípio genético, informador e regulativo da ordem jurídica constitucional

Colocadas no *balão de ensaio* da teoria da constituição (*Verfassungslehre*), as correntes neocontratualistas e neoconsensualistas prescrutadas envolvem concepções *político-normativas*, em torno da legitimação democrática do poder político e do que *devem ser* os fins da associação estadual. Reconhecida e “acreditada” ao nível mais elevado do ordenamento juspublicístico<sup>617</sup>, a sua *inclusão* na teoria da constituição não suscita dúvidas, quando vista sob a lupa de um *método* de *discussão*, *aceitação* e *legitimação* de regras jurídicas do político, relativas ao modo de ordenação jurídico-constitucional do Estado de direito.

Todavia, observando as grandes linhas do contratualismo como *ideologia política*, desde a Renascença até aos fins do século XX, facilmente se depreende que existe uma certa utilização abusiva do termo “contratualista” (v.g., no anarquismo bakuninista, no socialismo proudhoniano, no libertarismo). Não pode ser a simples utilização do contrato como *dispositivo de coordenação* que deve suportar o entendimento de uma determinada corrente jurídico-política como contratualista, sendo antes a específica axiologia material<sup>618</sup>.

Pese embora o conteúdo global do contrato social varie consoante os tempos e as circunstâncias de cada comunidade, o seu *núcleo* virtualmente permanente e imutável cifra-se numa ordem de valores humanista e de princípios democráticos aceites na respetiva comunidade como paradigma normativo, ao qual as pessoas e as organizações devem *obediência* e com as quais as decisões públicas se devem achar em concordância ou conformidade (*contrato regulativo* ou *contrato originário*). Daí preferirmos utilizar o sentido kantiano de *contrato originário* regulativo do poder público (*ursprünglicher Vertrag*)<sup>619</sup> como *operador hermenêutico* da ordem jurídica constitucional.

---

<sup>617</sup> Cfr. J. ROUX, “La Constitution comme contrat”, cit., pp. 447-455; e GIORGIO DEL VECCHIO, *Sui Vari Significati della Teoria del Contratto Sociale*, cit., p. 8.

<sup>618</sup> Na nossa visão, o contratualismo expressa um *sentido propositivo*, pelo que não deve ser reduzido a uma estrutura lógico-formal que pode ser preenchida com os mais diversos conteúdos – para usar uma metáfora, como se fosse reduzido a uma espécie de “invólucro” ou “recipiente”.

<sup>619</sup> Cfr. ULRICH SASSENBACH, *Der Begriff des Politischen bei Immanuel Kant*, Königshausen & Neumann, 1992, p. 65. Também J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, cit., pp. 340-341, adotou a ideia de *contrato originário* como cerne da sua filosofia da linguagem e do discurso legitimador, imprimindo-lhe não um sentido formalista e ahistórico, mas concretamente situado na *conduta comunicativa*, no *assentimento* e na *adesão* à comunicação como momento que expressa a *vinculação subjetiva*: “em nosso modo de ver, o pragmatismo e a filosofia da linguagem redescobrem a dimensão pactícia (ou de convenção) do Contrato Social como contrato originário. Deve entender-se a adesão ao pacto como necessariamente implícita em todo o ato de comunicação na comunidade, como pressuposto ético radical da entrada em comunicação, como compromisso ético originário”.

Em termos práticos, o *princípio contratualista* funciona como operador *hermenêutico* da ordem jurídica constitucional, oferecendo uma pauta de leitura indispensável à interpretação e aplicação de preceitos constitucionais, nacionais e internacionais, consagradores de direitos fundamentais e liberdades básicas e que envolve alguns dos postulados da “ordem axiológica suprapositiva” (v.g., Constituições políticas democráticas, Carta das Nações Unidas, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Convenção Americana dos Direitos do Homem)<sup>620</sup>.

---

<sup>620</sup> Estabelecendo uma relação direta entre *contratualismo* e *hermenêutica constitucional*, JÓNATAS MACHADO, “Contrato Social e constitucionalismo: algumas notas”, *Autoridade e Consenso no Estado de Direito*, Colóquio Internacional, coord. Luís F. Colaço Antunes, Coimbra, 2002, pp. 70-82, que considera a Constituição da República Portuguesa “erigida sobre a matriz contratualista”, designadamente apelando à teoria do *poder constituinte* (“a Constituição, enquanto expressão formal do contrato social, surge como norma superior de todo o ordenamento jurídico”), aos *direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana* (“o contratualismo partilha a mesma base antropológica da nossa Constituição; à semelhança do que sucede com o modelo contratualista, também na Constituição a liberdade é configurada como *regra* e a restrição é tratada como *exceção*” – artigo 18.º da CRP), à *liberdade de expressão* (“o contrato social encontra-se umbilicalmente ligado a este direito fundamental, já que ambos repousam na crença do *poder criador e determinante da palavra* emanada de uma vontade livre e esclarecida” – artigo 37.º da CRP), à *liberdade de religião, de consciência e de culto* (na senda do pensamento necontratualista, a “neutralidade confessional do Estado”, num contexto social marcado pelo pluralismo e pela coexistência de várias concepções político-sociais).

Um outro aspeto que deve, em nosso entender, ser sublinhado na relação entre *contratualismo* e *hermenêutica constitucional* diz respeito ao “direito de resistência” e ao instituto da “desobediência civil”. A consagração de um *direito de resistência* a ordens que ofendam os direitos, liberdades e garantias, tal como se encontra previsto no artigo 21.º da Constituição da República Portuguesa (“todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”) traduz a influência de postulados contratualistas. O *direito de resistência para a defesa de direitos constitucionais*, que tanto pode ser de exercício individual como coletivo, seja para proteger os direitos, liberdades e garantias de carácter pessoal, de participação política e os dos trabalhadores, compreende, segundo J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, 2007, pp. 420-422, dois aspetos: “não cumprir qualquer ordem desde que ela seja ofensiva de um dos direitos, liberdades e garantias; repelir pela força qualquer agressão, no caso de não ser possível recorrer à autoridade pública”. Cumpre aqui notar que o direito de resistência, objeto de tratamento pelo pensamento contratualista medieval e pelas doutrinas dos monarcómacos (“*monarchomachismus sub specie tyrannidit*”), é o *direito de resistência popular ou nacional* e não tanto o direito de resistência para defesa de direitos constitucionais. Com aquele *direito de resistência*, que se situa no epicentro das doutrinas contratualistas clássicas, reconhece-se aos povos o direito de se oporem ativamente a formas ditatoriais ou despóticas de governo e ao domínio estrangeiro. Ligado ao princípio da origem popular do poder político, o seu exercício visa, desta forma, combater globalmente um sistema político “corrupto”, “tirano”, “injusto”, que dissolve a legitimidade formal e de título. Uma expressão próxima deste direito de resistência coletiva encontra-se no artigo 7.º, n.º 3, da CRP (o direito dos povos à insurreição contra todas as formas de opressão).

O *direito à insurreição* é um direito de resistência coletiva, ativamente exercido pelos povos que lutam contra a opressão, e intrinsecamente ligado ao direito à *autodeterminação* e *independência* dos povos. Por seu turno, a *desobediência civil* constitui o direito de qualquer cidadão, individual ou coletivamente, de forma pública e não violenta, com fundamento em imperativos ético-políticos, poder realizar os pressupostos de uma norma de proibição, com a finalidade de protestar, de forma adequada e proporcional, contra uma grave injustiça. Como observa JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 320, trata-se de um “ato público, não violento, consciente e político, contrário à lei, praticado com o propósito de provocar uma alteração da lei ou dos programas de governo”. Sobre a *desobediência civil* como instituto de garantia da constituição, cfr. HENRY THOREAU, *Desobediência Civil: Resistência ao Governo Civil*, Martins Fontes, 1989; HANNAH ARENDT, “Desobediência Civil”, *Crises da República*, São Paulo, 1999; e MARIA DA ASSUNÇÃO ANDRADE ESTEVES, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, AAFDL, Lisboa, 1989.

Por outro lado, no plano da Teoria da Constituição, a nossa perspectiva aproxima-se claramente da concepção rawlsiana da *basic structure* e da escolha da *convenção constituinte*. Nesse domínio, o teorema do contrato social não é relegado para a dimensão explicativa sobre a “origem do Estado moderno e da ordem política”: ao invés, é parte integrante da sua história sucessiva, razão pela qual “a unidade do Estado não deve ser concebida como ponto de chegada”, que pressupõe a dissolução dos indivíduos no todo, mas como um “processo no qual o compromisso constitucional desempenha um papel constitutivo determinante”, submetido a uma revisão contínua, e onde “as forças sociais se reposicionam e reconstituem continuamente”<sup>621</sup>. Nessa medida, o princípio contratualista funciona, no nosso tempo, como operador *hermenêutico* da ordem jurídica pública, apontando para um projeto constitucional *inclusivo e pluralista*, que se renova a cada passo<sup>622</sup>, adotado no seio de uma comunidade política de homens livres e iguais, erigida sob laços de *interdependência e conectividade*<sup>623</sup>.

Hodiernamente, no quadro da Teoria da Constituição, a *ideia de contrato*, traduzindo um “contratualismo primário”, materializa-se numa dimensão principiológica<sup>624</sup>, constituindo um princípio regulativo (ou de direção): o princípio hermenêutico contratualista permanece estável não apenas como *princípio genético*, informador e conformador, de arquétipo ou explicativo, mas também como *quadro de referência e*

<sup>621</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Il Contratto Sociale, Oggi*, cit., pp. 31 e 40-41.

<sup>622</sup> Esse “novo compromisso social” adquire expressão nas constituições políticas e nas sucessivas revisões constitucionais (cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, I, cit., pp. 155-156). Por conseguinte, a ideia de contrato reconduz-se ao *compromisso constitucional* – um compromisso *dinâmico e pluralista*, gerador de transformações na compreensão de problemas jurídico-constitucionais.

<sup>623</sup> Cfr. RON REPLOGLÉ, *Recovering the Social Contract*, cit., pp. 3-4; PATRICE CANIVEZ, “La réalité historique du contrat social”, *Approche renouvelée de la contractualisation*, cit., pp. 35-46; e LUIGI DI SANTO, “Il Contratto Sociale nell’Era della Monarchia Mediatica”, *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Stefano Cherti, Cedam, 2010, pp. 246-250. Em sentido contrário, sempre se poderia dizer, com FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, cit., pp. 87 e 89, que “nem tudo, nos domínios da política, é reconduzível ao esquema do contrato – começando pelas organizações e instituições que representam formas coletivas de coordenação mas se encontram ostensivamente desprovidas de bilateralidade, às quais se adere sem negociação”. E, também, que o contratualismo, numa versão mais radical, assenta na convicção de que “quase tudo num sistema público de cooperação social é passível de uma solução concertada e negociada entre as partes envolvidas, dispensando hetero-tutelas salvo em casos muito específicos”. Mas sem razão. Como temos vindo a enfatizar, a função do contratualismo é *legitimadora* e não visa reduzir todos os aspetos e dimensões da vida em sociedade ao contrato. Há, também, uma vertente *normativa* na visão contratualista, que é decerto mais consentânea com o efetivo exercício da liberdade política e com o repeito pela autonomia individual, apelando a uma crescente “personalização” das relações entre o Estado e os cidadãos e à “prestação de contas” pelos responsáveis políticos. Daí FERNANDO ARAÚJO acabar por reconhecer, no conjunto das teorias que analisa, que o contratualismo é “a menos má das convenções «fundadoras» da organização estadual, a mais resistente às objeções a que todas as ideologias legitimadoras se encontram expostas” – *idem, ob. cit.*, p. 86.

<sup>624</sup> Imputando um sentido de *continuidade, vitalidade e persistência* ao contrato social na dogmática constitucional, cfr. NORBERTO BOBBIO, *Il Contratto Sociale, Oggi*, cit., pp. 31 e 40-41.



*esquema pré-compreensivo* do funcionamento da ordem jurídica pública, poderoso fator de eficácia do direito positivo e de realização da paz social.

Decorre, por conseguinte, da *ideia de contrato* um *princípio regulativo ou orientador da ação pública*, dirigido aos órgãos supremos do Estado: enquanto exigência da razão, possui o efeito prático de, por um lado, vincular qualquer autoridade, no exercício dessa *summa potestas*, a elaborar as suas decisões *como se* (“*als ob*”) elas fossem obra da vontade reunida de todo o povo e, por outro lado, de vincular qualquer súbdito, até onde queira ser cidadão, a considerá-las *como se* (“*als ob*”) ele próprio tivesse participado em tal vontade. Por esta via hermenêutica conjuga-se *autodeterminação do indivíduo* e *heterodeterminação pública* (obrigação política e coação pública como emanção livre da vontade e da aceitação dos obrigados<sup>625</sup>), procedendo-se à concretização histórica da “ideia de Direito” e da “natureza das coisas”<sup>626</sup>. O que interessa aqui – na aceção jurídico-constitucional da *ideia de contrato* – é enfatizar que os representantes dirigem o Estado *como se* o seu poder estivesse fundado num “contrato originário”, devendo, nessa medida, prestar contas do modo como o exercem aos cidadãos<sup>627</sup>.

Por outro lado, mercê da projeção *direta* da ideia de contrato no âmbito jurídico-constitucional, o operador hermenêutico contratualista apresenta refrações no campo da Teoria do Direito Administrativo (*Verwaltungsrechtslehre*), associado à construção do modelo administrativo ocidental. É que, como temos vindo a enfatizar, a construção dogmática da *ideia de contrato* também possui um valor *heurístico*, servindo, em termos práticos, para a investigação que conduz (ou deve conduzir) à identificação dos princípios e valores fundantes de uma estrutura administrativa básica (*basic structure*). No que respeita à Teoria do Direito Administrativo, as correntes contratualistas muito contribuíram na tarefa de estruturação e funcionamento das instituições administrativas do Estado Constitucional oitocentista e novecentista.

O poder legislativo foi posto sob a influência *direta* da ideia de contrato social, mas também o modelo administrativo clássico (autoritário, centralizado e burocrático), adotado nos países de “regime administrativo”, foi intelectualmente “re-construído” segundo o esquema contratualista – como se fosse expressão da ideia democrática. Sob ponto de vista funcional, a *ideia de contrato* apresenta um potencial explicativo ou

---

<sup>625</sup> Recorde-se que é neste contexto – um *contexto de fundamentação* – que se afirma que a coação pública emana da vontade dos obrigados, *sendo insuscetível*, por conseguinte, *de lhes causar violência ou injustiça*.

<sup>626</sup> Cfr. KARL LARENZ, *Metodologia do Direito*, cit., p. 200.

<sup>627</sup> É essa a *ação legitimadora* do pacto social. Cfr. J. ROUX, “La Constitution comme contrat”, cit., pp. 447-455.

reprodutivo da obrigação cívica e da obediência à lei<sup>628</sup>. Na verdade, o ordenamento jurídico-administrativo conta, antes de tudo, com a *adesão espontânea* dos cidadãos às regras e decisões públicas, não por temor dos mecanismos coativos e sancionatórios, mas “por consenso ou por convenção”<sup>629</sup>. Com efeito, a *lei* aparece “contratualizada”, não só no momento da sua *formação* (expressão da vontade geral), mas também no momento da sua *espontânea observância* pelos cidadãos.

Isto mostra que a *ideia de contrato social*, apesar de poder ensejar uma percepção *etérea* na sua função instrumental, produz efeitos concretos e consequências institucionais na modelação do *sistema administrativo democrático* (“administração racional, uniforme e coerente”)<sup>630</sup>, *maxime* através dos conceitos de *lei*, *controlo parlamentar da atividade administrativa e prestação de contas*. Considera-se, assim, que a disponibilidade de um meio *coordenador* como o contrato social cria as condições *normativas* necessárias para a tarefa de racionalização e sistematização da “administração pública democrática”. É dessa exposição que, sinteticamente, nos ocuparemos de seguida, tendo como pano de fundo a evolução dos quadros clássicos da dogmática administrativa.

---

<sup>628</sup> Na formulação de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit., p. 40, o “direito administrativo é filho da instituição do «reino da Lei», [...], pelo que é, «em virtude da Lei», que se pode exigir aos cidadãos a obediência”.

<sup>629</sup> Assim, NORBERTO BOBBIO, *Teoria da Norma Jurídica*, São Paulo, 2001, p. 163, perguntando: “o que seria de nós, caso o ordenamento jurídico não pudesse contar de algum modo com o consenso dos seus membros? Como poderia ser eficaz, se a eficácia devesse ser obtida somente com a força?”.

<sup>630</sup> Cfr. JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, cit., p. 27.

## TÍTULO II

### INTERSECÇÕES ENTRE CONTRATO E PODER PÚBLICO NA TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

#### CAPÍTULO V

##### CONTRATO SOCIAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

#### 24. Da receção e projeção das doutrinas contratualistas nas instituições administrativas post-revolucionárias

Classicamente, o teorema do contrato social assumiu nas instituições administrativas do Estado Constitucional uma fisionomia própria, em geral no continente europeu e, em especial nos ordenamentos que acompanharam de perto a experiência revolucionária francesa<sup>631</sup>, dele brotando a formulação de princípios e de regras, com uma terminologia própria, que constituem parte do alfabeto e da gramática da ciência do direito público. Não se poderá dizer que existe, todavia, uma uniformidade conceptual nos diversos contributos filosóficos integrados nesta síntese final: LOCKE, ROUSSEAU e KANT fornecem o material genético subjacente aos alicerces do *princípio da legalidade administrativa* e do *princípio da separação de poderes*<sup>632</sup>.

---

<sup>631</sup> Cfr. A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às Formas”, cit., pp. 18-23. Apesar de cronologicamente a experiência anglo-americana do *rule of law* anteceder a do *État Legal*, justifica-se analisar a posição da administração no quadro dos sistemas de “regime administrativo”, na medida em que nos interessa, *hic et nunc*, a emergência da administração pública como uma realidade autónoma e submetida a um direito especial, quer por confronto com os demais poderes do Estado, quer por confronto com os particulares. Importa, contudo, salientar que as diferentes leituras do princípio da separação de poderes, na Inglaterra e na França, conduziram à estruturação de sistemas político-administrativos substancialmente diferentes, sobretudo ao nível da *amplitude dos poderes e prerrogativas* da administração pública, da sua submissão a um *direito estatutário* próprio e da natureza especial do *foro* judicial. Isto mesmo é evidenciado por ALBERT VENN DICEY em *The Law of the Constitution*, Macmillan, 1915, pp. 324-401, onde se analisam as diferenças entre ambos os sistemas (“*rule of law compared with droit administratif*”), concluindo o Autor que os princípios fundamentais do direito administrativo de tipo francês conflituam com as traves mestras da *rule of law*.

<sup>632</sup> Cfr. FRANCO BASSI, “Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)”, cit., p. 20. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., pp. 341-342, manifesta uma posição dissonante na análise do pensamento destes Autores (concretamente, sobre *se* era ou não dominante um sentido heterovinculativo da legalidade administrativa face ao executivo), advertindo para o facto de que, apesar das correntes contratualistas demo-liberais estabelecerem em via principal uma conceção de origem revolucionária, baseada na supremacia do poder legislativo e na legitimidade democrática-parlamentar (LOCKE, ROUSSEAU E KANT), verifica-se, numa leitura mais atenta, que o poder executivo conservava algumas faculdades que colocavam “nas mãos deste o sentido operativo da legalidade” e lhe permitiam “decidir contra *legem*”.

É também necessário ter em conta que, por um lado, certos modelos (por exemplo, o contencioso administrativo), muito mais do que uma invenção liberal, são, ainda, uma herança das instituições do Antigo Regime<sup>633</sup>, e, por outro, que, durante os séculos XVIII e XIX, nem sempre vingaram as ideias revolucionárias da supremacia do poder legislativo no confronto com o princípio monárquico<sup>634</sup>.

As conceções políticas liberais de raiz iluminista que estiveram na base dos movimentos constitucionais dos séculos XVIII e XIX abriram caminho a formas de governo fundadas na divisão e repartição racional dos poderes e na garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos consagradas em *constituições escritas*. O avanço do liberalismo trouxe uma alteração significativa na lógica de interferência do poder público, por referência à separação entre Estado e sociedade (a “sociedade dos indivíduos”<sup>635</sup>) e à redução da atividade dos poderes públicos, em geral circunscrita à cobrança de impostos, à garantia da segurança interna e externa e à tomada das medidas necessárias à manutenção do sistema político, económico e social (relações internacionais, defesa, justiça, polícia e finanças)<sup>636</sup>. A ideia democrática da *lei* constitui elemento integrante da doutrina da soberania popular, que ocupa o fulcro da obra de ROUSSEAU, a qual, juntamente com as obras de LOCKE, MONTESQUIEU e KANT forneceu a parte mais importante do substrato teórico do Estado constitucional novecentista<sup>637</sup>.

Enuncia-se doutrinariamente e proclama-se formalmente o princípio da separação de poderes, eleva-se a *lei parlamentar*, enquanto expressão da *volonté générale*, a “sublime instituição”<sup>638</sup> que garante os direitos e as liberdades dos cidadãos e vincula a atividade administrativa, preconiza-se uma separação rigorosa entre o Estado e a Sociedade Civil, por definição com tarefas, responsabilidades e interesses distintos, e advoga-se um modelo de

<sup>633</sup> Cfr. ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *L’Ancien Régime et la Révolution*, cit., pp. 49, 65 e 83.

<sup>634</sup> É, designadamente, o caso das conceções constitucionais defensoras da *supremacia do executivo*, da atribuição de *competência legislativa ao governo e do engrandecimento do poder real*, à luz das quais a lei é mais um produto da vontade do executivo do que uma imposição da vontade do parlamento. Recorde-se que no constitucionalismo português novecentista (Carta Constitucional de 1826 e Constituição de 1838) não vingaram em absoluto as conceções liberais defensoras da supremacia do poder legislativo e do protagonismo do parlamento (com exceção do primeiro período de vigência da Constituição de 1822), sendo manifesta a influência das teses de BENJAMIN CONSTANT na configuração de um poder moderador a cargo do chefe de Estado. A Constituição portuguesa de 1838 quebrou mesmo o dogma liberal de atribuir ao órgão parlamentar o exclusivo da função legislativa, já que conferiu expressamente competência legislativa ao governo (artigo 137.º).

<sup>635</sup> Cfr. GAUCHET MARCEL, *La révolution des droits de l’homme*, Paris, 1989, p. 11.

<sup>636</sup> Cfr. SABINO CASSESE, *Il Diritto Amministrativo: storia e prospettive*, Vol. 90 – Per la storia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè, Milano, 2010, p. 31; e AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *O poder Discricionário da administração*, Coimbra, 1944, pp. 245-246.

<sup>637</sup> Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 23.

<sup>638</sup> A “voz celeste” e a “mais sublime de todas as instituições humanas” – *Oeuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, ed. B. Gagnebin and M. Raymond, Vol. III, cit., p. 310.

Estado abstencionista, com intervenção mínima possível nas relações económicas e na vida social (“*laissez-faire*”)<sup>639</sup>. Em harmonia com os princípios liberais individualistas, a Revolução Francesa procedeu à rasoura de todos os corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado, bem como de todas as formas de autonomia coletiva. Tratava-se de eliminar os privilégios particulares – os corporativos e os de classe –, pelo que “passou a haver apenas os indivíduos, a nação como somatório deles e o Estado”<sup>640</sup>. A designação dos detentores do poder político com base em eleições gerais, livres e periódicas garantia a legitimidade popular das decisões soberanas<sup>641</sup>. As *leis parlamentares* foram, assim, identificadas com a *vontade geral* (tal como decorria do artigo 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789)<sup>642</sup>, constituindo, assim, desenvolvimentos normativos autorizados pelo contrato social, que as fundamentava, de tal forma que os parlamentos, enquanto síntese representativa da sociedade, deveriam possuir o exclusivo da legitimação da legalidade administrativa (sentido revolucionário ou democrático-liberal da ideia de contrato).

Com veremos melhor, a estruturação de vários modelos administrativos ocidentais clássicos inspirou-se na teoria democrática, através de um sistema de que fazem parte o princípio da legalidade das decisões administrativas, o princípio da fiscalização parlamentar da atividade administrativa, o princípio da responsabilidade ministerial e uma organização administrativa de tipo concentrado, burocrático e com forte subordinação hierárquica. Por aqui se poderá falar, também, na *unidade originária da administração estadual liberal* e na articulação entre a organização administrativa (modelo piramidal, ministerial e legal-racional) e a legitimação político-democrática da administração pública<sup>643</sup>, à qual dedicaremos a nossa atenção nas páginas seguintes.

---

<sup>639</sup> Por todos, cfr. SABINO CASSESE, *Il Diritto Amministrativo: storia e prospettive*, cit., pp. 3-54; e FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du Droit Administratif*, cit., pp. 29-69.

<sup>640</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., p. 18. A abolição das formas de organização profissional e associativa do *ancien régime* veio a integrar a cartilha institucional do liberalismo, que apenas admitia como válido o plano das relações político-administrativas entre os *individuos* e o *Estado*, sem intermediação de organizações em que aqueles se agrupassem.

<sup>641</sup> Cfr. AUGUSTO BARBERA/CARLO FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 39.

<sup>642</sup> Na nossa história constitucional, o artigo 104.º da Constituição de 1822 (“Lei é a vontade dos cidadãos declarada pela unanimidade ou pluralidade dos votos de seus representantes juntos em Cortes, precedendo discussão pública. A Lei obriga os cidadãos sem dependência da sua aceitação”) acolhe, claramente, o disposto no artigo 6.º da Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 (“*la Loi est l’expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation*”).

<sup>643</sup> Cfr. ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., p. 69; e E. SCHMIDT-ABMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, MAI-JUIN, 2008, pp. 429-430.

### 24.1. Pacto social e princípio da legalidade administrativa (*controllo ex ante*)

Nas instituições político-constitucionais post-revolucionárias, o princípio democrático plasmou-se, de modo geral, na forma da *democracia representativa* – e não na da democracia direta e do governo comissarial (ROUSSEAU) –, desde logo em resultado da excessiva dimensão dos Estados e do receio de que a concentração do poder num único titular viesse a importar a restrição das liberdades individuais<sup>644</sup>. Estruturalmente ligada à doutrina da *representação política*, encontrava-se o princípio liberal do *governo limitado*, postulando uma *repartição dos poderes públicos* e a subordinação do poder executivo à lei parlamentar. Um certo arranjo nas relações entre os três poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judicial – levou a que só o *poder legislativo* fosse posto sob a influência *direta* da ideia de contrato social. Isto porque a *legitimidade democrático-parlamentar* exigia que “o povo sujeito às leis fosse o próprio autor delas”<sup>645</sup>, de forma a refletir a *integração* do primado do poder legislativo com o princípio da autodeterminação dos cidadãos.

Seguindo de perto E.-W. BÖCKENFÖRDE, o modo de conceber o *princípio de légalité* no direito administrativo francês conhece uma explicação histórica, uma vez que o Estado foi concebido desde a Revolução como a organização política personificada na Nação soberana, com a consequência lógica do poder executivo – que era considerado ou “reputado como o passado monárquico” – se submeter à legislação democrática, a qual exprimia a Nação soberana por via das eleições gerais. O princípio da legalidade foi desenvolvido pela jurisprudência do *Conseil d'État* com base na nova realidade jurídica inaugurada pela Revolução de 1789. Tratava-se da aplicação ao Estado do princípio do primado da lei, sendo a lei entendida como expressão da vontade geral. Tais aspetos constituíam expressão do liberalismo político do século XVIII, uma vez que, através da submissão à lei, o poder executivo, que era tradicionalmente considerado como o meio de execução da vontade do monarca, foi “rebatizado democrático”: a Nação soberana representada no parlamento, permitia ao executivo agir<sup>646</sup>.

Para além da ideia democrática da lei, a doutrina contratualista revolucionária pressupunha uma ordenação constitucional por indivíduos livres, iguais e autónomos, *rectius*, não distribuídos, agrupados e hierarquizados em termos estamentais, corporativos e orgânicos. O princípio de que o poder reside essencialmente na Nação, entendida como

<sup>644</sup> Na esteira de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit., p. 53, “a representação política tornou-se instrumento da formação da vontade geral, expressa pela Lei através das notas de primariedade e de irresistibilidade; todos os demais atos do Estado eram um mero *quid aliud* relativamente à Lei, pois nada valiam contra ela”.

<sup>645</sup> Cfr. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, cit., III, 6.

<sup>646</sup> *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 263-268.

coletividade distinta dos indivíduos que a constituem, prevaleceu no pós Revolução – com exceção da Constituição de 1793, que acolheu a doutrina da soberania popular. E porque se revelava impossível a Nação, de *per se*, exercer o poder político, impunha-se a necessidade de autorizar, em certos termos, *representantes* por ela periodicamente eleitos.

A *representação formal* traduzia, justamente, a autorização e legitimação jurídico-formal concedida institucionalmente a um órgão político para agir com vista a prosseguir os fins e os interesses da Nação. A derivação direta da legitimação de domínio do *princípio da soberania nacional* postulava, ainda, a autonomia dos representantes relativamente aos eleitores e a ideia de que aqueles representam toda a nação e não apenas os círculos por que são eleitos<sup>647</sup>. Assim, no período liberal, o *poder legislativo* constituiu-se mediante membros eleitos periodicamente entre os cidadãos mais aptos – inicialmente, por sufrágio restrito e, mais tarde, mediante sufrágio universal –, envolvendo um processo de decisão que comportava a discussão racional e a votação por maioria.

Os parlamentares, “por serem designados diretamente pelos eleitores, por discutirem em público os assuntos sobre os quais deliberam e por tomarem as suas deliberações por maioria” puderam ser considerados representantes imediatos da nação, capazes de agir em nome dela para exprimirem o seu querer e saber. As “leis parlamentares foram, assim, identificadas com a «vontade geral», valendo como hipóstases do consenso social da *communitas civium* em foco”<sup>648</sup>. O governo das leis, assente na elaboração de normas sem destinação individualizada, foi concebido como o meio por excelência para afastar o arbítrio e salvaguardar os direitos e liberdades individuais originárias.

Para além da conceção democrática na sua origem, a *lei parlamentar* oferece a premissa maior das decisões públicas e, graças à *generalidade e abstração*, garante a certeza e a previsibilidade das decisões administrativas soberanas<sup>649</sup>. A *suprema postestas* constitui, assim, uma manifestação expressiva da autodeterminação de todos e cada um dos indivíduos, valendo o sentido da legalidade como *auto-nomos*: em último termo, a

---

<sup>647</sup> Cfr. JEAN MARIE AUBY, “La Théorie du pouvoir de Suffrage en Droit Constitutionnel Français”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Peter Häberle, Mohr Siebeck, 1989, pp. 137-150.

<sup>648</sup> Cfr. A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às Formas de Concertação Social”, cit., p. 19.

<sup>649</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, Bruxelles, 1969, pp. 81-82. Assim sucederia, no dizer de J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 24, sempre que o comando fosse emitido não em nome de uma autoridade pessoal, mas no de uma “autoridade impessoal”. Além do objetivo de despersonalizar a motivação do exercício do poder e de assegurar a igualdade de tratamento dos seus destinatários, o pensamento jusnaturalista viu, ainda, na generalidade da lei a fonte de uma tripla virtualidade: através daquele instrumento de técnica jurídica, “acautelar-se-ia simultaneamente a certeza e previsibilidade, a racionalidade e a justiça das limitações indispensáveis na esfera da liberdade e da propriedade de cada um”.

obediência às leis que o próprio povo prescreveu é sempre uma *expressão da respetiva liberdade*<sup>650</sup>.

A subordinação da administração ao *primado da lei* assumia um pendor *negativo*, implicando que àquela se encontrasse vedada, sob pena de invalidade, à prática de quaisquer atos que contrariassem as normas legais. Mas, no Estado de Direito, organizado segundo a separação de poderes que se difundiu a partir das revoluções liberais, o princípio da legalidade traduzia também o reconhecimento da exclusividade (*reserva de lei*) da competência normativa do órgão eletivo da representação nacional relativamente às matérias que tocassem a esfera jurídica da liberdade, da segurança e da propriedade dos cidadãos (v.g., impostos, expropriações, matéria criminal) e nas quais a administração apenas poderia penetrar em concreto munida de autorização legal<sup>651</sup>. Por outro lado, a exigência de separação orgânica e pessoal entre a edição das leis e a sua execução revelava-se essencial no quadro das funções estaduais. Caso no mesmo corpo de magistratura ou órgão (singular ou coletivo) se reunisse o poder legislativo e o poder executivo, a liberdade ficaria irremediavelmente perdida, confundindo-se na mesma pessoa *legislador e aplicador*.

O *princípio da legalidade* assumiu-se, deste modo, nos países de “regime administrativo”, como veículo difusor da legitimidade democrática<sup>652</sup>, enquanto expressão da vontade geral subjacente à lei, junto das estruturas da administração: executar a lei pela administração seria sempre aplicar ao conteúdo de atos concretos a vontade geral do soberano, *comunicando-se-lhes a legitimidade democrática da decisão legislativa*. Significa isto que os atos de execução da lei, designadamente a sua aplicação aos casos concretos, estavam legitimados pela mesma vontade, constituindo, nessa medida, expressões ou manifestações derivadas da vontade geral e, por conseguinte, do poder soberano<sup>653</sup>. A

---

<sup>650</sup> A Constituição portuguesa de 1822, que consagrava o princípio da soberania nacional (artigo 26.º) e a divisão de poderes (artigo 30.º), investiu as Cortes no poder supremo [o poder legislativo residia “nas Cortes com dependência da sanção do rei” (artigo 30.º)], reservando a função legislativa a “representantes juntos em Cortes” e prevendo, de forma inovatória, que as leis fossem estabelecidas “precedendo discussão pública” (artigo 104.º). A reserva às assembleias representativas da competência quase exclusiva para os atos legislativos sobre as matérias que mais afetavam os cidadãos assentava na pressuposição de que a vontade geral ditaria necessariamente as soluções mais justas e racionais.

<sup>651</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a “tripla reserva” neste período (*reserva de Parlamento, reserva de função legislativa e reserva de Direito*), cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “O Ordenamento Jurídico-Administrativo Português”, *Contencioso Administrativo*, Livraria Cruz, Braga, 1986, pp. 33-41.

<sup>652</sup> Como observa J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., p. 23, “a primeira das raízes doutrinárias do princípio da legalidade, designadamente sob a forma da *reserva de lei*, é a *conceção jusnaturalista dos direitos do homem*”: por força de um “contrato social ou do contrato de Estado (*Staatsvertrag*)”, entendido como *blosse Idee der Vernunft*, os indivíduos acordaram “sacrificar parte da sua liberdade e propriedade às exigências de vida em comum contrárias à ordem natural das coisas”, assumindo “tais limitações no pressuposto de que elas revestiriam a forma de lei, isto é, de regra jurídica geral”.

<sup>653</sup> Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, Expression de la Volonté Générale*, cit., p. 22.



definição autoritária do direito no caso concreto (*autoritative Rechtsbestimmung*) pela administração foi, pois, enquadrada num sistema, cujo radical exigia que toda a ação pública se encontre revestida de legitimidade democrática. Embora fosse *unilateralmente* manifestado e *autoritariamente* imposto, o *ato administrativo* seria, ainda, na sua essência, expressão *concreta* da vontade geral e do pacto social fundamental, assim se realizando, em grau elevado, o ideal da *autarquia*<sup>654</sup>.

#### **24.2. Pacto social, prestação de contas e princípio da fiscalização parlamentar da atividade administrativa (*controllo ex post*)**

Na configuração do modelo administrativo do Estado Constitucional post-revolucionário, o elemento democrático e a ideia de autodeterminação subjacentes ao teorema do contrato social produziram efeitos concretos, através de um sistema de que fazem parte os *princípios da legalidade das decisões administrativas* (em que a lei define os *fins* e as *competências* administrativas) e da *fiscalização parlamentar da atividade administrativa*, ambos relevadores do entendimento do poder executivo como “poder derivado” e sujeito a controlo do “titular originário do poder”<sup>655</sup>. O poder legislativo assegurava, deste modo, a legitimação democrática da atividade administrativa, quer pela via da lei, quer pela via da fiscalização parlamentar. Enquanto decorrência do princípio democrático, o controlo das ações e do funcionamento da administração pública pelo parlamento (“representação nacional”) era, por assim dizer, inerente ao desenho do poder legislativo nos sistemas parlamentares. Na aceção de GARCÍA DE ENTERRÍA, tratava-se de compreender a amplitude da responsabilidade da administração perante o parlamento<sup>656</sup>. Ao parlamento caberia, portanto, fiscalizar se a vontade do povo ou da Nação, expressa na lei formal, era, efetivamente, executada pelos ministros. É nesta ligação estreita entre a unidade originária da administração assegurada pelo órgão topo do executivo e a sua responsabilidade política perante o parlamento que o direito administrativo se foi construindo ao longo dos últimos duzentos anos, transformando-se a unidade administrativa

<sup>654</sup> Cfr. A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às Formas de Concertação Social”, cit., p. 21.

<sup>655</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit., pp. 59-60. Analisando, em detalhe, a “estrutura dos executivos ocidentais, o controlo parlamentar e a relação com o princípio democrático”, cfr. PAUL M. GAUDEMET, *Le Pouvoir Exécutif dans les Pays Occidentaux*, Éditions Montchrestien, Paris, 1966, pp. 31-66 e 89-112; A. PERI, *Le Pouvoir Exécutif dans le Processus de la Formation de la Loi dans l'Histoire Constitutionnelle Française (1789-1958)*, Varenne, 2008; e JEAN-PAUL VALETTE, *Le Pouvoir Exécutif En France De 1789 a nos Jours*, Paris, 1999, pp. 23-25.

<sup>656</sup> *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit., 1998, pp. 59-60.

em instrumento do *princípio democrático* e em fator de *legitimação da administração pública*<sup>657</sup>.

Deste modo, não apenas se garantia o cumprimento da vontade geral, como se assegurava o respeito e proteção dos direitos subjetivos dos particulares. Era essa a essência do Estado de Direito que consistia no dado fundamental de que o poder administrativo estaria tão submetido ao ordenamento jurídico democrático como qualquer outro sujeito de direito. Dentro do quadro geral de relacionamento institucional gizado nos sistemas de governo parlamentares avultam diferentes modalidades de relacionamento entre legislativo e executivo<sup>658</sup>, que se traduziam em funções de *controlo*, de *fiscalização*, de *autorização* ou de *efetivação de responsabilidades*<sup>659</sup>.

Com a generalização do governo representativo no Estado Constitucional, a responsabilidade política do executivo perante o parlamento dizia fundamentalmente respeito à responsabilidade do governo e da administração dele hierarquicamente dependente<sup>660</sup>. Por conseguinte, com a instituição progressiva do sufrágio universal, a representação formal implicava não apenas a “responsabilidade política difusa”<sup>661</sup> e o dever de prestar contas dos governantes perante o povo, mas também uma “responsabilidade institucional”<sup>662</sup>, interorgânica ou de “incumbência”, que abrangia os meios através dos

---

<sup>657</sup> Nestes termos, cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 316, e *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*, Vol. II, Lisboa, 1995, pp. 793-797.

<sup>658</sup> Cfr. PAUL M. GAUDEMET, *Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux*, cit., pp. 31-66 e 75-112, advertindo para a facto de a estrutura dos respetivos executivos e a relação com o poder legislativo dependerem da forma como o princípio da separação de poderes era entendido e aplicado, daí podendo resultar “executivos presidenciais”, “executivos convencionais” e “executivos parlamentares” e, consequentemente, controlo com base em “*checks and balances*”, “limites políticos, jurídicos e de competência” ou “controlo parlamentar”.

<sup>659</sup> Funções essas que não se confundiam, na medida em que a função de *fiscalização do parlamento* abrangia a função de controlo político do governo, o cumprimento da Constituição, a apreciação do estado de necessidade, o controlo financeiro das contas do Estado ou a autorização para a prática de certos atos – cfr. GIUSEPPE RESCIGNO, *La Responsabilità Política*, Milano, 1967, pp. 119-123; e M. CARDUCCI, *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Padova, 1996, pp. 35-48. Subjacente ao mencionado controlo parlamentar encontra-se, portanto, uma ideia de responsabilidade política, que se repercute nos mecanismos destinados a dar operacionalidade à *relação de confiança política* que existe entre o parlamento e o governo. Em regimes representativos onde a legitimidade democrática impera como fonte de poder político, o problema da *extensão* do controlo foi perspectivado, durante muito tempo, sob a dominância dos sistemas de governo: nos sistemas parlamentares, o governo responde politicamente pelos seus atos perante o parlamento, que constantemente fiscaliza a atuação ministerial e pode destituir o gabinete. Dependendo o governo da concordância e apoio de uma maioria parlamentar, estável ou ocasional, para a sua constituição e sobrevivência, deve falar-se em *princípio da confiança parlamentar*, para além do princípio do controlo.

<sup>660</sup> O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, no que concerne às monarquias constitucionais dualistas, em que executivos da responsabilidade e da dependência dos monarcas eram progressivamente responsabilizados, também, politicamente perante os parlamentos – sobre este quadro de evolução, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Semipresidencialismo*, Vol. I, Coimbra, 2007, pp. 59-64.

<sup>661</sup> Na expressão de GIUSEPPE RESCIGNO, *La responsabilità política*, cit., p. 121.

<sup>662</sup> Cfr. GIUSEPPE RESCIGNO, *La responsabilità política*, cit., p. 121.

quais o parlamento podia impor ao governo, de forma permanente, consequências politicamente negativas (demissão ou exoneração do cargo). No capítulo das funções políticas de fiscalização parlamentar, as constituições políticas liberais consagravam um “dever de fiscalização” e de controlo dos atos da administração hierarquicamente dependente do governo<sup>663</sup>.

Especificamente no que diz respeito ao controlo parlamentar da atividade administrativa, note-se que o *princípio da responsabilidade ministerial* – correlato do *princípio da subordinação ministerial da atividade administrativa* – limitou o controlo parlamentar do executivo aos *atos dos ministros*. Em harmonia com a “organização departamental clássica”, o *princípio da responsabilidade política* dos ministros perante o parlamento era, em geral, interpretado no sentido de estes deverem prestar contas ao parlamento pelos seus atos, diferentemente da situação dos simples funcionários<sup>664</sup>. Impunha-se, por isso mesmo, que a restante atividade executiva fosse colocada na dependência direta e imediata do governo, pois só assim a fiscalização do parlamento poderia garantir legitimidade democrática ao conjunto da ação administrativa<sup>665</sup>.

A dominância do escalão ministerial implicava, portanto, que a organização administrativa fosse estruturada, complementarmente, segundo o modelo monocrático/burocrático, de tal forma que os membros do governo dispusessem de poderes de direção sobre todos os agentes enquadrados no seu ministério e dispersos pelo território

---

<sup>663</sup> Assim se estatua no artigo 159.º da Constituição de 1822 que os Secretários de Estado eram responsáveis perante as Cortes pela “falta de observância das leis”, pelo “abuso de poder” e “pelo que obrarem contra a liberdade, segurança e propriedade dos cidadãos”. De acordo com preceito constitucional seguinte, “para se fazer efetiva a responsabilidade dos Secretários de Estado procederá decreto das Cortes, declarando que tem lugar a formação de culpa. Com isto o Secretário ficará logo suspenso; e os documentos relativos à culpa se remeterão ao tribunal competente” (artigo 191.º). Do mesmo modo, nos termos do artigo 103.º da Carta Constitucional de 1826, os Ministros de Estado eram responsáveis “por abuso do poder”, “pela falta de observância da lei” e “pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos cidadãos”.

<sup>664</sup> Cfr. MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, Vol. I, Madrid, 2000, p. 95. PAUL M. GAUDEMET, *Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux*, cit., pp. 100-102, refere que, *lato sensu*, o controlo político referia-se às disposições constitucionais que estabeleciam hipóteses de controlo parlamentar direto, sendo exercido pelos parlamentares, pelas mesas das casas legislativas ou por comissões, tendo como fundamento a constituição escrita, e permitindo ao legislativo questionar atos do executivo, através de um figurino que foi variando consoante o tempo e o ordenamento jurídico respetivo (incluindo, designadamente requerimentos para prestação de informações escritas, convocação de ministros para perguntas e interpelações ou, ainda, a possibilidade de moções de censura de iniciativa parlamentar com vista à demissão do governo).

<sup>665</sup> Cfr. PAOLO STELLA RICHTER, *Scienza dell'Amministrazione*, Roma, 1991, pp. 13-15. Note-se, contudo, que, durante o século XIX, em homenagem à construção político-constitucional da unidade do Estado, foi admitida, por influência de LABAND e JELLINEK, a designada “*teoria da impermeabilidade da pessoa do Estado*”, núcleo da atividade administrativa insuscetível de penetração legislativo-parlamentar, compreendendo as relações entre o Estado e os seus órgãos (e também com os seus titulares) enquanto relações internas, situadas fora do âmbito do Direito. Nesta senda, somente seriam relevantes para o apuramento de responsabilidades as relações externas ao aparelho estadual e as relações entre o Estado e os cidadãos (“relações gerais de poder”), por esta via recusando-se a relevância jurídica de *relações internas*.

nacional, assegurando uma supervisão dos níveis mais altos sobre os mais baixos (regulação vertical ou *top-down*). Por conseguinte, a ideia de “unidade da administração” traduzia a sujeição de toda a administração à direção e ao controlo governamentais: nessa medida, entendia-se a *unidade da administração* enquanto administração *exclusivamente* ministerial.

Finalmente, a *democracia administrativa* apenas se cumpriria com a assunção de um dever de *prestação de contas* pelos responsáveis. Tratava-se de uma exigência logo inscrita, na sequência da Revolução Francesa, no artigo 15.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração”. É a velha interrogação que atravessa quase toda a literatura política pré-liberal: “quem guarda os guardas do poder executivo”? Para além do parlamento e dos tribunais, cada cidadão, enquanto “associado”, assumia uma responsabilidade própria, no que toca ao modo como as entidades administrativas realizam a gestão de recursos escassos e prosseguem o interesse público. A *boa governança* exigia, pois, que os agentes administrativos e os responsáveis pela direção política da administração pública tivessem um dever de *prestação de contas* pelo que fazem (ou deixam de fazer) e pelas decisões que tomam<sup>666</sup>.

### **24.3. Pacto social e modelo de organização administrativa concentrado, burocrático e hierarquizado**

O Estado Liberal vai herdar do seu antecessor, o Estado de Polícia, a organização centralizada do poder, a qual vai encontrar a sua “máxima expressão no paradigma da administração napoleónica”<sup>667</sup>, daí surgindo um modelo de poder público, típico dos países

---

<sup>666</sup> A necessidade de plasmar a *ideia democrática* na estruturação do poder judicial representava uma prioridade para certas correntes contratualistas, que apresentavam o *instituto do júri* enquanto modo de realização do ideal da *autodiceia*. Como observa A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às Formas de Concertação Social”, cit., p. 19, é interessante anotar que “no contratualismo setecentista já o instituto do júri aparece fundamentado no princípio da autodeterminação dos cidadãos relativamente ao poder de julgar, destinando-se a permitir que o conteúdo ou dispositivo da sentença pudesse ser, todo ele, imputado ao *consenso jurídico* dos cidadãos”. Não bastaria, portanto, a regra da extração popular dos juizes, o princípio democrático exigia, além de sujeitar a atividade jurisdicional à lei, organizar a elaboração da premissa menor do silogismo judiciário por forma a que esta fosse também expressão daquele consenso. Neste capítulo não há como negar que KANT vai mais longe que MONTESQUIEU no relevo concedido à construção do caso concreto, como uma tarefa inventiva, para além da mera interpretação do “*texte précis de la loi*”: se a premissa maior é formulada pelo legislador, a premissa menor caberá ao *júri*, que revela o senso jurídico autónomo da comunidade (KANT, *Metaphysik der Sitten*, II, cit., §49). O caminho que garantiu coerentemente a autodeterminação neste ponto foi a da criação, dentro do processo judicial, de “representantes delegados pelo povo” (na expressão de KANT, *Metaphysik der Sitten*, II, cit., §49, *os membros do júri*), formado por cidadãos eleitos e obrigados a deliberar pelo método da *discussão racional* com base no apuramento do circunstancialismo relevante para o caso concreto.

<sup>667</sup> Cfr. PIERRE ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos Jours*, Paris, 1990, p. 113; e GÉRARD TIMSIT, *Théorie de l'Administration*, Paris, 1986, pp. 211-274, e “L'évolution des structures

de regime administrativo, que se vai formando ao longo do século XIX como *modelo ministerial de administração pública*, influenciando outras monarquias constitucionais europeias (designadamente, a espanhola<sup>668</sup>, a italiana<sup>669</sup> e a portuguesa). A cultura burocrática, fundada na tradição administrativa de finais do Antigo Regime<sup>670</sup>, adaptada a novos modelos institucionais e às necessidades de funcionamento da atividade administrativa, vai enformar a estrutura administrativa, nomeadamente no período de transição de um modelo patrimonial absolutista para um modelo de administração burocrática liberal, tipicamente de autoridade legal-racional da primeira metade do século XIX<sup>671</sup>.

Subjacente a esta ordem de ideias encontra-se, desde logo, a *separação entre política e administração*, enquanto elemento nuclear da organização departamental clássica<sup>672</sup>. Em rigor, a administração atuava como simples instrumento ao serviço da política, destituída de uma lógica de atuação autónoma, de acordo com a qual ao agente administrativo não caberia tomar decisões ou opções com relevo no plano político, mas *aplicar* regras externas e *executar* comandos. Concomitantemente, o elemento democrático exigia que o poder público adquirisse uma estrutura *centralizada e hierarquizada*<sup>673</sup>: assim, a organização administrativa deveria ser estruturada segundo o modelo burocrático/monocrático, de modo a permitir que os membros do governo dispusessem de poderes de direção verticais sobre todos os agentes enquadrados no seu ministério e ainda que espalhados pelo território nacional<sup>674</sup> – foi, assim, que, no dizer de BARBOSA DE MELO,

---

administratives dans les Etats en développement”, *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, 1974, pp. 500-515.

<sup>668</sup> Cfr. MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, Vol. I, cit., pp. 94-95.

<sup>669</sup> Cfr. LUCA MANNORI/BERNARDO SORDI, *Storia del Diritto Amministrativo*, Roma, 2001, pp. 247-256.

<sup>670</sup> Cfr. J. ESTORNINHO DE ALMEIDA, *A cultura burocrática ministerial: repartições, empregados e quotidiano das secretarias de Estado na primeira metade do século XIX*, Dissertação de Doutoramento, Repositório da Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, 2008, p. 115.

<sup>671</sup> Cfr. J. ESTORNINHO DE ALMEIDA, *A cultura burocrática ministerial: repartições, empregados e quotidiano das secretarias de Estado na primeira metade do século XIX*, cit. pp. 11-25.

<sup>672</sup> ROBERT B. DENHARDT, *Theories of Public Administration*, Cengage Learning, 2010, p. 45, recorda, a este propósito, o pensamento de WOODROW WILSON: “*administration lies outside the proper sphere of politics. Administrative questions are not political questions. Although politics sets the tasks for administration, it should not be suffered to manipulate its offices*”.

<sup>673</sup> Recordem-se as considerações sobre a *organização administrativa* da Polónia de JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne, Oeuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, cit., pp. 449-450 e 470-473.

<sup>674</sup> “Unidade na Constituição, *uniformidade* na Administração e união entre os portugueses” (it. nosso) afirmava JOÃO DE SANDE MAGALHÃES MEXIA SALEMA, *Princípios de Direito Político Aplicados à Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1838: ou a Theoria Moderada dos Governos Monarchicos Constitucionaes Representativos*, Coimbra, 1841, p. vii.

a “subordinação hierárquica e a centralização administrativa se viram, pois, convertidas em instrumento de democracia”<sup>675</sup>.

Por outro lado, a consolidação e difusão de modelos burocráticos pelos sistemas administrativos euro-continentais<sup>676</sup> explicava-se, fundamentalmente, em resultado da primazia do poder legislativo e da tentativa de reconduzir o poder administrativo à mera execução da lei<sup>677</sup>: a lei representa o ponto de equilíbrio último, ao qual se deveriam reportar as regras de gestão e os regulamentos internos<sup>678</sup>. A liberdade individual era essencialmente garantida, de forma técnico-jurídica, através do conceito de *lei*<sup>679</sup>.

Aliadas à forma tradicional de exercício do poder administrativo como sistema de *comando e controlo*, as competências dos diversos órgãos, que executavam a *lei* de acordo com regras técnicas e formais, encontravam-se escalonadas de forma *piramidal*<sup>680</sup>, sob a

---

<sup>675</sup> “Introdução às Formas de Concertação Social”, cit., pp. 21-22, mencionando (p. 25) que, “se os cidadãos tinham de ser igualmente tratados, onde quer que residissem e fosse qual fosse a repartição a que se dirigissem, então a administração deveria ser organizada num corpo único para todo o território nacional, perfeitamente hierarquizado em cada um dos seus ramos (ministérios) que satisfizesse integralmente as exigências da unidade de comando”. No mesmo sentido, as considerações de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit., pp. 59-62; e de SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 35-41.

<sup>676</sup> O esquema conceptual da burocracia estatal entendido como *ideal-tipo de governação*, de matriz sociológica, elaborado por MAX WEBER, *Économie et Société*, Tome I, Paris, 1995, pp. 294-301 e 325, revela-se fundamental na compreensão do papel desempenhado pelo modelo burocrático na racionalização progressiva da administração pública, assente nas características da *hierarquização*, da *profissionalização*, da *divisão de tarefas e funções*, do *formalismo*, da *impessoalidade* e da *eficiência*, mas, efetivamente, não corresponde, ainda, à realidade administrativa da primeira metade do século XIX, em particular no que respeita à organização e composição das repartições ministeriais – nesta linha, a análise historiográfica nos ordenamentos administrativos da Europa continental (com ênfase na realidade portuguesa) de J. ESTORNINHO DE ALMEIDA, *A cultura burocrática ministerial: repartições, empregados e quotidiano das secretarias de Estado na primeira metade do século XIX*, cit., pp. 17-20; e, já na segunda metade do século XIX, de P. TAVARES DE ALMEIDA, *A construção do Estado liberal. Elite política e burocracia na Regeneração (1851-1890)*, Dissertação Doutoramento, FCSH/UNL, Lisboa, 1995, pp. 256-257.

<sup>677</sup> Cfr. MARIO NIGRO, “Il ruolo dei giuristi nello Stato Liberale”, cit., p. 332-334 e 342-345, ao ponto de a obediência estrita à letra da lei negar autonomia à função administrativa na realização do direito. A administração pública é um simples instrumento ao serviço da política, destituída de uma lógica de atuação autónoma.

<sup>678</sup> Assim, segundo E. SCHMIDT-ABMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, MAI-JUIN, 2008, p. 429, “a lei dirigia a administração numa perspetiva de programas materiais que comportavam o maior detalhe possível. O conteúdo da lei trazia consigo a predeterminação da conduta da administração para cada hipótese, sendo que a administração executava a lei através de atos formalizados e com o apoio de determinadas técnicas de integração nas categorias jurídicas existentes” – neste contexto, “o procedimento administrativo desempenhava um papel secundário”. Por sua vez, “os tribunais controlavam a conformidade das decisões administrativas face ao direito e sob o olhar atento de um programa completamente estabelecida pela lei”.

<sup>679</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., pp. 81-82.

<sup>680</sup> Entre nós, como relata JUSTINO ANTÓNIO DE FREITAS, *Instituições de Direito Administrativo Português*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1861 (1857), p. 17, “podemos comparar, como diz Vivien, o vasto edifício da administração com uma pyramide, que se vai alargando, sem cessar, do cume á sua base. No ponto culminante está o chefe do Estado; abaixo d’elle os seus ministros com o Conselho d’Estado; depois

dominância do *escalão ministerial*. As relações hierárquicas entre superiores e subalternos eram preenchidas por cargos de direção e chefia e cargos administrativos subalternos claramente definidos, de modo a que *supervisão, ordem e obediência* fossem categorias plenamente assimiladas no quadro de relações entre superiores hierárquicos e subalternos<sup>681</sup>.

Neste ensejo, o *modelo de organização administrativa concentrado, burocrático e hierarquizado* era aquele que se ajustava melhor à primariedade do poder legislativo e à ideia de controlo democrático<sup>682</sup>: *lei*, enquanto expressão da vontade geral, executada pela administração através de atos de unilaterais de autoridade – *isonomia* na *applicatio* aos casos concretos –, concentração do comando nos departamentos ministeriais, controlo da atividade administrativa pelo parlamento e garantia da igualdade no tratamento de todos os cidadãos perante os serviços do Estado. Ora, “este modelo de atuação, organização e controlo da administração, que foi ensaiado pela Revolução francesa, vai ser «exportado» para os restantes países europeus. A sua aplicação vai ter lugar em todos aqueles países da Europa que também tinham feito uso da noção de Estado, como elemento unificador do poder”<sup>683</sup>.

---

*todos os mais agentes pela sua ordem hierarchica, correspondentes ás divisões territoriaes, ás quaes o Chefe do Estado por seus Ministros communica o movimento e dá o impulso”.*

Como observa J. ESTORNINHO DE ALMEIDA, *A cultura burocrática ministerial: repartições, empregados e quotidiano das secretarias de Estado na primeira metade do século XIX*, cit., pp. 114-115, na tradição constitucional portuguesa de oitocentos, a pirâmide administrativa era encimada pelo rei, enquanto garante da unidade do Estado, auxiliado por secretários de Estado, escolhidos e exonerados livremente pelo monarca, que deveriam responder pelos seus atos, assinando todos os diplomas da sua repartição. Efetivamente, em todos os textos constitucionais da primeira metade de oitocentos, o chefe do poder executivo era o rei, que o exercitava através dos secretários de Estado (artigo 30.º da Constituição de 1822, artigo 75.º da Carta Constitucional de 1826, artigos 34.º, § 2.º e 80.º da Constituição de 1838).

<sup>681</sup> Cfr. GIOVANNI MARONGIU, “Gerarchia Amministrativa”, *La Democrazia come Problema*, Vol. I, Tomo I, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 83-88. Historicamente, sobre o conceito e fundamento da hierarquia no modelo clássico e o controlo vertical, centralizado, da ação do governo em execução da lei formal, cfr. PAULO OTERO, *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra, 1992, pp. 37-77, 83-88 e 306-313. A hierarquia e a verticalidade cumpriam, também, funções de *eficácia administrativa*, resolvendo os problemas associados à direção e funcionamento dos serviços. O modelo administrativo clássico concentra o comando da máquina administrativa nos *poucos* departamentos governamentais e, além de servir a eficácia administrativa, era configurado como um instrumento de liberdade e de igualdade de tratamento dos cidadãos nas relações administrativas. No fundo, *centralização* e *subordinação hierárquica* funcionam como garantes da liberdade e da igualdade dos cidadãos, ao passo que a *dominância ministerial* facilitava a controlabilidade da administração pelo parlamento (“representação nacional”).

<sup>682</sup> Cfr. PAOLO STELLA RICHTER, *Scienza dell’Amministrazione*, cit., p. 13-15.

<sup>683</sup> Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, cit. p. 43, e *Para um contencioso administrativo dos particulares*, cit., p. 33.

#### 24.4. Pacto social e democracia administrativa: a negação da participação e a unilateralidade das formas da ação administrativa

Como referimos, à administração oitocentista uniforme e homogénea<sup>684</sup> correspondia um *modelo unitário de administração*, alicerçado nas categorias da hierarquia e da tutela estadual e no princípio da separação entre a administração e as forças sociais. Na realidade, rejeitou-se a intervenção de quaisquer corpos intermédios no exercício de funções administrativas e, em nome do liberalismo e do individualismo, estabeleceu-se um *sistema administrativo executivo* (de “ato administrativo”), *centralizado e hierarquizado*, que gozou duma longa tradição no ordenamento jurídico francês e que, progressivamente, permitiu consolidar um posicionamento *privilegiado* da administração pública no espaço social, traduzido no reconhecimento de um poder genérico de definição unilateral e autoritária do direito no caso concreto, de um privilégio de execução prévia e, bem assim, de prerrogativas exorbitantes de autoridade na relação com os particulares (modelo da “administração-poder”). A partir desta “cartilha”, como observa JEAN RIVERO<sup>685</sup>, ao contrário do que, em regra, sucede nas relações entre particulares, “em que ninguém pode, sem o seu consentimento, ver a sua situação jurídica modificada por simples vontade de outrem”, a administração pública, com base num direito administrativo que se ia formando em sentido derogatório ao direito comum, ficou habilitada a “modificar as situações jurídicas por sua única vontade, sem o consentimento dos interessados”. Com efeito, no modelo administrativo clássico, a *ideia de contrato social* (e o princípio da autodeterminação) apenas intervém indiretamente na “criação do sistema” como “fundamento legitimador” – quer dizer, não se expressa *ex post* em atos jurídicos negociais, nem em relações jurídicas paritárias, antes supõe *supra-infra ordenação e poderes administrativos especiais* para execução da lei formal na relação com os administrados. No fundo, o impulso *contratualista e individualista* inicial desemboca numa estrutura *unilateral e autoritária* do poder público.

A *decisão unilateral e autoritária*, suscetível de ser imposta se necessário pela força, constituía a forma de ação típica, traduzindo uma aplicação silogístico-subsuntiva da lei. A prática de atos administrativos, precipuamente voltada para a realização do fim legal enquanto manifestação de ciência (vontade funcional e objetiva), reduzia, por conseguinte, os custos de incerteza, conferindo *estabilidade e continuidade* à atividade administrativa, assim se exteriorizando a “regularidade do modelo legal-racional”. De resto, é em torno do *ato administrativo*, definido com as notas da unilateralidade e da autoridade, e da relevância

<sup>684</sup> Cfr. FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du Droit Administratif*, cit., pp. 56-60.

<sup>685</sup> *Direito Administrativo*, cit., p. 106.



do tradicional “ato agressivo”, que se vai construir toda a especialidade (e a autonomia) do direito administrativo em face do direito privado<sup>686</sup>.

Por isso, na representação individualista liberal não havia lugar à *participação administrativa* de particulares<sup>687</sup> e pouco ou nenhum espaço restava para o surgimento de esquemas de concertação (ou negociação) no exercício da função administrativa. A administração era entendida como mera execução da lei e, sendo esta produto da soberania nacional, aquela não poderia ser travada por ação de interesses corporativos ou de grupo. Para preservar essa qualidade, era, assim, necessário que o poder administrativo se situasse à distância dos grupos e não fosse condicionado por interesses especiais e setoriais que pudessem interferir na prossecução do interesse geral.

De resto, entendia-se que o princípio da legalidade administrativa não ofereceria qualquer espaço para a aplicação da *forma* contratual na conformação de relações jurídicas entre a administração e os particulares, pois tais relações teriam que ser disciplinadas por *normas gerais e impessoais*, aplicadas através de atos de autoridade, o que estaria em frontal oposição com a forma de ação contratual que é, por definição, um modo de *regulamentação individual* e constitutivamente marcado pelo *consenso*. Presumia-se o antagonismo radical entre a liberdade contratual e a legalidade heterónoma, daqui resultando uma forte limitação da *autonomia pública* na celebração de contratos<sup>688</sup>.

---

<sup>686</sup> Cfr. MARIO NIGRO, “Il ruolo dei giuristi nello Stato Liberale”, cit., p. 346. Como sublinha JEAN-LOUIS MESTRE, *Introduction historique ao Droit Administratif*, cit., p. 9, a emancipação do direito administrativo, enquanto direito especial da administração, só foi possível mediante a acentuação muito clara do tópico da *autoridade* e do *poder público*. A exigência de marcar a autonomia do direito administrativo foi, assim, claramente favorável ao ato administrativo, um ato de autoridade que manifestava a especial posição jurídica da administração face aos administrados, e sem réplica nos atos de direito privado, que exprimiam “vontades particulares” incompatíveis com a obediência à vontade geral e à prossecução do interesse da coletividade. Não é por acaso que se verifica uma tendência inicial de reconduzir ao conceito de *ato administrativo*, enquanto decisão unilateral e autoritária, todas (ou quase todas) as manifestações do agir público da administração. Também o ato administrativo se ajustava à ideia de *contrato social*, conciliando uma vertente autoritária – de exercício do poder do Estado – com uma vertente de garantia dos cidadãos, reproduzindo, assim, a este nível, aquele *compromisso* que estava subjacente ao Estado Constitucional liberal. Cria-se, deste modo, uma lógica binária: o *instrumento de ação normal* do poder administrativo seria o *ato administrativo* que executa a *lei* (sendo expressão do *imperium* do Estado), ao passo que o *instrumento normal* de expressão da autonomia do setor privado seria o *contrato*, através do qual os particulares autorregulamentavam os seus interesses e exerciam o poder sobre os bens (*dominium*).

<sup>687</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., p. 18, mencionando que a democracia rousseauiana era inimiga das autonomias infraestaduais, “onde se acoitavam os inimigos da nova ordem e as resistências à revolução”.

<sup>688</sup> A exclusão do contrato do âmbito do direito administrativo não significava, contudo, que o Estado não contratasse com os particulares. No período liberal, o afastamento da forma contratual na ação administrativa não foi total, mas durante muito tempo (até ao nascimento da figura do *contrato administrativo*), a sua utilização era limitada e manifestava-se, nos ordenamentos em que era admitida, sob as vestes de um regime de direito privado (*infra*, II, 30.).

Por essa razão, afirma NORBERTO BOBBIO que, no período liberal, a ideia de contrato (social) “nasce para morrer quase de imediato; a sua função é a de dar a vida a um filho destinado a destruir a sua própria essência”<sup>689</sup>. Tradicionalmente, partia-se do princípio da proibição da utilização do contrato no âmbito da atuação administrativa de direito público. Deste modo, até finais do século XIX, invocava-se um princípio, que por longo tempo persistiria na juspublicística europeia (os expoentes da tese que recusa o contrato de direito público são, na Alemanha, OTTO MAYER, e, na Itália, RANELLETTI e CAMMEO), que afirmava a *incompatibilidade entre contrato e ação administrativa*, mais especificamente, a incompatibilidade entre a liberdade negocial, a igualdade das partes e o consenso, de um lado, a vinculação à legalidade, a função administrativa e a sujeição ao interesse geral, de outro.

---

<sup>689</sup> *Il Contratto Sociale, Oggi*, Napoli, 1980, pp. 18-19.

## 25. As transformações do direito administrativo clássico no quadro da Nova Dogmática ou Ciência do Direito Administrativo

### 25.1. As transformações operadas pela socialização e pela regulação

O alargamento do público político (sufrágio universal, partidos modernos, grupos de interesses), a formação de uma “sociedade de grupos” (que suplanta a “sociedade dos indivíduos”), a crescente interpenetração entre Estado e sociedade com a passagem da sociedade burguesa (monoclassista e individualista) para a sociedade técnica (pluriclassista, post-industrial e de massas) e a profunda evolução de significado e do valor (normativo) da constituição política (o seu entendimento como lei suprema do Estado, *norma normarum* e parâmetro de validade de todos os atos do poder público) contribuíram para que o modelo de Estado liberal abstencionista entrasse em crise, sobretudo a partir da segunda metade do século XX<sup>690</sup>.

Como é sabido, de uma administração tradicional de autoridade encarregada apenas de defender a ordem social e as liberdades individuais transitou-se para uma *administração social, fornecedora de prestações, produtora de bens e serviços* nas áreas económicas, sociais e culturais (*serviços de interesse geral*). Como dizem E. FORSTHOFF<sup>691</sup> e, entre nós, ROGÉRIO SOARES<sup>692</sup>, a administração passou a ser também “constitutiva” (*gestaltende Verwaltung*). Tudo isto no quadro de evolução para um Estado de Direito Social, que intervém profundamente na vida económica e social, obedecendo a cláusulas de “bem-estar” e a uma matriz de “justiça social” conformadora de uma “nova ordem social mais justa e igualitária”. Por conseguinte, o Estado Providência participa ativamente na modificação da ordem económica e social (*Gestaltung des Sozialordung*)<sup>693</sup>, seja como produtor, prestador de serviços ou redistribuidor de riqueza, circunstância que concorreu para a erosão do princípio liberal da abstenção e da não intervenção<sup>694</sup>.

Sobretudo a partir da segunda metade do século XX, a administração pública viu ampliadas as suas estruturas orgânicas para responder à multiplicação das necessidades coletivas, algumas delas constitucionalmente impostas e configuradas como direitos fundamentais. De um prisma geral, a ação levada a cabo pela administração pública, a braços com tarefas sociais, económicas e regulatórias cada vez mais complexas e em maior escala, ultrapassou, em muito, as missões de interesse público que tradicionalmente lhe

<sup>690</sup> Cfr. ERNEST A. KERN, “Administración clásica y administración moderna de las prestaciones públicas”, *Doc. Adm.*, Nov.–Dic, n.º 132, 1969, pp. 45-57.

<sup>691</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., p. 133.

<sup>692</sup> “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, cit., *passim*.

<sup>693</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., p. 122.

<sup>694</sup> Cfr. SABINO CASSESE, *Il Diritto Amministrativo: storia e prospettive*, cit., pp. 441-450 e 477-492, e *La crisi dello Stato*, Laterza, 2002, pp. 21-35 e 36-42.

eram cometidas. A hipercomplexificação da atividade administrativa e o aumento exponencial de tarefas públicas a cargo do Estado significaram, por isso, alterações de *método* e de *agenda*, o que se fez sentir, desde logo, nos respetivos instrumentos e formas de atuação das entidades administrativas.

A administração que até aí fora essencialmente de “garantia da ordem” convolveu-se em “prestadora de serviços”, importando regras de gestão tipicamente privadas e operando em moldes distintos dos controlos jurídicos e técnicas do Estado burguês<sup>695</sup>. A administração tornou-se *gestionária*, de cariz *empresarial* e, através da adoção de instrumentos e modelos manageriais, importou um conjunto de técnicas e valores do setor privado com a sua orientação para a eficiência, os resultados, o mercado e o cliente. Neste novo *modelo de administração managerial*<sup>696</sup>, visa-se melhorar a gestão do setor público, desburocratizar o processo decisório, flexibilizar o regime laboral e alcançar maior proximidade entre a administração e o cidadão (cliente), havendo já aqui uma rotura com o modelo clássico de administração burocrática<sup>697</sup>.

Por outro lado, também o *princípio da legalidade* (e a efetiva dimensão heterovinculativa) deixou de corresponder aos postulados liberais – segundo a interpretação tradicional de LOCKE, ROUSSEAU e KANT – seja em resultado do valor normativo atribuído à constituição, seja em face da supremacia adquirida pelos executivos na definição da vontade político-legislativa do Estado<sup>698</sup>. O processo de deslocação para o governo da definição da vontade política do Estado e o progressivo distanciamento do parlamento reforçou o protagonismo decisório do poder executivo. A legitimidade política da decisão normativa do poder não se esgota meramente na instituição parlamentar que produz as leis e no executivo que as aplica. Invertendo-se o relacionamento normal entre o poder legislativo e o poder executivo, “todo o modelo político herdado do liberalismo se subverte: o executivo ganha, paulatinamente, uma legitimidade democrática igual à do parlamento”<sup>699</sup> e liberta-se do anátema de um poder público secundário ou meramente executivo da lei<sup>700</sup>.

<sup>695</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., pp. 127-128.

<sup>696</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. ROBERT DENHARDT, *Theories of Public Organization*, cit., pp. 103-109 e 143-149; e VITAL MOREIRA, “Nova gestão pública e Direito Administrativo”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3978 (2013), Coimbra, pp. 173-195.

<sup>697</sup> Cfr. JACQUES CHEVALLIER, “L’administration face au public”, *La Communication administration-administrés*, Paris, 1983, pp. 38-43.

<sup>698</sup> Cfr. LUCIA CIMELLARO, “Il principio di legalità in trasformazione”, *Diritto e Società*, 2006, n.º 1, pp. 125-130.

<sup>699</sup> Cfr. P. OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 131, enfatizando o “transitar silencioso do «Estado legislativo-parlamentar» para um «Estado administrativo-governamental»”.

<sup>700</sup> Cfr. HANS PETERS, *Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt*, cit., pp. 12-13 e 29-32, apontando ao poder executivo uma dimensão criadora e uma especial vocação inovatória no ordenamento jurídico público.

Com efeito, não obstante ter sido submetido a profunda revisão durante a “época social”, no último quartel do século XX, é já visível que o modelo administrativo clássico entrara em crise, sendo praticamente “descontinuado” durante o período de transição para um *Estado Administrativo Regulador e Garantidor*, associado a um modelo administrativo de *governança* e de *pilotagem* sobre o sistema social. Algumas das grandes certezas administrativas deixam de ser o que eram. Por isso, ou também por isso, a reforma do direito administrativo ocupa, agora, um lugar central, acumulando-se um enorme acervo doutrinal sobre a necessidade de renovação das instituições de direito administrativo e a sua adequação ao universo de problemas com que a administração pública do nosso tempo se defronta. As instituições jurídicas têm uma função estabilizadora, mas não podem ficar imunes à mudança e, muito menos, subtrair-se à instância da crítica que a cada momento as pode pôr em causa. Algumas das coordenadas ligadas à *amplitude*, ao *papel* e às *responsabilidades* do Estado Administrativo Social e de Serviço Público foram submetidas a um profundo processo de transformação<sup>701</sup>, vivendo, hoje, numa *encruzilhada de sentidos*, sobretudo após a crise financeira de 2008.

Assim, a doutrina tem vindo a aludir à insuficiência da perspectiva tradicional e dos respetivos quadros de referência na compreensão das inovações estruturais, procedimentais e substanciais introduzidas nos sistemas administrativos contemporâneos. A dilucidação das citadas ambivalências obtém-se, desde logo, através de um exercício de confrontação. Seguindo de perto E. SCHMIDT-ABMANN, “na conceção tradicional do direito administrativo, a administração era definida de maneira «residual» ou «negativa»”, aparecendo “como um bloco fechado, hierarquicamente ordenado e articulado no plano interno, de acordo com o dogma da unidade da administração e traduzindo, como tal, um conglomerado de carácter unitário”. A administração está enquadrada naquilo que designa por “modelo explicativo de direção pela lei”: a “lei dirige a administração numa perspectiva de programas materiais que comportam o maior detalhe possível”; o conteúdo da lei pré-determina a ação da administração para cada hipótese, sendo que esta executa a lei através de atos formalizados e com o apoio de determinadas técnicas de integração nas categorias jurídicas existentes. Neste contexto, “o procedimento administrativo desempenha apenas um papel secundário”, revelando-se essencial o apuramento da legalidade das decisões tomadas. Seguindo a lógica de uma relação tripolar estabelecida entre Legislador-administração-Juiz, os tribunais, por sua vez, “controlam a conformidade das decisões administrativas face ao direito e sob o olhar atento de um programa completamente estabelecido por lei”.

---

<sup>701</sup> Referimo-nos, naturalmente, ao *recuo e diminuição do Estado gestor e prestador de serviços*.

Para E. SCHMIDT-ABMANN, é esta tríade de presunções – a *unidade da administração*, a *formalização da sua ação* e a *aplicação do direito compreendido como simples execução* – que consubstancia um modelo muito compacto e fechado sobre si próprio<sup>702</sup>.

Ora, a simplicidade que caracteriza este modelo perdeu grande parte da sua antiga credibilidade, observando-se, hoje, a manifesta insuficiência do “modelo explicativo de direção pela lei”. A conceção de uma administração pública titular de poderes de autoridade, limitados por regras jurídicas de conteúdo preciso e determinado, expressão de uma função administrativa “serva da lei parlamentar”, já não se ajusta ao mundo administrativo da nossa época, nem condiz com muitas das determinantes características do pensamento juspublicista atual. Na verdade, vários fatores contribuem ou contribuíram para isso.

Primeiro, porque a clássica separação entre Estado e sociedade foi, progressivamente, superada pela *interpenetração entre o público e o privado*. Na representação individualista liberal, “os particulares eram *administrados*, não podiam ser administração nem compartilhar dela”<sup>703</sup>. As fronteiras entre o espaço da autoridade, das tarefas públicas e do império do interesse geral – pertencente ao Estado – e o espaço das tarefas privadas e do exercício das liberdades fundamentais – referente à sociedade – encontravam-se rigorosa e geometricamente definidas. No entanto, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, a lógica de oposição e de confrontação entre a esfera pública e a esfera privada foi sendo substituída por uma outra, assente na *interdependência* e na *colaboração*, em que prevalecem “zonas híbridas”, “público-corporativas”<sup>704</sup>, zonas de mistura e de complementaridade entre o público e o privado, com repercussão no capítulo das tarefas, papéis, funções e responsabilidades entre o Estado e a sociedade<sup>705</sup>.

Associado às várias formas de participação dos cidadãos e dos grupos sociais no Estado e na administração pública, o aprofundamento da *democracia participativa* como forma de completar a democracia representativa criou condições para uma “osmose” e uma “imbricação” entre a esfera do Estado e a esfera da sociedade: a tradicional dicotomia liberal entre o Estado e o indivíduo viu-se alargada aos grupos; o Estado perdeu “o monopólio do público”, deixando de ser o ator único (e principal) da realização de

---

<sup>702</sup> “Principes de base d’une réforme du droit administrative”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, pp. 429-430.

<sup>703</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., p. 24.

<sup>704</sup> Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, “A Hipótese Neocorporativa”, cit., p. 458.

<sup>705</sup> Cfr. SABINO CASSESE, *Il Diritto Amministrativo: storia e prospettive*, cit., pp. 535-543; ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., pp. 79-83; e MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, Vol. I, cit., pp. 94-97.

interesses dessa natureza; a capacidade privada foi colocada ao serviço da realização do interesse público (“ativação e partilha de responsabilidades”<sup>706</sup>); o Estado “descarrega” funções administrativas em entidades particulares<sup>707</sup>; a administração abriu-se à concertação de interesses e à contratação pública e privada, elevando o consenso a critério legitimador da decisão administrativa.

Segundo, o órgão executivo central deixou de ser uma simples estrutura secundária e subordinada à vontade geral expressa pelo parlamento, de acordo com os postulados liberais. Ao invés, observou-se o reforço do protagonismo político e decisório do executivo<sup>708</sup>, que se assumiu como “motor dinamizador do sistema político” (e “da ordem jurídica”<sup>709</sup>), e o progressivo enfraquecimento do papel desempenhado pelos parlamentos, perceptível tanto da ótica de “crise do legislador parlamentar”<sup>710</sup>, como do afrouxamento da “responsabilidade política do governo perante o parlamento”<sup>711</sup>, sobretudo em situações de governos apoiados por maiorias parlamentares absolutas.

Por tudo isto, o poder parlamentar foi perdendo centralidade como expressão da vontade popular concretizadora do princípio democrático<sup>712</sup>, perturbando o equilíbrio clássico em que assentava a separação de poderes. Ao longo do último quartel do século XX, mesmo nos países onde se manteve constante o ideário democrático-parlamentar, o poder político foi-se deslocando dos parlamentos para os executivos. Seja assumindo as vestes reservadas ao legislador (*governo-legislador*), seja atuando na prossecução direta e necessária dos interesses da comunidade (*governo-administrador*), a pouco e pouco a administração *programou-se* a ela própria, definindo o governo, por via legislativa, os pressupostos e os critérios materiais das suas próprias decisões no domínio administrativo. O poder executivo começou a fazer apelo à sua mais-valia como *instância concretizadora*

---

<sup>706</sup> Cfr. BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat*, cit., p. 22.

<sup>707</sup> Já nestes termos, advertindo para um processo de *descarga ou devolução do Estado*, a doutrina sufragada por ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, cit., pp. 103-104.

<sup>708</sup> Na expressão de PIERRE AVRIL, *Ecrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Paris, 2010, p. 31.

<sup>709</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “O Ordenamento Jurídico Administrativo Português”, cit., pp. 65-66; e JORGE MIRANDA, “Decreto”, *DJAP*, Vol. III, Lisboa, 1990, p. 356.

<sup>710</sup> Como sublinham J.-C. BÉCANE/M. COUDERC/ J.-L. HÉRIN, *La loi*, cit., pp. 64-67, a *legislação governamental* e a *produção normativa de gabinete* não cessaram de aumentar durante o último quartel do século XX, por intermédio de um sistema de burocracia operante sob o comando do governo, que regulamenta vocabulário e construções técnicas utilizadas por peritos e especialistas. As conceções originárias do princípio da legalidade administrativa como expressão legitimadora do parlamento e limitativa da atividade do executivo perdem efetividade em face da *legalidade governamental*.

<sup>711</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., pp. 144-145, falando em “apagamento do parlamento, valorização decisória do executivo e vedetização do primeiro-ministro”.

<sup>712</sup> Em especial sobre a “crise da lei” e os “limites da representação parlamentar”, cfr. JEAN PIERRE CAMBY, “La désacralisation de la loi”, *Etudes de la documentation française, La Constitution de la Ve République: Réflexions pour un cinquantenaire*, 2008, pp. 107-118.

da *socialidade* e de outros fins constitucionais do Estado (v.g., promoção do bem-estar, segurança, fornecimento de serviços essenciais, defesa dos direitos dos cidadãos, seja *diretamente* ou na *assunção de uma responsabilidade pública de garantia*), para reivindicar um acréscimo de legitimação político-constitucional.

Em terceiro lugar, o próprio modelo administrativo clássico entrou em crise, sobretudo a partir do momento em que o Direito não mais se reduz à lei e esta perde a possibilidade de regular a atividade administrativa na sua plenitude. Neste quadro, naturalmente, a *hierarquia* e a *tutela* já não asseguram uma proteção jurídica adequada dos direitos dos particulares. Alguns dos instrumentos jurídicos clássicos tornaram-se obsoletos e incapazes de responder à evolução permanente da realidade administrativa e a novas formas de lesão dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares. Com efeito, a perspetiva tradicional do *controlo* (parlamentar e judicial) e os critérios estritos que são empregues já não se afiguram suficientes, sendo antes necessário conceber o controlo de forma *ampla* e situá-lo na perspetiva da *ação administrativa*<sup>713</sup>.

Em quarto lugar, o modelo administrativo clássico foi, também, perdendo grande parte da sua antiga credibilidade com a passagem da sociedade técnica para a *sociedade da informação e do conhecimento*. As modernas sociedades são *sociedades de informação e de comunicação*<sup>714</sup>, tidas como “sociedades do conhecimento”, estruturalmente *críticas*,

---

<sup>713</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, p. 432.

<sup>714</sup> Cfr. ARMAND MATTELART, *Histoire de la société de l’information*, Paris, 2001. A aceleração da comunicação via *internet*, dispersa nas suas fontes e rápida no seu curso, os fluxos de informação contínua entre atores sociais e os efeitos de divulgação das novas tecnologias digitais tornaram a vida em comunidade mais *aberta, incerta, complexa e exposta*. Observa-se que as crescentes exigências de controlo e de vigilância advêm, essencialmente, do elevado grau de importância que o *risco* e a *escassez de recursos* passaram a representar na realidade social e nas relações entre o homem e o meio que o rodeia. Efetivamente, as conquistas científicas oriundas da “revolução tecnológica” geraram uma parte significativa do cimento estruturante da vida em comunidade, mas, por outro lado, fruto dessas inovações, acentuaram-se os problemas dominados pela ampliação do *risco*, da *incerteza* e da *indeterminação* dos efeitos dos modos de convivência nas comunidades atuais (“sociedade de risco”).

Numa sociedade de risco ecoa o grito de ULRICH BECK, *La Irresponsabilidad Organizada*, Barcelona, 2009, p. 4: “tenho medo!”, afirmação que coloca à comunidade a relevantíssima questão de saber “como vencer o medo, se não podemos combater diretamente as causas do nosso medo?” ou, noutras palavras, “como continuar a viver no vulcão que é esta civilização, sem tentar conscientemente esquecê-lo e sem morrer asfíxiado pelo medo?”. Alguns conceitos e princípios oriundos do cientismo, que considerávamos firmes e inabaláveis, sofreram um processo de degenerescência, dissolvendo-se, a par e passo, perante o impacto das dimensões do “acaso” e do “caos” presentes na vida do homem e nas leis do universo. A normalidade passou a compreender, um tanto paradoxalmente, a *catástrofe* e o *caos*. A catástrofe e o caos, tradicionalmente concebidos como ocorrências ou singularidades impenetráveis para a razão e para a ciência, passaram, nas últimas décadas, a fazer parte também do domínio da razão científica, motivando a extensa atividade regulatória desenvolvida por um *Estado Administrativo gestor e controlador de riscos económicos, sociais e ambientais* (v.g., alimentos transgénicos, efeitos lesivos de radiações para a saúde pública, efeitos nocivos das instalações industriais para o ambiente e biodiversidade, impacto danoso da energia nuclear, de resíduos e lixos tóxicos para a água, a atmosfera e o solo, etc.). A *Teoria do Caos* operou uma autêntica revolução copernicana



apoiadas no *progresso científico e tecnológico*, que atuam em *redes de comunicação descentralizadas*, quase sempre através do *medium da internet*. Acelerando a circulação de informação e a difusão de conhecimentos, as tecnologias de informação assumem, neste cenário, um papel decisivo na promoção da *transparência* e da *publicidade crítica* das decisões do poder público, criando um espaço mediatizado de “discussão”, de “vigilância” e de “avaliação” dos resultados da ação administrativa<sup>715</sup>.

---

neste domínio, pondo fim ao “sonho newtoniano”. Mercê dos trabalhos de ALAN TURING, BELOUSOV, EDWARD LORENZ e, sobretudo, de MANDELROT, sustenta-se que a verdade de um universo regular e lógico não passava apenas de uma ilusão, apoiada num pensamento matemático que, até então, trabalhava sob esquemas e formas ideais. Considera-se que o *caos* está presente nas leis mais básicas da física (formas do mundo natural irregulares, alterações climáticas, catástrofes naturais, deformações biológicas congénitas, “crash” de mercados financeiros, etc.). O mundo natural pode revelar-se profundamente imprevisível e a *imprevisibilidade* está ligada a cada aspeto da vida social. Deparam-se-nos fenómenos complexos não domináveis linearmente, que revelam a existência de soluções caóticas geradoras de incertezas, determinação e imprevisibilidade. Para mais desenvolvimentos sobre a *Teoria do Caos* e a sua repercussão no Direito, cfr. *Chaos Theory in the Social Sciences*, eds. D. Kiel/W. Elliott, University of Michigan Press, 1997, em especial pp. 1-18; e DAMIEN LAGAUZERE, *Sociologie et Théorie du Chaos*, Editions L'Harmattan, Paris, 2007, pp. 19-25.

Ora, para além de novos riscos criados e potenciados pela ação humana e de riscos naturais, considera-se que o *exercício da função administrativa*, enquanto gestão de recursos escassos, é, frequentemente, confrontado com a existência de “lacunas de conhecimento” e de “espaços de ignorância” (cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, cit., p. 231), que entretecem a tomada da decisão e perturbam o exercício da atividade administrativa. Toda a decisão administrativa não estritamente vinculada, na medida em que pressupõe uma escolha, implica a emergência de riscos (atuais ou potenciais), em virtude da *voluntas* que necessariamente a predica, pelo que a incapacidade de aceder, na globalidade, à diversidade de conhecimentos e de conteúdos adensa a *incerteza* no momento da ponderação de “valores” e “interesses” inerentes à tomada da decisão. Ademais, o tratamento de uma informação cada vez mais vasta, técnica e especializada colocam desafios às autoridades administrativas na tomada de decisões, descoberto que está o espaço de *ignorância*, o *risco* e a *incerteza*. Impõe-se, por isso, a conquista de espaços de saber e a convocação de *inputs* provenientes da colaboração e participação privadas (produção e partilha de informação no procedimento administrativo), pois, em determinados casos, não estão os órgãos administrativos dotados de meios para conhecer todos os elementos necessários à sua atuação. É no preenchimento deste *espaço de ignorância* que se joga, em grande medida, a “boa decisão administrativa”, sobretudo em face do caráter técnico que determinadas matérias encerram e da elevada dependência de conhecimentos científicos.

<sup>715</sup> Como refere ANDREAS VOßKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, München, 2006, pp. 52-56, o *e-government* tem sido, desde o virar do século, o grande motor da reforma administrativa (entre nós, cfr. os artigos 61.º e segs. do CPA) ao reforçar a transparência e a partilha da informação, ao permitir a consulta e utilização de bancos de dados e formulários digitais, ao aproximar a administração, os cidadãos e os agentes económicos por via da comunicação *online*, melhorando inquestionavelmente a qualidade dos serviços públicos prestados e incrementando a eficiência administrativa. No entanto, reza o antigo brocardo latino, “*ubi commoda, ibi incommoda*”. Este *Estado administrativo em rede*, apoiado em plataformas eletrónicas e ferramentas de *e-government*, apresentando-se como um Estado *online* em permanência, acede e controla bancos de dados, repletos de infundáveis registos históricos e zonas de detalhe, alguns deles potencialmente invasivos da intimidade da vida privada e lesivos dos direitos fundamentais (v.g., dados pessoais e patrimoniais, informações fiscais e sociais dos cidadãos, enquanto contribuintes, consumidores de bens ou utentes de serviços públicos, movimentos bancários, controlo da circulação de viaturas automóveis). Este “*Estado Administrativo omnividente*” constituía já um sinal de grande preocupação para NORBERTO BOBBIO em meados da década de 80 (*O Futuro da Democracia*, cit., p. 40): “o ideal do poderoso foi sempre poder ver todos os gestos e escutar todas as palavras dos seus súbditos (possivelmente sem ser nem visto nem escutado por eles): este ideal tornou-se, hoje, exequível”.

Em quinto lugar, acresce ao exposto a perda da ideia de *unidade originária de administração*, traduzida na evolução de um modelo piramidal de administração pública para um modelo *pluralista e policêntrico*, que provocou a ruptura com a organização departamental clássica e rompeu com o modelo tradicional de articulação entre a organização administrativa e a legitimação democrática da administração pública. A subordinação à lei e a legitimidade democrática do poder executivo não podem mais ser compreendidos como simples relações lineares ou de causalidade – de cima para baixo –, mas como um “processo muito mais complexo no qual se produzem igualmente efeitos inversos de carácter horizontal”<sup>716</sup> (*princípio da contra-corrente*, sobretudo no domínio da vinculação legislativa a regulamentos administrativos).

Em sexto lugar, de um direito administrativo da prestação transitou-se para um “direito administrativo de garantia da prestação”<sup>717</sup>. A transição para o *Estado Administrativo Regulador e Garantidor* ocorrida nos últimos anos do século XX denotou, em larga medida, um movimento de redução da participação direta do Estado na economia, como *empresário e produtor*, por efeito de extensos programas de diminuição do peso do setor público e de privatização dos tradicionais serviços públicos económicos (v.g., comunicações, energia, transportes), assistindo-se, em geral, à retração da administração de serviço público no espaço euro-continental. Aquela transição significou, como veremos, a assunção de um *dever ou responsabilidade pública de garantia* pelo Estado e, bem assim, a emergência de novas fórmulas e conceitos como “partilha de responsabilidades”, “governança colaborativa”, “autorregulação privada publicamente regulada”, “ativação de responsabilidades privadas”, “contrato regulatório”, etc..

Em sétimo lugar, no que toca à realização do direito no caso concreto, as últimas décadas do século XX revelaram uma tendência de evolução dos sistemas de administração executiva europeus para a introdução do *consenso* e da *concertação no agir administrativo*,

---

<sup>716</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, p. 432.

<sup>717</sup> A transição ocorrida nos finais do século XX para o Estado Regulador significou, como veremos, a assunção de um *dever ou responsabilidade pública de garantia* pelo Estado, que traz implícita um “novo pacto ou compromisso” perante a sociedade no que tange à realização de certos fins de interesse público (v.g., defesa dos direitos dos cidadãos, promoção do bem-estar, segurança, fornecimento de serviços essenciais). À medida que o Estado Regulador avançou com passo decidido a reduzir as parcelas do Estado Prestador e do Estado Produtor houve que dar resposta às múltiplas transformações decorrentes da intensidade e das novas modalidades de intervenção pública no espaço social. Daí a doutrina sustentar a necessidade de se estruturar um *direito administrativo da garantia e da pós-privatização*, centrado no tópico da garantia da realização do interesse público (“*Gewährleistungsverantwortung*”) – cfr. ANDREAS VOBKUHLE, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben”, *VVDStRL*, n.º 62, 2003, p. 266 (especialmente, pp. 310 e seguintes); E. SCHMIDT-ABMANN “Principes de base d’une réforme du droit administrative”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, pp. 440 e 447-448; e, entre nós, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 22-23 e 1101-1105.

tendência essa que criou as condições favoráveis para o alargamento da aplicação do contrato nas relações jurídico-públicas. A decisão unilateral e o poder normativo convivem com o acordo e o contrato, impulsionando no contexto de uma “*administração concertada*”, *contratos decisórios e formas de elaboração pactícia de normas regulatórias* (“*regulatory negotiation*” ou “*reg-neg*”), e verificando-se, ainda, que as ações formalizadas coexistem com os *compromissos* administrativos de natureza *informal* (“administração por compromissos”).

Finalmente, não obstante a administração pública se ter tornado um poder fortalecido no contexto das funções estaduais, a mesma é, hodiernamente, pluri-vinculada, pluri-responsável e altamente controlada. No coração do sistema administrativo clássico, a fiscalização judicial do exercício do poder administrativo, a fiscalização parlamentar da atividade administrativa, a par da subordinação hierárquica, da tutela e da centralização constituíam os instrumentos de controlo da atividade administrativa. No entanto, como vimos, a hierarquia e a tutela já não asseguram uma proteção jurídica adequada dos direitos dos particulares e o controlo parlamentar da atividade administrativa conhece, hoje, diversos limites funcionais que condicionam a sua efetividade (v.g., assimetria de informação<sup>718</sup>). Em sentido inverso, o controlo judicial da atividade administrativa (reexame *ex post* pelo juiz) conheceu desenvolvimentos assinaláveis nas últimas décadas, sobretudo nos sistemas de administração executiva.

Neste ensejo, considerando os problemas decorrentes da limitação do controlo da ação administrativa, tem sido defendida uma perspetiva de *controlo amplo da atividade administrativa*. Desde logo em face da pluralidade de ordenamentos administrativos (estaduais, infra-estaduais, autónomos, trans-nacionais), que expressam *várias legitimidades*. A complexidade inerente à estrutura de uma administração proteiforme, com o seu direito desarticulado e assistemático, e a emergência de uma plêiade de novos entes administrativos exigem não apenas a resolução do problema de identificação dos respetivos

---

<sup>718</sup> Nos últimos tempos, os parlamentos deixaram de poder exercer um controlo efetivo e permanente sobre o modo como no dia-a-dia a administração exerce a sua atividade, repleta de infindáveis zonas técnicas que fundamentam uma parte significativa das decisões administrativas e que os parlamentares não podem dominar, debilitando a sua missão de fiscalizar o executivo. A própria *responsabilidade política do governo perante o parlamento*, sobretudo em situações de governos apoiados por maiorias parlamentares absolutas, além de revelar o cumprimento de uma simples formalidade, destituída de autênticos resultados políticos, tende a transformar-se num mero *proform*, pelo facto de estar concentrada nas mãos do governo uma informação vasta e complexa, designadamente pela sua especialização e tecnicidade, impossibilitando o acesso ou a compreensão à grande maioria dos deputados (*assimetria de informação*). Além disso, a *avalancha de tarefas*, em que a administração se tem visto progressivamente submergida, o *pluralismo organizativo* e o sistema de *administração multinível*, produzindo uma *operação de distanciamento* de certas esferas administrativas em relação à própria direção governamental de toda a administração pública, debilitam a missão de fiscalização parlamentar.

titulares (das fontes decisórias e normativas), como também a dilucidação dos problemas relativos à *prestação de contas* e ao tipo de *responsabilidade* pelos atos praticados no exercício da função administrativa<sup>719</sup>.

Na nova dogmática do direito administrativo (*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*) sustenta-se, por isso, a passagem de uma “perspetiva de controlo jurisdicional para uma perspetiva centrada na própria ação administrativa”<sup>720</sup>. A referência à responsabilidade (*Verantwortung*) alicerça a autonomia da função administrativa no quadro da repartição de responsabilidades entre as várias funções estaduais. SCHMIDT-ASSMANN considera que o “«controlo e a coordenação não são conceitos necessariamente contraditórios»”<sup>721</sup>. Com efeito, o que é decisivo, é que se assegure, no plano dos sujeitos, da organização e do procedimento, a distância específica que reclama o exercício do controlo.

Assim, o *controlo parlamentar* e o *controlo judicial* (controles tradicionais) não se assumem como as únicas formas de fiscalização da ação da administração pública. O direito administrativo interessa-se, igualmente, por outras perspetivas e por outras dimensões, que operam, como um todo, e em interação constante. No *groundzero* desse sistema, encontramos os tribunais administrativos, aos quais compete exercer o controlo em termos estritamente jurídicos, produzindo decisões judicativas. Da mesma maneira que a ação administrativa não é apenas “conforme à lei” ou “conforme ao direito”, para SCHMIDT-ASSMANN, deve, também, a administração *responder* segundo outros *critérios de correção*, fazendo, se necessário, intervir, paralelamente, outros mecanismos de controlo capazes de proceder à identificação de medidas e respetivas avaliações da ação administrativa. SCHMIDT-ASSMANN propugna, assim, uma *teoria dos controlos* concebida de forma *ampla ou integral*, de modo a integrar a *análise económica da ação administrativa*, o *controlo financeiro e orçamental*, o *controlo de qualidade*, o *controlo exercido pela opinião pública e pelos cidadãos* no âmbito da sua participação nos procedimentos e, ainda, o *controlo a*

<sup>719</sup> Considerando a autonomia da função administrativa no quadro das várias funções estaduais, a categoria determinante para determinar a realização de todo o espetro de tarefas públicas passou, hoje, a consistir na “responsabilidade” (*Verantwortung*), relativas ao *naïpe* de “tarefas” e de “interesses” pelos quais a administração é responsável e por cuja execução deve responder (“*rahmenverantwortung und erfüllungsverantwortung*”) – cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, “Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts”, Reformansatz und Reformbedarf, W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Nomos, 1993, pp. 11-63, e “Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* Bd. 34, 1976, De Gruyter, pp. 221-274.

<sup>720</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administrative”, *Revue française de droit administratif*, Mai-Juin, 2008, p. 443.

<sup>721</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administrative”, *Revue française de droit administratif*, Mai-Juin, cit., p. 444, mencionando o estudo de W. HOFFMANN-RIEM, “Verwaltungskontrolle-Perspektiven”, Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, *Verwaltungskontrollen*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 325.

que a Comissão Europeia submete as diversas administrações nacionais<sup>722</sup>. Por último, a iniciativa de exercer o *controlo democrático* (controlo, vigilância e avaliação dos resultados das atuações administrativas) deve, também, ser realizada no espaço da cidadania informada, crítica, responsável e empenhada – o que, de resto, se encontra em sintonia com a (renovada) ideia de contrato social. A *democracia administrativa* supõe a ideia de *democracia de contribuintes* (a postular uma revisão do princípio “*no taxation without representation*” pelo princípio “*no representation without taxation*”<sup>723</sup>). Por esta via, visa-se aprofundar algumas formas inovatórias de o poder administrativo prestar contas à comunidade (*accountability*) pelas expetativas que cria (*responsiveness*) e pelas ações que executa (*responsability*)<sup>724</sup>.

Tendo em atenção o exposto, está hoje mais ou menos popularizada a referência a um *novo direito administrativo*, formulação que pretende exprimir a exigência de adaptação e de renovação do direito administrativo como resposta às múltiplas transformações e aos novos desafios por que há-de passar o exercício da função administrativa. Numa exposição

---

<sup>722</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administrative”, *Revue française de droit administratif*, Mai-Juin, cit., p. 444.

<sup>723</sup> Cfr. MICHAEL HERB, “No Representation without Taxation? Rents, Development, and Democracy”, *Comparative Politics* 37, no. 3 (April, 2005), pp. 297-316.

<sup>724</sup> A boa governança exige, assim, que os agentes administrativos e os responsáveis pela direção política da administração pública tenham um dever de prestação de contas pelo que fazem, pelas decisões que tomam, mas também pelo que deixam de fazer (omissão). Na efetivação da *accountability*, adquire especial importância a publicação (semestral ou anual) de *relatórios de prestação de contas* pela administração pública, com informação detalhada, envolvendo as rúbricas financeiras e contabilísticas e, ainda, indicadores de *performance* da atividade administrativa, designadamente sobre a análise da: qualidade e da eficiência dos serviços prestados nas várias áreas; dos tempos de resposta dos serviços administrativos; dos resultados alcançados; dos riscos assumidos e das vantagens consideradas; dos investimentos realizados, evidenciando-se custos e benefícios, desde a fase da aprovação de projetos até à fase de concretização.

A produção de relatórios deste tipo, designados “*accounting reports and analysis*”, não apenas fomenta a transparência da atividade administrativa, como permite a realização de uma avaliação, positiva ou negativa, das opções tomadas (*finalidades e prioridades*) e do modo como se vai realizando a gestão de recursos escassos para a obtenção de utilidades públicas. No direito norte-americano, existem já alguns casos de relatórios de prestação de contas que inscrevem rúbricas acerca das opções tomadas pelas agências regulatórias. ROWAN JONES/MAURICE PENDLEBURY, *Public Sector Accounting*, Pearson Education, 2000, pp. 7-15 e 208-225, reconhecem que alguns desses relatórios, que incluem rúbricas como os “interesses”, as “expetativas e preferências dos cidadãos” (*responsiveness*) e o apuramento do grau de efetividade das soluções alcançadas (*effectiveness*), tocam questões submetidas a regras não jurídicas de “boa administração” e contendem com os poderes próprios de decisão dos agentes administrativos. Diversamente, na realidade administrativa portuguesa, proliferam nos municípios apenas “*Relatórios de Gestão de Atividades*”, vulgo relatórios de controlo financeiro, que incluem, em geral, aspetos como o balanço, o ativo bruto, o controlo orçamental, as amortizações e provisões, os montantes gastos com a contratação administrativa, a demonstração de resultados e as operações de tesouraria. Trata-se de relatórios, obrigatoriamente publicados no sítio eletrónico respetivo, que apenas inscrevem *rúbricas de natureza financeira e contabilística*, submetidos ao controlo e jurisdição obrigatória do Tribunal de Contas, nos termos do disposto no artigo 79.º, n.º 2 e 80.º da Lei n.º 73/2013 de 03 de setembro (na versão da Lei n.º 69/2015, de 16/07), que estabelece o regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais.

de E. SCHMIDT-ASSMANN de 2008 (“Principes de base d’une réforme du droit administrative”, publicada em dois números da *Revue française de droit administratif*) encontram-se, em termos de categorização, desenvolvimento e clareza, algumas das premissas fundamentais da *reforma do direito administrativo*, abordada sob a lupa da designada *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*. Para o Professor de Heidelberg, não se trata de abandonar os pressupostos sobre os quais se fundou o direito administrativo tradicional, mas o de reconhecer a sua insuficiência e de completar o sistema clássico com a ajuda de outros modelos com os quais ele deverá coexistir<sup>725</sup>.

Deste modo, para SCHMIDT-ASSMANN, a construção sistemática do direito administrativo de hoje deve tomar em consideração, simultaneamente, as duas dimensões – a *tradicional* e a *nova* –, não se tratando de uma simples justaposição de uma e outra, porquanto, no interior de todo o sistema, a renovação, os complementos e os contributos trazidos para um dos elementos afeta, inevitavelmente, a posição relativa que os outros elementos ocupam<sup>726</sup>. A persistência e a continuidade do direito administrativo exige, por conseguinte, como ponto de partida, o reconhecimento de que o clássico direito da administração pública não assegura uma resposta adequada e cabal para todos os problemas da realidade administrativa do nosso tempo.

## **25.2. Nova Dogmática ou Ciência do Direito Administrativo (*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*) e reforma do direito administrativo**

A tematização do direito administrativo como um *direito perturbado* no contexto atual, que se debate com uma *crise de identidade*<sup>727</sup>, por força de múltiplas inovações institucionais, procedimentais e substanciais que têm vindo a ser introduzidas desde o último quartel do século XX, condensa um conjunto de problemas e de matérias que mergulham fundo na teoria do direito administrativo (*Verwaltungsrechtslehre*). Em resultado de fatores de ordem constitucional, política e social, o direito administrativo transformou-se ao longo de séculos de evolução, não lhe sendo estranho momentos contraditórios e encruzilhadas científicas, ao ponto de se reconhecer que “a história do

---

<sup>725</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, p. 431.

<sup>726</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, p. 432.

<sup>727</sup> Cfr. E. DESDENTADO DA ROCA, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia, 1999; e FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du Droit Administratif*, cit., pp. 468-473.

direito administrativo está plena de momentos de crise”<sup>728</sup>, pela progressiva redefinição do seu espaço de operatividade – “publicização ou administrativização” de áreas do direito privado, “privatização da administração pública”, “redução de privilégios e imunidades do poder”, “ampliação de prerrogativas de autoridade”, etc..

Na realidade, o *desenvolvimento* do direito administrativo assinala nos últimos anos uma ambivalência de sentidos – um “*mosaico di contraddizioni*” na formulação de SABINO CASSESE: “é unilateral, mas age através de acordo. Impõe-se pela força, mas subordina-se ao controlo do juiz. Obedece à política, mas também se sujeita a regras técnicas e a critérios jurídicos. É legitimado pelo consenso, mas principalmente pelo direito. É *gubernaculum* (poder discricionário e insindicável), mas também *jurisdictio* (poder segundo a lei)”<sup>729</sup>. Entre nós, PAULO OTERO fala numa “«revolução administrativa» em curso”, que emergiu numa “dimensão transnacional e globalizada”, traduzindo fundamentalmente uma “rotura do modelo tradicional” e o “desmoronar das grandes certezas administrativas”, mas “sem que os seus contornos se encontrem totalmente definidos, nem absorvidos pela dogmática jusadministrativa”<sup>730</sup>.

Por impulso de movimentos reformistas no âmbito dos sistemas de administração executiva, que avolumam o enorme acervo doutrinal produzido sobre o tema, as transformações estruturais e as novas tendências de adaptação do direito administrativo clássico – *maxime*, nos capítulos das *fontes de direito*, da *organização administrativa*, do *procedimento administrativo*, da *atividade administrativa* – refletem o acordo de posições nas seguintes linhas de força:

---

<sup>728</sup> Cfr. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., p. 66.

<sup>729</sup> *Il Diritto Amministrativo: storia e prospettive*, cit., p. 505; “Tendenze e problemi del diritto amministrativo”, *RTDP*, n.º 4, Milano, 2004, pp. 901-912; “Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo”, *RTDP*, n.º 4, Milano, 2009, pp. 879-902. Sobre as transformações do direito administrativo, com especial interesse, E. SCHMIDT-ABMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, pp. 15-132, e “El método de la ciencia del derecho administrativo”, pp. 133-175, *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, ed. Javier Barnes, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, “Recenti sviluppi del diritto amministrativo generale in Germania”, *Diritto Pubblico*, n.º 1, 1997, pp. 27-74; JEAN-BERNARD AUBY, “La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif”, *AJDA*, n.º 11, Dalloz, 2001, pp. 912-926; F. BEROUJON, “Evolution du droit administratif: avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes?”, *RFDA*, 2008, pp. 449-455; R.B. STEWART, “Il diritto amministrativo nel XXI secolo”, *RTDP*, 2004, Fascicolo n.º 1, pp. 1-29; MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, Parte General, Madrid, 2011, pp. 61-66; e os contributos em *Le Nuove Mete del Diritto Amministrativo*, a cura di Marco D’Alberti, Il Mulino, Bologna, 2010. Entre nós, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 21-26; e PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, cit., pp. 127-151.

<sup>730</sup> *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, cit., p. 131.

- a) erosão do “mito liberal da perfeição da lei”, enfraquecimento do *legislador parlamentar* e perda da centralidade do princípio da legalidade formal<sup>731</sup>;
- b) num quadro de *policentralidade* dos poderes trans-estaduais, observa-se a “globalização do direito administrativo”, ao nível organizativo, procedimental e processual (*global administrative law*)<sup>732</sup>;
- c) “europeização do direito administrativo”, seja pela *imposição normativa e reguladora*, pela *eficácia transnacional das decisões administrativas*, pelo *ativismo jurisdicional dos tribunais europeus* ou pelo desenvolvimento de uma *organização administrativa europeia (sistema de administração multinível)*<sup>733</sup>;
- d) “pluralismo institucional e orgânico da administração pública” (*administração proteiforme*, mas coordenada e, por vezes, concertada) e proliferação de entidades administrativas independentes (*independent regulatory agencies*), quebrando o vínculo da unidade intra-administrativa e da legitimidade político-democrática<sup>734</sup>;
- e) “nova organização e gestão administrativa” (*New Public Management; New Public Governance; New Public Contracting, Reinventing Government*), “empresarialização da administração pública” e adoção de modelos de gestão tipicamente privados, seja na avaliação de desempenho, na gestão por objetivos ou nas relações laborais<sup>735</sup>;

---

<sup>731</sup> Cfr. FRANCESCO SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, cit., pp. 59-61; FABIO MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2007, e *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012; J. M. AUBY, “Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public, éléments de problématique”, cit., pp. 21-37; e H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2009, pp. 115-133.

<sup>732</sup> Cfr. JEAN-BERNARD AUBY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, cit., pp. 240-247; EDOARDO CHITI/B. GIORGIO MATTARELLA, *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 1-10; e MATTHIAS RUFFERT/SEBASTIAN STEINECKE/JANA MÜHLISCH, *The Global Administrative Law of Science*, Springer, 2011, pp. 15-28.

<sup>733</sup> Cfr. MARIO P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, cit., pp. 55-57 e 61-73, e *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, cit.; *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 1-16.

<sup>734</sup> Cfr. ANTONIO LA SPINA/SABRINA CAVATORTO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, 2008, pp. 347-368; *Le autorità amministrative indipendenti*, eds. Gianpiero Paolo Cirillo/Roberto Chieppa, Padova, 2010, pp. 3-12; *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, ed. M. Fratini, Padova, 2011; e FABIO MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, 2000, pp. 40-68.

<sup>735</sup> Cfr. PETER VINCENT-JONES, *The New Public Contracting*, cit., pp. 3-35; *The New Public Governance? Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*, ed. Stephen P. Osborne, Routledge, 2010, pp. 1-16; *New Public Governance, the Third Sector, and Co-Production*, eds. Victor Pestoff/Taco Brandsen/Bram Verschuere, Routledge, 2013, pp. 5-13; os contributos em *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, eds. Jody Freeman/Martha Minow, Harvard University Press, 2009, pp. 1-20; VITAL MOREIRA, “Nova gestão pública e Direito Administrativo”, cit., pp. 173-195; e *O Governo da administração pública*, cit..



f) “automação administrativa”, “desmaterialização dos procedimentos” e utilização de *plataformas eletrônicas* na atividade administrativa (*e-government* e *e-democracie*)<sup>736</sup>;

g) desintervenção estadual em setores económicos, *recuo e diminuição da administração gestora e prestadora de serviços*; “dinâmica privatizadora da administração pública” (formal, material, instrumental e funcional), *uso misto do direito público e do direito privado* e *privatização do direito regulador* da atividade administrativa (“fuga para o direito privado”)<sup>737</sup>;

h) “administração de regulação e de garantia”, que *orienta, incentiva e controla* atuações privadas, designadamente aquelas que prosseguem interesses gerais, assumindo o *dever* de assegurar a realização de certos fins de interesse público (v.g., a defesa dos direitos dos cidadãos, a promoção do bem-estar, a segurança pública, o fornecimento de serviços de interesse económico geral)<sup>738</sup>;

i) *autorregulação privada publicamente regulada* e emergência de um setor social e de um setor privado que desenvolvem um conjunto de atividades marcadas pelo objetivo primordial ou até exclusivo da satisfação de interesses públicos – *tarefas privadas de interesse público* –, indiciando que o Estado perdeu o “monopólio do público”, deixando de ser o ator único (e principal) da realização de interesses dessa natureza<sup>739</sup>;

---

<sup>736</sup> Cfr. W. HOFFMANN-RIEM, “Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet”, *AöR*, 2012, pp. 510-512 e 518-520; KLAUS LANGE/FRANK SIPPPEL, *Verwaltungsautomation und Bürgerservice: Ansätze zur Aufhebung eines Widerspruchs*, Westdeutscher Verlag, 1986, pp. 22-35; e H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 463-474.

<sup>737</sup> Cfr. WOLFGANG WEISS, *Privatisierung und Staatsaufgaben: Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz*, Mohr Siebeck, 2002, pp. 11-28; MARTIN BURGLI, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik - Phänomenologie – Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, 1999, pp. 1-20; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o Estudo da Atividade de Direito Privado da Administração Pública*, Coimbra, 1996; e PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 151-161.

<sup>738</sup> Cfr. W. HOFFMANN-RIEM, “Das Recht des Gewährleistungsstaates”, G. Folke Schuppert Hrsg., *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, Nomos Verlagsges, 2005, pp. 87-96, “Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, pp. 433-438; CLAUDIO FRANZIUS, “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat”, *Der Staat*, 2003, pp. 493-517, e *Gewährleistung im Recht: Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen*, Mohr Siebeck, 2009, pp. 77-82; KAY WAECHTER, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Mohr Siebeck, 2008, pp. 25-35; DANIEL KRAUSNICK, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, Mohr Siebeck, 2012, pp. 30-42; SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., pp. 408-432; e ANTONIO LA SPINA/GIANDOMENICO MAJONE, *Lo Stato Regolatore*, Bologna, 2000, pp. 15-19.

<sup>739</sup> Cfr. MICHAEL KRAUTZBERGER, *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, pp. 15-18; FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 69-74 e 388-396; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 88-94, e *Auto-Regulação Profissional e administração pública*, Coimbra, 1997, pp. 78-91; e PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 140-151 e 170-225.

j) descentralização administrativa, reconhecimento de esferas jurídico-públicas autónomas, abertura e estímulo à participação dos cidadãos e instituição de formas de coordenação e de co-administração com a sociedade (*partilha de responsabilidades; administração em condomínio; administração conjunta; participação orgânica; participação procedimental; e participação das forças sociais nas tarefas administrativas*)<sup>740</sup>;

k) acentuação das dimensões de *colaboração* e de *cooperação* com o setor privado e adoção de um contratualismo generalizado nas decisões administrativas (*administração consensual, administração por contrato, administração por compromissos, administração de parceria*, que recorre ao diálogo e à concertação, estabelece compromissos, concessionaria, delega, negocia, contrata e convoca a colaboração do “mercado” para a execução de projetos e tarefas públicas)<sup>741</sup>;

l) abertura, em certos termos, para a administração utilizar o *contrato como forma de exercício de poderes públicos de autoridade*, surgindo a figura contratual ora como uma forma de atuação alternativa ao ato e ao regulamento administrativo, ora num procedimento em que se *combina* com tais figuras de ação pública unilateral na modelação de relações jurídicas administrativas<sup>742</sup>;

m) “deslegalização dos padrões normativos da atividade administrativa”, proliferação da “soft law” e enfraquecimento da imperatividade dos preceitos legais (v.g., planos gerais, diretrizes de orientação, programas finais, *standards* de qualidade, normas

---

<sup>740</sup> Cfr. MATTHIAS JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, Duncker & Humblot GmbH, 1993, pp. 25-35; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 23-45; STEFANO COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione: tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2000; e MONICA COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova, 2010, pp. 1-16.

<sup>741</sup> Cfr. SALVATORE BUSCEMA/ANGELO BUSCEMA/RAFFAELLA RAFFAELE, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Wolters Kluwer Italia, 2008; GUIDO GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, cit.; J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit.; e PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., pp. 14-16 e 49-59.

<sup>742</sup> Cfr. HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*, cit., pp. 257-288; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 17-36; VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, cit., pp. 204-211; PETER AXER, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung: ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck, 2000, pp. 56-95; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 359-407; HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 107-114; J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 739-753; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, 2003, pp. 76-78; e MARK KIRKBY, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra, 2011, pp. 15-20.

técnicas e científicas, indicadores de *performance*, códigos de boas práticas, e de boa governança, livros brancos, livros verdes)<sup>743</sup>;

n) ao nível da ação administrativa, quando há autonomia de gestão, relevância atribuída à “avaliação pelos resultados produzidos”, à exigência do poder administrativo de prestar contas à comunidade (*accountability*) pelas expectativas que cria (*responsiveness*), pelas omissões (quando relevantes), pelas decisões que toma e pelas ações que executa (*responsability*)<sup>744</sup>;

o) aprofundam-se novos conceitos, valores e princípios de ação provenientes das ciências políticas, económicas e sociais (*Governance*, *Steuerungsmodell*, *Social Control*) e adotam-se as lógicas da eficiência, da eficácia, da sustentabilidade e da submissão das decisões públicas ao cumprimento de estratégias de resultado (*Verwaltungseffektivität*).

Neste contexto, uma parte significativa da doutrina – em particular, alemã – vem sustentando a emergência de um “Novo Direito Administrativo” ou de uma “Nova Dogmática Administrativa”, com uma sistemática própria, que permite uma abordagem mais rigorosa na compreensão dos problemas da pós-modernidade, abrindo novas vias de reflexão e de direção para a reforma da teoria geral do direito administrativo. Advoga-se que o direito administrativo se encontra numa fase de profunda transformação e reformulação dos seus institutos e figuras tradicionais de ordenação jurídico-administrativa, trazendo para a discussão um relevantíssimo quadro explicativo, fundamentado e estruturado em bases dogmáticas sólidas e consistentes, que dificilmente poderá ser ignorado pelo administrativista do nosso tempo.

O enquadramento da nova ciência do direito administrativo, denominada “*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*”, tem vindo a suscitar um aceso interesse por parte da doutrina europeia, advogando-se que o modelo administrativo contemporâneo e uma parte significativa dos conceitos e institutos jurídicos do direito administrativo beneficiariam de uma pré-compreensão deste tipo, por forma a dar resposta aos problemas e desafios do

---

<sup>743</sup> Cfr. ANTONI ROIG, *La deslegalización: orígenes y límites constitucionales en Francia, Italia y España*, Dykinson, 2003; e D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *El Soft Law administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid, 2008.

<sup>744</sup> Cfr. ROMANO TASSONE, “Análisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»”, *Annuario dell’ AIPDA*, 2007, pp. 233-246, e “Sulla formula «amministrazione per risultati»”, *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, pp. 813-819; M. CAMELLI, “Amministrazione di risultato”, *Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell’amministrazione*, *Annuario 2002 dell’ AIPDA*, Milano, 2003, pp. 107-116; e G. CORSO, “Amministrazione di risultati”, *Annuario 2002 dell’ AIPDA*, cit., pp. 127-139, e “Il risultato nella teoria dell’azione amministrativa”, *Principio di legalità e Amministrazione di risultati*, a cura di M. Immordino/A. Police, Torino, 2004, pp. 96-108.

presente<sup>745</sup>. Na sua gênese encontram-se os ciclos de conferências que tiveram lugar entre 1992 e 2003, em Heidelberg e em Hamburgo, dos quais resultou a publicação de dez volumes entre 1993 e 2004 (“*Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*”), que constituíram o cimento estruturante da “*Grundlagen des Verwaltungsrechts*”, editada, em três volumes (2006/2008/2009), por WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, EBERHARD SCHMIDT-ABMANN e ANDREAS VOßKUHLE<sup>746</sup>.

A abordagem empreendida pela “*Neue Verwaltungswissenschaft*”<sup>747</sup> envolve um modelo epistemológico explicativo, aberto e interdisciplinar, por intermédio de uma análise hermenêutica dos traços identificadores do direito administrativo do nosso tempo, complementada com uma nova gramática de institutos e figuras oriundas das ciências sociais, sob o mote de uma “modernização e reforma administrativas”. Observa-se uma mudança contínua, dispersa nas suas fontes e rápida no seu curso. A *jurisprudência*, o *legislador*, tanto nacional como comunitário, a *doutrina* e o *poder executivo* têm assumido

---

<sup>745</sup> Cfr. ITALO FRANCO, *Manuale del Nuovo Diritto Amministrativo*, CEDAM, 2012, pp. 1-36. Apesar do interesse que tem suscitado na doutrina europeia, tem também nela encontrado resistência em termos de aceitação plena das suas propostas – para uma perspectiva global das objeções à “*Neue Verwaltungswissenschaft*”, cfr., entre outros, WOLFGANG KAHL, “What is «New» about the «New Administrative Law Science» in Germany”, *European Public Law*, Vol. 16, n.º 1, 2010, pp. 105-121. Reconhecendo a necessidade de renovação das formas da ação administrativa e de combinar o “método jurídico” com a “pilotagem”, KAHL insiste que a perspectiva clássica não está em absoluto desatualizada, em especial quanto ao ato administrativo, que mercê da sua flexibilidade, elasticidade e capacidade de adaptação à realidade hodierna, constitui, ainda, o centro do direito administrativo alemão.

<sup>746</sup> *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3 Bänden, Beck, München, 2006/2008/2009.

<sup>747</sup> Desenvolvendo as grandes linhas da *Neue Verwaltungswissenschaft* na doutrina germânica, cfr. W. HOFFMANN-RIEM, “Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungswissenschaft”, *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, E. Schmidt-Assmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, 2004, pp. 9-72, “Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft”, *Juristenzeitung*, J. 62, 2007, pp. 645-652, e “The potencial impact of social sciences on Administrative Law”, *The Transformation of Administrative Law in Europe*, hrsg. Matthias Ruffert, cit., pp. 208-213; ANDREAS VOßKUHLE, “Neue Verwaltungswissenschaft”, W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, cit., pp. 1-62, e “The reform approach in the German Science of Administrative Law: the «Neue Verwaltungswissenschaft»”, *The Transformation of Administrative Law in Europe*, hrsg. Matthias Ruffert, cit., pp. 89-142; E. SCHMIDT-ABMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, pp. 427-448, e Julliet-Août, n.º 4, 2008, pp. 667-684, e “Methoden der Verwaltungswissenschaft: Perspektiven der Systembildung”, *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, cit., pp. 387-414; MATTHIAS RUFFERT (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, cit.; CHRISTIAN BUMKE, “Die Entwicklung der verwaltungswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland”, *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, cit., pp. 73-130; WALTER KREBS, “Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht”, *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, cit., pp. 209-222; CLAUDIO FRANZIUS, “Funktionen des Verwaltungsrechts im «Steuerungsparadigma» der Neuen Verwaltungswissenschaft”, *Die Verwaltung*, 39, 2006, pp. 335-372; GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, “Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft im Wandel: von Planung über Steuerung zu Governance?”, *AöR* 133 (2008), pp. 79-106; MATTHIAS RUFFERT, “Die Methodik der Verwaltungswissenschaft in anderen Ländern der Europäischen Union”, *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, cit., pp. 165-208; e CHRISTOPH MOLLERS, “Historisches Wissen in der Verwaltungswissenschaft”, *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, cit., pp. 131-164.

um papel fundamental nesta fase de transformação profunda que o direito administrativo alemão vive desde os finais da década de oitenta do século passado<sup>748</sup>.

Além disso, a nova ciência alemã do direito administrativo está metodologicamente comprometida com uma abordagem que reconhece que tanto a  *europeização* como a  *internacionalização* constituem fenómenos incontornáveis na compreensão de novos conceitos e figuras jurídicas, colocando extraordinários desafios à construção do sistema e do método jurídicos. Reconhecendo o desmoronar de algumas certezas administrativas, a perspectiva de “*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*” tem, na verdade, o mérito de afirmar que a ciência do direito administrativo não se forma na base de  *cortes radicais que vaticinam a derrogação de todo o paradigma clássico*, mas, paulatinamente, através da sistematização de uma nova dogmática que visa inovar, adaptar, complementar e oferecer outras abordagens, provenientes das ciências sociais, para os novos problemas do direito administrativo. Por conseguinte, os quadros clássicos da dogmática administrativa convivem já com um  *novo direito administrativo*<sup>749</sup>, alicerçado em complexos juízos de ponderação de bens e de interesses, em novos esquemas regulativos interdisciplinares e matérias transnacionais (europeização e globalização)<sup>750</sup>.

---

<sup>748</sup> E. SCHMIDT-ABMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, pp. 427-429.

<sup>749</sup> Cfr., entre outros, ITALO FRANCO, *Manuale del Nuovo Diritto Amministrativo*, cit., pp. 1-36; R.B. STEWART, “Il diritto amministrativo nel XXI secolo”, cit., pp. 1-29; F. BEROUJON, “Evolution du droit administratif: avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes?”, cit., pp. 449-455; MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 61-66; SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., pp. 64-73, e “Hacia un nuevo derecho administrativo”, *El Derecho Público de la Crisis Económica. Transparencia Y Sector Público. Hacia un Nuevo Derecho Administrativo*. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Congreso (Coord. Blasco Esteve), INAP, 2012, pp. 191-205; os contributos em *Le Nuove Mete del Diritto Amministrativo*, a cura di Marco D’Alberti, Il Mulino, Bologna, 2010; PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, cit., pp. 127-151; SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um novo direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010; e MÁRIO TAVARES DA SILVA, *A Nulidade do Plano Urbanístico*, Coimbra, 2013, pp. 383-415. Em sentido diverso, cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do direito do ambiente*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Policop., FDUC, 2011, pp. 411-503, espec. pp. 417 e 501, sustentando a não adesão aos resultados da doutrina do novo direito administrativo.

<sup>750</sup> Cfr. PIERRE AVRIL, *Ecrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, cit., pp. 31-39; W. HOFFMANN-RIEM, “The potencial impact of social sciences on Administrative Law”, *The Transformation of Administrative Law in Europe*, cit., pp. 208-213; e ROBERT DENHARDT, *Theories of Public Organization*, cit., pp. 173-186. Considera-se, inclusive, que o direito administrativo é um ramo do ordenamento jurídico “expansivo e colonizador de todos os restantes setores da ciência jurídica, mostrando uma intrínseca vocação imperialista” – cfr. PAULO OTERO/PEDRO GONÇALVES, “Nota de Abertura”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, I, Coimbra, 2009, pp. 5-6; e PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, cit., p. 152, referindo que “nada escapa à influência ou ao propósito de influência do direito administrativo”. Neste domínio, é através da administração pública que a constituição ganha efetividade: é o *agere* da administração e o *instrumentarium* jurídico ao dispor desta última para a satisfação do interesse público que adquirem extraordinária relevância enquanto *formas* da ação pública destinadas a concretizar o modelo de Estado Social

Existe um *novo direito administrativo*, com novas fronteiras, que visa responder às exigências da sociedade de informação, do risco, da cooperação e da partilha. Diversas manifestações desse novo direito administrativo são já visíveis nas ordens jurídicas europeias, entre as quais a ordem jurídica portuguesa.

Nos principais reptos à reforma do direito administrativo, interessa-nos, contudo, destacar e enfatizar três momentos essenciais deste profundo processo de transformação<sup>751</sup>:

i) A *concertação* mais ou menos sistemática e a *conjugação ordenada* dos papéis de atores públicos e privados no desenvolvimento das finalidades do Estado Administrativo Cooperativo e Contratante;

ii) A *centralidade do contrato administrativo* na *realização do direito* e no modo de *relacionamento* e de *atuação* das administrações públicas, apontando para o *caráter transversal* da utilização do contrato no contexto dos principais reptos à reforma do direito administrativo;

iii) A articulação entre *consenso* e *autoridade* nas relações da administração pública com os particulares, presentemente induzida pela expansão e amplitude do fenómeno do *exercício contratual de poderes administrativos*.

---

e de Estado de Garantia, a eficácia dos direitos fundamentais (sobretudo, dos direitos sociais) e a promover a participação dos interessados nas estruturas decisórias.

Pese embora não adiramos a concepções imperialistas do direito administrativo, é inquestionável a dialética entretecida entre a *Verwaltungsrechtslehre* e a *Verfassungsrechtslehre*, já que, em múltiplos aspetos, o direito administrativo assume uma função constitucional – recorde-se, na aceção de FRITZ WERNER, o direito administrativo enquanto “direito constitucional concretizado” (“Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”, *DVBl*, 1959, p. 527). Sobre este ponto, cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administrative”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, cit., pp. 433-435; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., p. 4; GEORGES VEDEL, “Les bases constitutionnelles du droit administrative”, *EDCE*, 1954, pp. 21-53; e J. J. GOMES CANOTILHO, “O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo passa também”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Ehrhardt Soares*, cit., pp. 705-722.

<sup>751</sup> As coordenadas a que aludimos não esgotam, naturalmente, o espetro de alterações que têm sido propostas e implementadas no processo de reforma do Estado e da administração pública. Não configura nossa intenção enveredar por uma análise que vise esgotar *todas* as alterações propostas. De entre elas, limitamo-nos a indicar as que se cruzam diretamente com o tema da nossa investigação.

### 25.3. A centralidade do contrato administrativo como modo de relacionamento e de atuação das administrações públicas: o seu carácter transversal no contexto dos principais reptos à reforma do direito administrativo

A compreensão das funções desempenhadas pela *ideia de contrato* no direito público e da sua força hermenêutica própria – de importância capital para o estudo das interferências e intersecções entre *poder público e contrato* numa perspetiva filosófico-jurídica – pressupõe uma clara distinção face ao fenómeno da *contratualização da atividade administrativa*. Se ali o contrato é, antes de tudo, *princípio*, quer dizer, princípio genético, informador e regulativo da ordem jurídica – que funda, institui ou conforma o poder público, sendo em face dele um *prius*, uma ideia originária ou apriorística –, aqui o contrato é um *instrumento jurídico*, uma forma do “agir”, um “modo de exercício” do poder administrativo ou da ação administrativa, consagrado no ordenamento jurídico e ao qual se pode assacar um regime jurídico próprio (v.g., direito dos contratos públicos, direito dos contratos administrativos).

Como tivemos a oportunidade de expor, da ideia de contrato social saída dos quadros do liberalismo oitocentista resultava a *negação*, em geral, da *participação administrativa* e, em particular, do *contrato* enquanto forma de ação administrativa. Ora, à medida que essa configuração foi sendo posta em causa pela reordenação do papel do Estado e das forças sociais (*maxime*, pela crescente *ligação Estado-sociedade* e pelas exigências de *democratização e participação* na atividade administrativa), é natural que o fenómeno da contratualização da atividade administrativa se expandisse e o contrato se aventurasse na disciplina de relações jurídico-públicas de colaboração e de subordinação.

Pois bem, só é possível compreender adequadamente as novas relações entre o Estado, o cidadão e as organizações económicas e sociais no quadro de um novo entendimento do “pacto social” e do consenso político-social que prevalece, hoje, na cultura jurídico-política ocidental. As novas relações contratuais entre o Estado e os particulares como que produzem um reequilíbrio de posições e de responsabilidades entre o Estado e a sociedade: aquele utiliza os recursos públicos para transformar a relação hobbesiana de proteção-obediência numa “relação de clientela”, “de partilha de responsabilidades” e de “cooperação” entre público e privado. O *contratualismo como ideologia política* desempenha uma *função hermenêutica*, cedendo protagonismo a um outro género de contratualismo, o *contratualismo de ação* ou o *contratualismo como modelo de governação das entidades públicas*<sup>752</sup>.

---

<sup>752</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Il Contratto Sociale, Oggi*, Napoli, 1980, pp. 40-41. São estas travesmestras que estruturam o conceito de *Estado Administrativo Cooperativo* que iremos expor *infra*, 26.1.. A sua

As formas jurídicas contratuais passam a constituir, na generalidade dos países ocidentais, instrumentos típicos de normalização das relações entre a administração pública e os particulares<sup>753</sup>. Por isso, na realidade administrativa do século XX, é o *contrato administrativo*, enquanto *forma de ação ou instrumento de governação das entidades públicas*, que ocupa a centralidade no direito administrativo (artigos 200.º a 202.º do CPA, 1.º, n.º 6, e 278.º e segs. do CCP). Deste modo, o contrato administrativo passou a dispor de um campo de ação extraordinariamente alargado e, conseqüentemente, a assumir configurações que de forma alguma podemos reconduzir aos esquemas contratuais do direito administrativo do Estado Liberal.

Note-se que a própria tendência hodierna para a *contratualização da atividade administrativa* não resulta de uma opção exclusiva do legislador ordinário, sem qualquer referência ao texto constitucional. É que subsiste um momento *político-constitucional*, fundamental para compreendermos a maior ou menor *abertura* do ordenamento jurídico ao fenómeno da contratação e à valoração positiva da participação do interessado na conformação dos efeitos jurídico-administrativos de que é destinatário (v.g., artigo 267.º, n.º 4, da CRP). Por conseguinte, o sentido e o alcance do consenso e da concertação no *agere* político-administrativo, em cada Estado democrático, dependem, em último termo, da *estrutura jurídica fundamental* que a *Constituição e os atos normativos públicos* aí estabelecerem e definirem: o alargamento do espectro da concertação e da contratualização nas relações jurídico-públicas é, por assim dizer, remetido, *in concreto*, para o ordenamento jurídico de cada Estado democrático, que regula os *meios* e as *formas* que, concretamente, o *consenso* terá de assumir para valer jurídico-positivamente, disciplinando em geral as questões da *admissibilidade* e dos *limites* da aplicação do contrato nas relações jurídico-públicas. A apreciação dos preceitos constitucionais que, na Constituição portuguesa, estabelecem um “regime favorável” à concertação e à contratualização das relações administrativas será feita mais tarde, assim como a problematização sobre a eventual existência de um *princípio de preferência (constitucional e legal) por formas jurídicas contratuais*. De qualquer modo, o que importa, para já, enfatizar é que a extensão e os limites do Estado Cooperativo e Contratante encontram na Constituição o seu ineliminável referencial normativo.

---

autonomia dogmática resulta, em grande medida, do repto lançado por KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, München, 1984, §19 IV 1 (Fn. 636), “a ideia da cooperação tornou-se um símbolo da comunidade política moderna [...], de uma certa forma corresponde a uma necessidade de chegar a um consenso entre indivíduos, sociedade e Estado [...], a nível de psicologia social, representa uma resposta às interdependências a nível nacional e internacional. No presente momento, ainda falta uma análise da ideia de cooperação na dogmática do Estado”.

<sup>753</sup> Assim, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 782, considerando o *contrato administrativo* como *instrumento normal das condutas jurídico-administrativas, em paralelo com o ato administrativo*.



Signo do avanço da dimensão do *Estado Contratante* (contratação pública)<sup>754</sup>, sobretudo a partir dos últimos anos do século XX, na generalidade dos países europeus, o alargamento das tarefas do Estado conduziu ao *aumento e à diversificação da atividade contratual da administração*, ao ponto de não haver praticamente nenhum setor administrativo imune ao *government by contract* (de uma forma mais genérica, ao contrato público). O discurso do novo modelo de Estado Administrativo, o *Estado Contratante* (“*Contracting State*”), e do *government by contract*, que exprime uma compreensão pan-contratualista da ação pública, começou a surgir na literatura administrativa inglesa nos finais dos anos oitenta do século XX, estendendo-se rapidamente à doutrina norte-americana<sup>755</sup>. Os primeiros estudos sistematizados nesta matéria são os de IAN HARDEN<sup>756</sup>, MARK FREEDLAND<sup>757</sup> e JONATHAN BOSTON<sup>758</sup>. Em Inglaterra, o contrato é, efetivamente, um instrumento central da ação pública, com um domínio de intervenção muito alargado: *aquisições e compras públicas (public procurement), prestações de serviços, relações interadministrativas, relações jurídicas de emprego público, construção de obras e concessão de serviços públicos* (recurso generalizado às *public-private partnerships*, sobretudo sob a modalidade de PFI ou *Private Finance Initiative*), *sistema nacional de saúde (National Health Service), estabelecimentos de ensino* (contratos de gestão), *concessão de auxílios e de subvenções públicas, segurança social* (contratos entre organismos públicos para o fornecimento de prestações sociais), *implementação da Nova Gestão Pública* (acordos interorgânicos, contratos intra pessoas coletivas públicas), *gestão de estabelecimentos prisionais, de centros de detenção, de reinserção social e de sistemas de segurança pública*<sup>759</sup>.

Mas o fenómeno da *administração por contrato*, que conhece manifestações em praticamente todos os setores da atividade administrativa – ao ponto da doutrina advertir para o risco do “*tout contrat*”<sup>760</sup> ou do “*tout contractuel*”<sup>761</sup> – constitui uma realidade

<sup>754</sup> Cfr. E. DESDENTADO DAROCA, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización huida de la regulación pública y administraciones independientes*, cit., pp. 164-165.

<sup>755</sup> Cfr., na doutrina norte-americana, cfr. JODY FREEMAN, “Collaborative Governance in the Administrative State”, *UCLA Law Review*, Vol. 45, n.º 1, 1997, e “The Contracting State”, *Florida State University Law Review*, Vol. 28 (2000).

<sup>756</sup> *The Contracting State*, Open University Press, Buckingham, 1992.

<sup>757</sup> “Government by Contract and Private Law”, *Public Law*, 1994, pp. 86-104.

<sup>758</sup> *The State under Contract*, Bridget Williams Books, 1995.

<sup>759</sup> Nestes termos, cfr. WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 674-675; BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education, 2003, pp. 768-770; e LEYLAND/WOODS, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2002, pp. 31-33 e 48-51.

<sup>760</sup> Cfr. JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif*, Paris, 2010, p. 390.

<sup>761</sup> Cfr. JACQUES CHEVALLIER, “Loi et Contrat dans l'Action Publique”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17 (2004), p. 81; e L. RICHER, “La Contractualisation comme Technique de Gestion des Affaires Publiques”, *AJDA*, n.º 19, 2003, p. 973.

também visível na generalidade dos ordenamentos europeus, incluindo no ordenamento português<sup>762</sup>. Como veremos, por razões que se associam à importância acrescida do contrato na vida administrativa, não surpreende que os legisladores (nacional e europeu) se tenham ocupado da definição de um regime jurídico específico de direito administrativo aplicável a, pelo menos, certos contratos públicos.

Além disso, o tópico da *administração por contrato* surge, frequentemente, associado aos principais reptos à reforma do direito administrativo, em resultado do carácter *transversal* e *plurifuncional*<sup>763</sup> que a instituição contratual apresenta na realização da atividade administrativa, permitindo o cumprimento de diferentes finalidades de interesse público. Isto, fundamentalmente, por quatro ordens de razões.

Do ponto de vista funcional, a eleição da via contratual para realização das finalidades públicas desejadas requer uma análise aprofundada da eficácia e da capacidade administrativa da ação estatal em cada *setor* ou *ordenamento* particularmente considerado, a fim de se estabelecer a melhor abordagem instrumental para alcançar esses fins<sup>764</sup>. Em função das finalidades públicas visadas, assim se determinará a específica modelagem contratual a adotar pelas entidades adjudicantes.

Do ponto de vista do regime jurídico, atribui-se ao direito dos contratos administrativos uma *função reguladora*, na medida em que, pela via contratual, as partes acordam ou autorizam uma disciplina jurídica especial ou a estipulação de efeitos jurídicos particulares na disciplina de relações jurídico-administrativas. Esse regime caracteriza-se por uma maior elasticidade interna, ajustada à especial proteção do fim público visado e permite uma regulação mais pormenorizada (em comparação com o ato administrativo) da relação jurídica a que dá origem.

Do ponto de vista substantivo, o facto de se “descobrirem” novas áreas ou setores especiais da contratação administrativa contribui, de forma incontornável, para a *reconstituição analógica do contrato administrativo*<sup>765</sup>. A este aspeto não é alheia a alteração do próprio paradigma tradicional de contrato – que experimentou um fenómeno de

---

<sup>762</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral. Contratos Públicos*, Lisboa, 2009, p. 39, referem-se à “universalização tendencial da figura do contrato administrativo”.

<sup>763</sup> Cfr. WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten” (“Contratos y Convenios entre la Administración y Particulares”), *Documentación Administrativa*, n.ºs 235-236, 1993, p. 61.

<sup>764</sup> Cfr. GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Madrid, 2011, p. 512.

<sup>765</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, Vol. II, Coimbra, 2006, p. 171, o que nos permite observar que, afinal, também o contrato administrativo está permanentemente a ser “escrito e reescrito”, consistindo não apenas na conservação de um estado, mas também na ordenação de uma alteração, pelo que se nos apresenta sempre, dialeticamente, como inacabado ou *in fieri*.

“desromanização” e foi objeto de mudança na função jurídica (“*changing function*”), ao entrar em contacto com a complexidade do mundo económico e social do nosso tempo e com novas áreas e setores da atividade administrativa<sup>766</sup>

E, do ponto de vista processual, o *direito da contratação pública* não pode ser desligado da realização de políticas públicas secundárias ou horizontais, pelo que a sua natureza é verdadeiramente *interdisciplinar*, assentando em fundamentos da ciência jurídica, mas também da ciência económica, política, ambiental e sociológica.

Potenciada pelo incremento da participação dos particulares na atividade administrativa, a expansão do consenso e da contratualização entre atores públicos e privados constitui, hoje, uma das forças motrizes mais impressivas da renovação do modelo administrativo ocidental<sup>767</sup>. De um prisma global, as relações que se estabelecem entre os particulares e a administração públicas são, hoje, em diversos domínios, um *aglomerado* ou uma *rede de contratos* “que, passo ante passo, conduzem à edificação de uma *ordem coletiva*”<sup>768</sup>. Sem preocupações de exaustão e apenas com o objetivo de assinalar as áreas do agir administrativo nas quais se vêm detetando um desenvolvimento mais acentuado daquele fenómeno, vejamos de seguida em que termos se alargou o *campus* contratual das autoridades administrativas e em que medida a utilização do contrato administrativo é reconhecida e “acreditada” ao nível mais elevado dos principais reptos à reforma do direito administrativo.

## **25.4. Avanço do Estado Contratante e expansão da Administração por contrato**

### **25.4.1. Recuo do Estado Produtor e aumento progressivo das compras e aquisições públicas**

#### **25.4.1.1. Aumento do *contracting out***

A transição para o *Estado Administrativo Regulador e Garantidor* ocorrida nos últimos anos do século XX denotou, em larga medida, um movimento de redução da participação direta do Estado na economia, como *empresário* e *produtor*, por efeito de extensos programas de diminuição do peso do setor público e de privatização dos

---

<sup>766</sup> Sobre este tópico, cfr. A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às Formas de Concertação Social”, cit., pp. 35- 37.

<sup>767</sup> Cfr. Y. JÉGOUZO, “L'Administration Contractuelle en Question”, *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 543.

<sup>768</sup> Cfr. JACQUES CHEVALLIER, “Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques”, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, ed. Marie-Anne Frison-Roche, Paris, 2006, p. 143.

tradicionais serviços públicos económicos (v.g., comunicações, energia, transportes). Recentemente, as políticas públicas de implementação de um certo *rolling back* da intervenção pública na economia e de emagrecimento do Estado Administrativo, no sentido da sua transformação num Estado essencialmente *regulador* e *vigilante*, vêm contribuindo, de forma aliás decisiva, para o aumento progressivo das *compras e aquisições públicas*.

O aumento da dimensão do Estado Contratante e o incremento da *contratação pública* (em especial, do “*contracting out*”) que se vêm registando nas últimas décadas explicam-se, desde logo, por razões ligadas às exigências de redução do aparelho público (*downsizing*) e de procura da eficiência, tendência que estimula a compra em vez da produção própria (é a lógica do *make less and buy more*). Por conseguinte, a retração da intervenção pública na economia, retirando-se da produção direta de bens, tem como efeito o *aumento crescente da procura pública*, em particular das *compras e aquisições públicas* (empreitadas de obras públicas, aquisição e locação de bens móveis e aquisição de serviços). Em causa estão *contratos públicos de solicitação de produtos e de serviços ao mercado* ou *contratos públicos de aprovisionamento* (na terminologia anglo-saxónica, “*public procurement*” ou “*procurement contracts for goods and services*”<sup>769</sup>), cuja utilização crescente se justifica em face da necessidade de as organizações administrativas obterem bens ou serviços fornecidos por privados segundo os princípios do mercado. Os *contratos de solicitação de produtos e de serviços ao mercado*<sup>770</sup> não provocam qualquer perturbação no que tange à responsabilidade pelo exercício da função administrativa, já que o contraente público surge na qualidade de *adquirente* (“*purchaser*” e “*cliente*” do mercado) e, por sua vez, o contraente particular apresenta-se como mero *agente auxiliar* da administração (“*provider*”).

Nesta vertente, a base ideológica que conduziu ao Estado Regulador aumentou a dimensão do Estado Contratante<sup>771</sup> e, sem surpresa, a administração pública transformou-se

---

<sup>769</sup> Cfr. A.C.L. DAVIES, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008, p. 4.

<sup>770</sup> Entre nós, a utilização desta terminologia deve-se a ORLANDO DE CARVALHO, *Contrato Administrativo e Ato Jurídico Público (Contributo para uma teoria do Contrato Administrativo)*, Coimbra, 1953, p. 3.

<sup>771</sup> Sustentando este entendimento, cfr. PAUL SEIDENSTAT, “Theory and Practice of Contracting Out in the United States”, *Contracting Out Government Services*, ed. Paul Seidenstat, Greenwood Publishing Group, 1999, pp. 4 e 8, referindo que a privatização criou condições para o aumento do *contracting out* da administração pública. Analisando as experiências das agências públicas norte-americanas, o Autor sustenta que o *contracting out* aumentou a *eficiência e performance* das agências públicas, reduziu custos (quer em recursos, quer em tempo) e elevou o número de soluções disponíveis, fazendo proliferar alternativas que de outro modo poderiam não surgir. O *contracting out* é aplicável aos serviços, setores e atividades complementares ou instrumentais das tarefas públicas. Assim, LEITÃO MARQUES/VITAL MOREIRA, “Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos”, *Economia e Prospectiva*, Vol II, n.º 3/4, pp. 137-138, entendem o *contracting out* como a contratação de serviços ou prestações pelas entidades

no principal *adquirente* de bens e de serviços nos chamados “mercados públicos” (*marchés publics*)<sup>772</sup>. Por conseguinte, o contrato público surge como *instrumento privilegiado de colaboração* de particulares com a administração nas áreas económicas e sociais para a compra de bens e serviços de que a mesma necessita para cumprir as tarefas públicas a seu cargo.

Mas também no domínio da entrega da *gestão de serviços públicos* (v.g., saúde, ensino, transportes) e de *obras públicas* a particulares (construção, exploração e manutenção de infraestruturas), assistiu-se ao aumento progressivo das *concessões de obras e de serviços públicos*<sup>773</sup>, bem como de *parcerias público-privadas*<sup>774</sup>. Embora essas técnicas contratuais não constituam uma novidade, nos últimos anos, conheceram um impulso muito significativo, sobretudo no formato de *parcerias público-privadas*<sup>775</sup>, quer a nível estadual (mormente com a construção de infraestruturas rodoviárias e ferroviárias e, bem assim, com a edificação e gestão de infraestruturas no domínio da saúde), quer a nível local (por um lado, com a implementação de sistemas municipais e intermunicipais nos setores das águas e resíduos e, por outro, no quadro do processo de transferência de

---

públicas a entidades privadas. Por esta via, o Estado recorre à prestação externa de serviços ou atividades complementares ou instrumentais das suas tarefas públicas, sendo uma das formas pela qual o Estado deixa de ser operador de serviços públicos, confiando ou delegando, no quadro de uma relação de cooperação ou parceria, a sua gestão a atividades privadas.

<sup>772</sup> Desta forma, assistiu-se à proliferação de *centrais de compras* que, por força de economias de escala, da negociação de grandes quantidades de bens e serviços e do uso de ferramentas eletrónicas, permitem simplificar as aquisições e obter soluções economicamente mais vantajosas, explorando a concorrência em benefício do interesse público. Em Portugal, as *centrais de compras* encontram-se previstas nos artigos 260.º a 266.º do Código dos Contratos Públicos e, em termos genéricos, resultam da conjugação de várias entidades com o objetivo de reduzir os custos da respetiva contratação através da realização de aquisições em maior quantidade. Uma central de compras pode ser constituída para funcionar apenas para uma unidade de atribuições (v.g., um ministério), pode ser comum a várias unidades de atribuições (por exemplo, a vários ministérios) ou a várias pessoas coletivas (compreendendo, por exemplo, universidades, hospitais ou até comunidades intermunicipais). Para além das centrais de compras, há a salientar no domínio da contratação de massas, os *acordos-quadro*, que são contratos celebrados entre uma ou várias entidades adjudicantes e uma ou mais entidades, com vista disciplinar relações contratuais futuras, a estabelecer ao longo de um determinado período de tempo, mediante a fixação antecipada dos respetivos termos (artigos 251.º a 256.º do CCP). A celebração dos contratos ao abrigo de acordos-quadro é regulada pelos artigos 257.º a 259.º do CCP. Para mais desenvolvimentos, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, pp. 40-44. Cumpre, ainda, notar que, em Portugal, existia, desde 2007, a *Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E.* (ANCP), tendo sido extinta em 2012, por força do Decreto-Lei n.º 117-A/2012, de 14 de junho de 2012, e integrada na *Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P.* (ESPAP, I.P.).

<sup>773</sup> Analisando as realidades europeia e norte-americana, cfr. CATHERINE DONELLY, *Delegation of Governmental Power to Private Parties*, Oxford University Press, 2007, pp. 168-187.

<sup>774</sup> Cfr. PEDRO SIZA VIEIRA, “O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas”, *Estudos da Contratação Pública*, I, cit., p. 483.

<sup>775</sup> Cfr. o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio. Cfr., ainda, da autoria da Comissão Europeia, o *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões* – COM (2004) 327 de 30/04/2004.

atribuições e competências do Estado para os municípios, especialmente nas áreas sociais, como a educação)<sup>776</sup>.

Para além dos aspetos jurídicos de elevada complexidade (v.g., risco, peso da incerteza, reequilíbrio económico-financeiro) o problema dos “contratos administrativos de longa duração” e a relevância do tópico da “gestão de contratos”<sup>777</sup>, *maxime* em setores assentes na construção de infraestruturas de rede, transportes e obras públicas não tem passado despercebido à análise económica. FERNANDO ARAÚJO destaca, neste contexto, o problema do chamado “«oportunismo inter-geracional»” nos contratos públicos de longa

---

<sup>776</sup> Cfr. NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, n.º 9, Coimbra, 2009, p. 5. Recorde-se que, em Portugal, os primeiros projetos em formato de parceria público-privada datam do início da década de noventa nas áreas da energia, dos transportes e do ambiente: em 1993, a Central Termoelétrica do Pego e a Rede de Gás Natural; em 1994, a Ponte Vasco da Gama, a Central Termoelétrica da Tapada do Outeiro e as concessões municipais de abastecimento de água, saneamento e resíduos sólidos. Com a entrada no presente século, registou-se um crescimento muito acentuado da utilização daquela técnica contratual, sobretudo no plano rodoviário e nos setores sociais, como a saúde. Na saúde, os *contratos de gestão* (v.g., Hospital do Professor Doutor Fernando Fonseca, vulgo Hospital Amadora-Sinta) e os *contratos de parceria público-privada* (v.g., Hospitais de Braga, Cascais, Sintra, Loures e Vila Franca de Xira) tiveram, em Portugal, uma tradução significativa tanto ao nível da captação de investimento como da entrega da gestão a grupos privados: sobre a avaliação das experiências de parcerias público-privadas no modelo de gestão hospitalar, na literatura nacional, cfr. JORGE SIMÕES, *Retrato Político da Saúde*, Coimbra, 2009, pp. 235-270, e ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, *Reformas da Saúde – o Fio Condutor*, Coimbra, 2008, pp. 143-164. Convém, no entanto, demarcar rigorosamente o *contrato de gestão* do *contrato de parceria público-privada*. Através do *contrato de gestão*, o ente público transfere para o privado apenas as operações de *gestão* e *manutenção* do estabelecimento ou serviço público já em funcionamento, sem que aquele assuma o risco financeiro da operação, o qual continua a caber ao ente público. Em regra, a *remuneração* da entidade contratada é fixada no contrato (podendo variar em função de objetivos ou resultados) e a cobrança de tarifas aos utentes é efetuada pela entidade contratada (não em nome próprio, mas no do ente público). Trata-se, portanto, de um modelo contratual de reconhecida idoneidade, no quadro de uma “empresarialização dos serviços públicos” e de “administração de resultados”, para almejar uma *gestão mais eficiente* de tarefas públicas. Note-se que o ente público apenas confia a gestão da atividade ou a prestação do serviço, mantendo-se intacta a titularidade (e, em último termo, a responsabilidade) do serviço ou tarefa pública. Já a *parceria público-privada* é, em geral, entendida como o contrato ou a união de contratos, por via dos quais os parceiros privados se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, aos parceiros privados. Enquanto modelo de colaboração público-privada, a parceria tem sido correntemente usada no formato de concessão, por intermédio do qual o ente público delega no privado a responsabilidade de execução, manutenção e financiamento de uma obra, infraestrutura ou a prestação de um serviço público, durante um período suficientemente longo para que se torne possível a amortização do investimento privado. Essencial ao regime de parceria público-privada é que se verifique a efetiva *partilha de riscos* entre o ente público e o privado, com transferência de risco para o setor privado (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio). No âmbito do regime das parcerias público-privadas na saúde, são concebíveis estabelecimentos hospitalares de *financiamento e gestão privados* (Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio).

<sup>777</sup> Cfr. ANDRÉ LUÍS VIEIRA, “Gestão de Contratos Administrativos”, *Revista de Contratos Públicos*, CEDIPRE, n.º 9, 2015, Coimbra. Trata-se de contratos de colaboração que, pela sua longa duração e por associarem entidades privadas à realização (direta ou indireta) de missões públicas, por um lado, possuem um enorme impacto económico e, por outro, reclamam uma maior atenção do legislador, já que originam maiores disputas de carácter litigioso.

duração, uma forma peculiar de inconsistência inter-temporal, que se traduz no facto de um governo assumir compromissos reduzindo a liberdade de ação de governos subsequentes. Quando essa vinculação limita, de forma inoportuna, a gestão de recursos escassos no futuro e se observa a dificuldade de honrar compromissos, tal acabará por redundar numa degradação do instrumento contratual<sup>778</sup>.

Por outro lado, a retração do modelo de *gestão direta* de serviços públicos e a correlativa expansão (e desmistificação) do modelo de *administração por contrato* no âmbito da execução de tarefas públicas conduziram à necessidade de reforçar e aperfeiçoar os *procedimentos de seleção concorrencial*, de forma a garantir que a escolha dos colaboradores privados fosse realizada por meio de procedimentos de seleção públicos e transparentes. Com efeito, os procedimentos de seleção concorrencial passaram a configurar um instrumento fundamental “de criação de uma «concorrência para o mercado»”<sup>779</sup>, assumindo as entidades adjudicantes de contratos públicos um papel central na dinamização da concorrência, na garantia da imparcialidade, da igualdade de chances e da transparência na adjudicação.

#### **25.4.1.2. Europeização dos contratos públicos e processo de codificação da matéria da contratação pública**

Por razões que se associam à importância acrescida do contrato na vida administrativa e à necessidade de uniformizar os procedimentos de seleção concorrencial no domínio da adjudicação de compras públicas e da outorga de concessões a privados, vem-se assistindo a um movimento unificador da contratação pública com epicentro no *direito europeu*. Fruto da expansão das regulamentações dirigidas aos contratos da administração pública, não surpreende que a *contratação pública* seja, hoje, um domínio *extensamente regulado*<sup>780</sup>. O relevo notoriamente crescente da contratação pública, nos planos jurídico, mas também financeiro e económico, bem como, sobretudo, as vastas especificidades jurídicas da matéria justificaram plenamente a adoção de uma legislação básica e essencial no domínio da contratação da administração pública. Por impulso do direito europeu, mas

---

<sup>778</sup> *Teoria Económica do Contrato*, cit., pp. 91-92. Somos de opinião que tal cenário de degradação do instrumento contratual, por razões de “oportunismo inter-geracional”, sucedeu, entre nós, nos últimos anos no que respeita às parcerias público-privadas no setor rodoviário.

<sup>779</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., pp. 85-86, sustentando, a partir da ideia de *direito administrativo da adjudicação*, a passagem de uma “*administração de prestação para uma administração da adjudicação*”.

<sup>780</sup> Pode, por isso, falar-se, na esteira de P. SANTORO/E. SANTORO, *Manuale dei Contratti Pubblici*, Maggioli Editore, 2011, p. 976, num *movimento de pressão do direito europeu sobre os contratos públicos da administração*.

também por força de uma exigência de clareza e de simplificação de procedimentos, as leis relativas aos contratos públicos foram objeto de aperfeiçoamento e de sistematização, tendo-se verificado em alguns Estados-Membros, entre os quais Portugal, iniciativas de *codificação* da regulamentação atinente aos contratos públicos<sup>781</sup>.

A progressiva  *europeização*  dos contratos públicos através de diversas regulamentações (as Diretivas 71/304/CEE, 71/305/CEE, 92/13/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, 93/38/CEE, as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE e, atualmente, a Diretiva 2014/23/EU, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, a Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, e a Diretiva 2014/25/UE, de 26 de fevereiro de 2014, 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)<sup>782</sup> permite captar a lógica inerente ao regime comunitário da contratação

---

<sup>781</sup> Em Portugal, o Código dos Contratos Públicos foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e entrou em vigor em 29 de julho de 2008, transpondo as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE. Com a generalização do contrato nas relações administrativas, não se regulamentaram apenas os aspetos que respeitam ao procedimento de formação dos contratos (“*contratação pública*”), tendo algumas das legislações nacionais enveredado, também, pela definição de um regime jurídico de direito administrativo aplicável a, pelo menos, certos contratos públicos, em especial no que toca à disciplina da relação contratual (“*regime substantivo*”). É o que sucede no ordenamento português, onde o Código dos Contratos Públicos consolida inequivocamente a *autonomia da figura do contrato administrativo*, definindo para este um regime jurídico próprio que visa regular as vicissitudes mais significativas da relação emergente dos contratos qualificados como administrativos. Noutros ordenamentos jurídicos, existem Códigos, compilações ou repositórios sistematizadores de regras jurídicas dedicadas aos contratos públicos: em França (o *Code de Marchés Publics*), na Itália (o *Codice dei Contratti Pubblici*), em Espanha (a *Ley de Contratos del Sector Público*), no Reino Unido (o *Public Contracts Regulations*), nos Estados Unidos (a *Federal Acquisition Regulation*) e no Brasil (a *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*).

<sup>782</sup> Sobre as gerações de diretivas relativas aos contratos públicos e, em geral, sobre a evolução do direito europeu da contratação pública, cfr., por todos, JACQUES-YVES HENCKES, *Le Précis de Droit des Marchés Publics*, Legitech, 2010; e, entre nós, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2006, e *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2012. Em 2014 foram aprovadas novas Diretivas, a Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, a Diretiva 2014/25/UE, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços, e ainda a Diretiva 2014/23/UE, de 26 de fevereiro de 2014, que veio estabelecer um quadro jurídico adequado para a adjudicação de concessões. As novas Diretivas foram aprovadas com os objetivos de simplificar e flexibilizar os procedimentos de contratação, utilizar meios eletrónicos, facilitar a participação das PME em contratos públicos, utilizar estrategicamente a contratação pública para atingir objetivos sociais e ambientais, aumentar a segurança jurídica na aplicação da lei, incentivar a inovação associada aos contratos públicos, aumentar a transparência e combater a corrupção e os conflitos de interesses, regular melhor as concessões e, ainda, melhorar a governação dos contratos públicos.

Além das diretivas mencionadas, que obedecem a uma formulação setorial da regulação dos mercados públicos, existem outras relativas a meios jurisdicionais, imprescindíveis para os operadores económicos fazerem valer os seus direitos perante as entidades adjudicantes – as *Diretivas Recursos*, a 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, e a Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro



pública, designadamente o objetivo de realização do mercado único e a observância dos princípios do Tratado, tais como a liberdade de circulação, o princípio da concorrência e a proibição de práticas discriminatórias na contratação pública<sup>783</sup>. Neste sentido, a evolução que se tem vindo a verificar no direito europeu demonstra, de forma inequívoca, a importância que a contratação pública assume na construção do mercado comum, sendo, por outro lado, acompanhada pelo papel (e ativismo) da jurisprudência comunitária no processo de definição do universo dos contratos públicos e, bem assim, dos princípios jurídicos que presidem à sua adjudicação<sup>784</sup>.

Em certa medida, o direito europeu colocou em marcha um processo de “desnacionalização da contratação pública” (visível, por exemplo, em matéria de princípios gerais que presidem à adjudicação de contratos públicos)<sup>785</sup>. Historicamente, a contratação pública surge enquadrada numa perspetiva orçamental, relacionada com matérias de direito financeiro do Estado e das administrações públicas. A lógica da proteção da concorrência e dos interesses do mercado configurava um aspeto meramente secundário. Sobretudo a partir de 2004, quando o direito da união europeia passa a exercer uma forte pressão sobre a matéria da contratação pública, os valores centrais deixaram de ser os valores nacionais (v.g., do *best value for money*, da *eficiência da despesa pública*) para serem *valores europeus*, relacionados com as dimensões da concorrência, da proteção dos interesses do mercado, da igualdade de tratamento entre operadores económicos, da não discriminação, da transparência, da proporcionalidade. Isto mostra que o direito da união europeia *constitucionalizou* (em sentido material) o direito da contratação pública.

Por outro lado, a contratação pública (em especial, o *public procurement*) tornou-se um espaço de eleição para as entidades públicas implementarem *políticas estratégicas* dirigidas à prossecução de finalidades ambientais, industriais, sociais, energéticas, tecnológicas ou de investigação científica. Nos últimos anos, registou-se uma evolução nesta matéria. Inicialmente, propôs-se a introdução nos contratos públicos de objetivos secundários e de considerações ambientais<sup>786</sup> (*green public procurement*) e

---

de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, ambas alteradas pela Diretiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007.

<sup>783</sup> Cfr. P. SANTORO/E. SANTORO, *Manuale dei Contratti Pubblici*, cit., p. 65.

<sup>784</sup> Desenha-se uma *noção europeia de contrato público*, uma formulação, por um lado, primacial face às designações internas (*nomen iuris*) dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais em matéria de procedimento e adjudicação e, por outro, substantivamente neutra (desde logo em relação ao contrato administrativo) no que concerne ao regime jurídico de formação de certos contratos da administração – cfr. LAURENT RICHER, *L'Europe des Marchés Publics: Marchés Publics et Concessions en Droit Communautaire*, Paris, 2009, pp. 34-35; e PHILIPPE MADDALON, *La Notion de Marché dans la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris, 2007, pp. 10-15 e 30-45.

<sup>785</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral. Contratos Públicos*, cit., p. 18, referem-se a “um movimento unificador de toda a contratação pública com epicentro no direito comunitário”.

<sup>786</sup> COM (2001) 274 de 04/07/2001. Cfr., ainda, da autoria da Comissão Europeia o *Handbook on Environmental Public Procurement* (2004), que formula diversas recomendações e orientações às entidades

sociais<sup>787</sup> (*política pública de emprego*). A partir de 2004, ganharam preponderância as *políticas horizontais* da contratação pública. As políticas secundárias ou horizontais suscetíveis de serem concretizadas por via dos contratos públicos conduziram alguma doutrina a referir-se à passagem de uma abordagem “*económico-racional*” dos contratos públicos, assumida, no passado, pela Comissão Europeia – “de harmonia com a qual a aquisição de bens e serviços deve apenas atender às necessidades da entidade adjudicante numa ótica de *value for money* (eficiência da despesa pública)” – para uma “perspetiva instrumental da contratação pública – também designada por alguns como papel *redistributivo* da contratação pública”<sup>788</sup>. O papel da contratação pública, enquanto instrumento apto a permitir o desenvolvimento de políticas secundárias ou horizontais generalizou-se a vários domínios e níveis territoriais (nacional, regional, local). Desde 2014, passaram a enfatizar-se os aspetos relativos à *inovação* e à *utilização estratégica*. Nesta aceção, o Estado e as administrações públicas utilizam as políticas de contratação pública não para prosseguir objetivos imediatamente relacionados com a natureza económica ou com a satisfação da necessidade visada, mas para realizar uma compra eficiente, estratégia e sofisticada – o que na prática implica atender na adjudicação de contratos públicos preferencialmente ao critério da proposta economicamente mais vantajosa (e não, como de resto tem sido prática entre nós, somente ao critério do mais baixo preço – artigo 74.º, n.º 1 do CCP).

Um dos domínios mais relevantes e estratégicos no nosso tempo – o do fomento à inovação em setores industriais de ponta (v.g., *tecnologia, investigação e desenvolvimento*) a partir das políticas de contratação pública – justificará desenvolvimentos subsequentes no ponto 25.4.4.3..

## **25.4.2. Regulação pública e contrato administrativo**

### **25.4.2.1. Do Estado Regulador ao Estado Garantidor**

Como vimos em momentos anteriores, o papel de um Estado Social intervencionista, produtor de bens e prestador direto de serviços (“responsabilidade operacional e de execução”) aos cidadãos, tanto nos setores sociais, económicos e culturais, como nas áreas de intervenção assistencial (v.g., segurança social, proteção na doença e no

---

adjudicantes no sentido de estimular o *Buying Green* e as *Green Purchasing Strategies*. Entre nós, cfr. a “Estratégia Nacional de Compras Públicas Ecológicas”, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 65/2007, de 7 de maio, que visa dar sequência às orientações da Comissão Europeia.

<sup>787</sup> COM (2001) 566 de 15/10/2001, JO C-333 de 28/11/2001.

<sup>788</sup> Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra, 2013, p. 19, referindo que se podem distinguir essencialmente cinco tipos de políticas secundárias ou horizontais suscetíveis de serem concretizadas por via dos contratos públicos: *política industrial, política ambiental, política social, política regional e política criminal* (ob cit., p. 260). Essas políticas podem ser refletidas nos contratos públicos abrangidos pelas diretivas sobre a contratação pública, designadamente através das especificações técnicas, da capacidade técnica e profissional dos candidatos, dos critérios de adjudicação, da definição das condições de execução dos contratos, da definição das causas de exclusão ou da subcontratação.

desemprego) foi objeto de várias revisões logo a partir dos anos oitenta do século transato, com a “contra-revolução neoliberal” – de reação aos excessos do welfarismo –, assente na defesa da “desregulação”<sup>789</sup>, da liberalização dos mercados e da abertura à concorrência.

Sob uma onda neo-liberal, de “reação contra o *overload* do *Estado Social Administrativo*”<sup>790</sup>, inciou-se a partir dos anos oitenta um movimento de “inversão de rota”<sup>791</sup>, enquanto estratégia que apontava para o “regresso ao mercado” (*more market, less state*). O movimento de (re)privatizações e (re)liberalizações assumiu, neste ensejo, uma dimensão global, induzindo a “contração quantitativa da intervenção pública”, a “despublicização da titularidade de tarefas”, o “exercício de funções públicas por entidades privadas”, o “alargamento de serviços de interesse económico geral ao mercado”, a adoção dos métodos de gestão privada nas pessoas coletivas de direito público (“nova gestão pública”)<sup>792</sup>, etc.. Por outro lado, sob o impulso decisivo do direito da união europeia, registou-se, também, um “movimento liberalizador” (liberalização dos grandes serviços públicos) e de alargamento da economia de mercado (deslocação de certas tarefas estaduais para o mercado), caracterizado pela *abertura à concorrência* e à *iniciativa económica*

<sup>789</sup> Cfr. SABINO CASSESE, “«Regulation» e «Deregulation»”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, cit., pp. 718-719, e *La crisi dello Stato*, cit., pp. 36-37.

<sup>790</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Direito Administrativo da Regulação”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. II, Coimbra, 2006, p. 535.

<sup>791</sup> Segundo ANTONIO LA SPINA/GIANDOMENICO MAJONE, *Lo Stato Regolatore*, cit., pp. 15-19, a passagem do “Estado-Gestor para o Estado Regulador” não importou, seguramente, o fim do Estado Social Administrativo, que continua a relevar nas agendas constitucional, política e dogmática, sendo mais correto falar-se em “transformação do Estado Social” e não no seu desmantelamento.

<sup>792</sup> A fórmula do “Estado gestor e prestador de serviços” – que jogava na ampliação de uma administração pública “conformadora” de uma ordem social justa e igualitária, concessora de prestações sociais e promotora do bem-estar – foi recuando à medida que se verificou a diminuição substancial da intervenção pública na economia e dos gastos públicos nos setores sociais (ajustamentos estruturais de despesa pública), tendo vindo a ser substituída por uma fórmula de Estado menos dependente da propriedade pública e da sua intervenção económica direta. Desta forma, não apenas se detetou, num primeiro momento, a privatização de uma parte significativa do setor empresarial do Estado (*privatização patrimonial*), como se verificou, subsequentemente, a privatização da própria gestão dos serviços públicos (*gestão privada de pessoas coletivas públicas*). Contudo, os processos e estratégias de *downsizing* do Estado e de desmontagem de serviços públicos não se traduziram apenas na redução (e fusão) das respetivas estruturas orgânicas e da amplitude de intervenção do Estado na economia. Outra importante dimensão desse processo consistiu na *privatização de tarefas públicas*, remetendo para a iniciativa económica privada a produção direta de bens e serviços, o que, como é sabido, levou o Estado a assumir uma posição de garante (*Garantenstellung*) de certos resultados, assegurando o cumprimento do “dever estadual de garantia”, seja nos casos de “privatização no âmbito da execução de tarefas públicas”, seja quando ocorre, por efeito de um fenómeno de “privatização material de tarefas”, a deslocação de uma tarefa ou função pública para o setor privado (*despublicatio* da titularidade da tarefa em favor do mercado) – cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 153-154.

Sobre as diversas modalidades abrangidas pelo conceito de “privatização” (*privatização material ou de tarefas, privatização patrimonial, privatização orgânica, privatização funcional e privatização procedimental*), cfr. o estudo de GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, “Die Öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: zum Denken in Verantwortungsstufen”, *DV*, 31. Band (1998), Heft 4, pp. 415-447.

privada de atividades que antes se encontravam sob reserva pública (ou, pelo menos, dependentes de concessão ou autorização pública) e correspondentes a setores que integram serviços económicos de interesse geral<sup>793</sup>.

Em face das transformações ocorridas, é natural que o papel que cabe ao Estado seja essencialmente o da *responsabilidade pela regulação*, ou seja, de disciplinar e de supervisionar o modo como os agentes do mercado prestam os serviços económicos de interesse geral. Com efeito, nos últimos anos, a regulação estadual não cessou de aumentar, cobrindo novos terrenos, porquanto, no tocante aos tradicionais serviços públicos económicos, a *privatização material* estendeu-se para zonas claramente abrangidas por um “dever estadual de garantia”, traduzido no dever ou incumbência constitucionalmente imposta ao Estado de garantir ou assegurar a realização de certos fins de interesse público (v.g., defesa dos direitos dos cidadãos, promoção do bem-estar, segurança, fornecimento de serviços essenciais) – *concretamente*, no nosso ordenamento jurídico constitucional, o *dever de assegurar o correto funcionamento dos setores e serviços privatizados* [artigo 81.º, f), da CRP], e a *realização dos direitos dos cidadãos*, designadamente, dos direitos a beneficiar, em condições acessíveis, de serviços de interesse geral<sup>794</sup>.

Com efeito, o processo de transferência de funções ou tarefas para os sujeitos privados não poderia significar o abandono da responsabilidade estatal perante os compromissos com o interesse público inerente à realização do *princípio da socialidade* e de outros fins constitucionais do Estado<sup>795</sup>. Fruto do labor da doutrina germânica, a densificação do conceito de *garantia* começou por aludir a uma “responsabilidade pública”, que permanece na esfera do Estado (*Gewährleistungsstaat*), identificando um grau intermédio (entre a responsabilidade de base e a responsabilidade operacional) teleologicamente voltado para salvaguardar as posições jurídicas subjetivas dos cidadãos no acesso a bens e serviços de interesse geral<sup>796</sup>, segundo princípios de regularidade, continuidade, universalidade, qualidade e acessibilidade económica.

---

<sup>793</sup> Cfr. DANIELE GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 5-15; FABIO GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, 2008, pp. 51-53; e MARIO P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, cit., pp. 241-252.

<sup>794</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, “O Estado Garantidor: claros-escuros de um conceito”, Avelãs Nunes/Miranda Coutinho (coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Coimbra, 2008, pp. 571-576. Cfr., também, no direito francês, YVES GAUDEMET, *Droit Administratif*, Paris, 2010, pp. 389-393.

<sup>795</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Diritto Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 354.

<sup>796</sup> Sobre a densificação do conceito de “Estado de Garantia” (*Gewährleistungsstaat*), do “dever estadual de garantia” e da designada “responsabilidade estadual de reserva” (*Auffangsverantwortung*) são incontornáveis os contributos da doutrina germânica: cfr., entre outros, W. HOFFMANN-RIEM, “Das Recht des Gewährleistungsstaates”, cit., pp. 87-96, “Organisationsrecht als Steuerungsressource”, E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem Hrsg., *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, pp. 355-366, “Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung”, cit.,

Reconduzindo-se ao dever público de proteção dos direitos fundamentais, a *responsabilidade de garantia* demanda o envolvimento do Estado na fase pós-privatização, exigindo dele uma intervenção tanto mais empenhada quanto maior é o risco que o processo de privatização representa para a realização dos direitos fundamentais ou de outras finalidades do Estado<sup>797</sup>. A responsabilidade de definir regras de conduta e de impor a respetiva aplicação aos operadores económicos que oferecem bens no mercado e prestam serviços, designadamente serviços de interesse económico geral, eleva, por conseguinte, a *regulação pública* a principal instrumento de ação do Estado Administrativo de Garantia<sup>798</sup>. À transição de um direito administrativo da prestação para um “direito administrativo de garantia da prestação”<sup>799</sup> não é, portanto, alheia a consolidação de um novo “compromisso social” entre atores públicos e privados e a assunção efetiva de *responsabilidades* por parte do Estado *na (garantia da) realização do interesse público*, expressa não apenas em poderes normativos e decisórios, mas também responsabilidades de supervisionar e de fiscalizar no

---

pp. 433-438, e “Finanzkontrolle als Steuerungsaufsicht im Gewährleistungsstaat”, *Die Öffentliche Verwaltung* 52, 1999, pp. 221-227; CLAUDIO FRANZIUS, “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat”, cit., pp. 493-517, *Gewährleistung im Recht: Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen*, Mohr Siebeck, 2009, p. 77-82, e “Der Gewährleistungsstaat”, *Verwaltungs-Archiv*, 99. Band, Heft 3, Juli 2008, pp. 351-379; ANDREAS VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 50-51; MATTHIAS KNAUFF, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV*, Duncker & Humblot GmbH, 2004, pp. 9-17; KAY WAECHTER, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., pp. 25-35; e DANIEL KRAUSNICK, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, cit., pp. 30-42.

<sup>797</sup> Nestes termos, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., p. 160.

<sup>798</sup> As vagas de *privatizações* de empresas públicas e de participações públicas em empresas mistas, a par da *liberalização* de atividades e setores económicos e da *supressão* de controlos administrativos prévios não significam apenas “contração da esfera pública”, mas “expansão da regulação”, porquanto o Estado assumiu o compromisso de gerir as consequências das medidas e políticas públicas de privatização – cfr. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., p. 13. Aludindo à regulação pública do setor elétrico, PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações - Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, 2008, pp. 138-148, refere que a *responsabilidade de garantia* abrange a: “garantia de padrões de serviço público, garantia de um serviço universal, garantia do acesso de terceiros às redes e garantia de segurança do fornecimento”. Ao Estado cabe, assim, a incumbência ou responsabilidade pública de regular, traduzida em disciplinar juridicamente o funcionamento do mercado e proteger determinados bens públicos (como o ambiente e a saúde) e os direitos dos cidadãos (enquanto consumidores de serviços de interesse económico geral), editando normas jurídicas e impondo a respetiva aplicação aos operadores económicos. Para tanto, as instâncias reguladoras, além de utilizarem *soft law* (diretrizes, recomendações e advertências), têm ao seu dispor um *sistema cogente de regras e de atos administrativos* (autorizações, ordens, proibições, restrições e punições), *medidas de implementação* de política regulatória e *medidas de reação* às infrações cometidas. A *heterorregulação estadual* engloba também instrumentos de “*hard regulation*”, poderes sancionatórios e de polícia administrativa.

<sup>799</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN “Principes de base d’une réforme du droit administrative”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, pp. 440 e 447-448; e ANDREAS VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., p. 50, reconhecendo que o direito administrativo de garantia constitui o *terceiro pilar do direito administrativo*, ao lado dos direitos administrativos de ordenação e de prestação.

terreno a ação dos regulados<sup>800</sup>. Por isso, o Estado assume uma posição de *garante*, incumbindo-se de assegurar que determinados setores económicos e sociais funcionam nas condições requeridas pela regulamentação pública.

Ao Estado Administrativo de Garantia não cabe, portanto, apenas uma posição de “retaguarda” e de “vigilante”, exercendo uma posição de *terceiro imparcial*, que arbitra e dirime conflitos de interesses e que assume uma função eminentemente *estabilizadora*, assegurando as expectativas legítimas dos regulados engendradas na interação económica e social. No fundo, cabe-lhe garantir um *quadro estável das regras do jogo*, em harmonia com uma certa ideia de interesse geral – o seu *Ethos*. Só enquanto suporte e portador de um *Ethos* poderá o Estado de Garantia ser concebido como instituição de cúpula, situada acima dos confrontos entre os poderes do mercado.

Por conseguinte, é hoje muito claro que a regulação estadual se tornou um elemento inerente ao funcionamento do próprio modelo administrativo (que constitui um pressuposto ou um dado sobre o qual o “direito administrativo da garantia” deve, agora, atuar), seja para garantir a *performance* da economia ou corrigir as crises do seu funcionamento (“regulação económica”), seja para assegurar outros interesses sociais (“regulação social”) de trabalhadores, consumidores ou do ambiente, e exercendo o Estado poderes de regulação (normativos, executivos e de controlo), através de *autoridades administrativas independentes* e *entidades reguladoras*, dotadas de competências técnicas especializadas e com maior ou menor independência relativamente ao governo<sup>801</sup>. Note-se

---

<sup>800</sup> Daí a doutrina sustentar a necessidade de se estruturar um *direito administrativo da garantia e da pós-privatização*, centrado no tópico da garantia da realização do interesse público – cfr. ANDREAS VOBKUHLE, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben”, *VVDStRL*, n.º 62, 2003, p. 266 (especialmente, pp. 310 e seguintes); E. SCHMIDT-ABMANN “Principes de base d’une réforme du droit administrative”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, pp. 440 e 447-448; e, entre nós, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 22-23 e 1101-1105. Constitui este um dos espaços normativos por excelência do novo direito administrativo, associado ao alargamento da “provincia do direito administrativo”, à proliferação de novos figurinos institucionais no contexto da intervenção reguladora do Estado no domínio económico (autoridades administrativas independentes), de novos modelos de ação (novos regulamentos independentes), de novas funções administrativas (administração arbitral, de resolução de litígios), de novas formas de participação na atividade regulatória, etc..

<sup>801</sup> Nestes termos, cfr. ANTONIO LA SPINA/ GIANDOMENICO MAJONE, *Lo Stato Regolatore*, cit., pp. 33 e 173-179, designando-as de “*fourth branch of government*” (formando um “quarto poder” ou um “poder neutro”, com repercussões ao nível do modelo constitucional), observando a ausência de uma *legitimação pelo princípio maioritário*, através da sua inserção no modelo de *responsabilidade política do governo perante o parlamento*. Não apenas estas entidades não se encontram na dependência hierárquica do governo, como estão *isentas de um controlo político-eleitoral típico da democracia representativa*. Trata-se de um setor da administração que *descarateriza a unidade interna do direito da organização administrativa* baseado nos vínculos intra-administrativos e no princípio da responsabilidade política do governo por toda a atividade administrativa. Nessa medida, derroga-se o *princípio da subordinação ministerial da Administração Pública* [artigos 182.º e 199.º, d), da CRP]: a responsabilidade política do Governo perante a Assembleia da República, emergente da condução da Administração Pública (artigo 162.º da CRP), só terá sentido prático se o Governo dispuser de instrumentos suficientemente adequados a influenciar as atividades e comportamentos do conjunto

que, entre nós, encontra-se em vigor, desde 2013, a Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, que aprovou a *lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público, cooperativo e social (lei-quadro das entidades reguladoras)*.

#### 25.4.2.2. Participação e contratualização na atividade regulatória

Não obstante a atividade regulatória se desenvolver por meio de esquemas *hierárquicos* e *verticais* de imposição de normas, bem como de formas *imperativas* e *unilaterais* de decisão [suscetíveis de ser impostas aos agentes económicos se necessário pela força], mais recentemente são bem visíveis múltiplos sinais – seja por via legislativa ou regulamentar, seja por via de construção doutrinal –, que apontam para a uma *visão consensual da atividade regulatória*, a qual se caracteriza pelo recurso a um *direito negociado, flexível e compromissório*<sup>802</sup>.

---

da Administração Pública, salvaguardando “a necessária eficácia e unidade de ação da Administração” e “os poderes de *direção, superintendência e tutela* dos órgãos competentes”.

Registe-se que o facto de a administração independente compreender as entidades administrativas isentas de subordinação ministerial (“*ministerialfreie Verwaltung*”) não impediu o desenvolvimento de outras fórmulas e instrumentos jurídicos que eventualmente visam “compensar” a quebra do vínculo clássico da legitimidade democrática do poder público e do princípio da responsabilidade política do aparelho administrativo. Com efeito, advoga-se que tais entidades pautam a sua atividade pela *procedimentalização das suas atuações, pela subordinação da respetiva atividade aos princípios do contraditório, da participação dos interessados na tomada de decisões, da imparcialidade, da publicidade e da transparência* e, bem assim, pela produção de *decisões objetivas e tecnicamente fundamentadas*. Esta circunstância tem conduzido a doutrina a imputar uma *legitimidade tecnocrática, substantiva ou de prestígio* às autoridades administrativas independentes em conjugação com a exigência de um *iter decisório transparente e repleto de garantias procedimentais reforçadas*. Cfr., neste sentido, as reflexões de ANTONIO LA SPINA/SABRINA CAVATORTO, *Le autorità indipendenti*, cit., pp. 347-368; FABIO MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, cit., pp. 9-38 e 42-68; MARCELLO CLARICH, “I procedimenti di regolazione”, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, n.º 5, Torino, 1999, pp. 18-19; e MARINO BIN, “Autorità indipendenti? Il Caso dell’ ISVAP”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Ano LI, n.º 2, Milano, 1997, pp. 329-333, todos eles aludindo à necessidade de compensar aquelas insuficiências com o acréscimo de *exigências e garantias procedimentais* impostas às agências. SABINO CASSESE, “Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti”, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, n.º 5, Torino, 1999, p. 42, refere que a legitimação daquelas entidades não deriva da “democracia política”, mas da “democracia procedimental”. Entre nós, *recusando*, em geral, a *legitimação técnico procedimental como fundamento primordial ou exclusivo da legitimação dos poderes públicos das autoridades reguladoras independentes*, cfr. JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Agências Reguladoras Europeias*, cit., pp. 76-79 e 566-568, e *Mercado e Estado*, Coimbra, 2008, pp. 191-207, espec. pp. 202-203; e CARLOS BLANCO DE MORAIS, “As Autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, n.º 1, Lisboa, 2001, pp. 111-112.

<sup>802</sup> A doutrina norte-americana alude, neste contexto, à transição de um modelo convencional de regulação, baseado na supremacia do Estado, para um modelo de *governança* – o “*Renew Deal Governance Model*” – caracterizado pela interdependência e mútua colaboração entre Estado e mercado – cfr. ORLY LOBEL, “The Renew Deal: the Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”, *Minnesota Law Review*, Vol. 89, 2004, pp. 262-390.

Os contratos são também utilizados para prosseguir uma importante finalidade de regulação no contexto do direito administrativo económico, podendo constituir uma alternativa aos instrumentos típicos da regulação administrativa. Esta abordagem contratualista contrapõe-se à de *comando e controlo* devido ao modo como as exigências regulatórias são cumpridas pelos operadores económicos.

Neste ensejo, impõe-se distinguir entre *regulação administrativa participada ou concertada* e *regulação administrativa por contrato*. Ao primeiro conceito reconduzimos a utilização de esquemas participativos e negociais, de recorte variado, que afetam especialmente o processo de formação da decisão regulatória e o modo da sua implementação. Aqui se incluem, desde logo, por exemplo no direito da concorrência, as “*conversações regulatórias*” e outras formas de “*diálogo regulatório*” entre instância reguladora e os operadores regulados, que se reúnem a fim de trocar informações, confrontar previsões e expectativas, as quais produzem efeitos prático-jurídicos na tentativa de alcançar um acordo ou entendimento, mesmo quando não formalizadas em contratos<sup>803</sup>. Estas ações de *mener de concert* visam primordialmente o confronto e acerto dos pontos de vista das instâncias reguladoras e dos operadores regulados, a fim de prevenir as disfunções da ação privada e da ação pública no cumprimento da política regulatória adotada<sup>804</sup>, promovendo uma abordagem consensual na formulação ou implementação da regulação e contribuindo para a redução da conflitualidade. Por essa razão, as formas de *regulação administrativa participada ou concertada* implicam uma ampla *informação recíproca* entre o regulador e os regulados, postulando uma *política regulatória transparente*, que se justifica em resultado da crescente interdependência entre o Mercado e o Estado.

A estas hipóteses juntam-se os casos das *medidas consensuais em processos de contraordenação*, das *medidas consensuais no procedimento de controlo de operações de concentração* e as hipóteses em que os reguladores se encontram habilitados a adotar *atos administrativos de aceitação de compromissos* (“commitment decision”, “decisione com impegni” ou “Zusagenentscheidung”)<sup>805</sup>. A regulação da concorrência tem vindo a utilizar, cada vez mais no contexto de medidas sancionatórias, modelos de ação que intersectam “consenso e concertação” com formas de atuação de feição “unilateral e autoritária”. A Lei

---

<sup>803</sup> Cfr. MARK FINDLAY, *Contemporary Challenges in Regulating Global Crises*, Palgrave Macmillan, 2013, p. 63; JULIA BLACK, “Regulatory Conversations”, *Journal of Law and Society*, Vol. 29, 2002, pp. 163-196; e J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, “El «diálogo regulatório» como base para la confianza en la regulación”, *Revista de derecho de las telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, Año nº. 9, n.º 27, 2006, pp. 11-38.

<sup>804</sup> Cfr. MARK FINDLAY, *Contemporary Challenges in Regulating Global Crises*, cit., p. 63.

<sup>805</sup> Sobre esta temática, de forma pioneira, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., pp. 335-368.



da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) acolhe mecanismos consensuais no âmbito da conclusão de processos de contraordenação, seja através da figura da *transação* (artigos 22.º e 27.º), seja por meio da figura do *arquivamento do processo mediante imposição de condições* (artigo 23.º e 28.º)<sup>806</sup>.

Instaurado um processo de contraordenação pela Autoridade da Concorrência a uma empresa, em resultado de práticas proibidas ao abrigo dos artigos 9.º, 10.º e 12.º da Lei da Concorrência (acordos e práticas concertadas, abuso de posição dominante e abuso de dependência económica), e confirmando-se a existência de uma prática restritiva da concorrência, em princípio, o processo conclui-se com a adoção de uma decisão condenatória e a aplicação de sanções (artigo 29.º, n.ºs 3 e 4). Todavia, encontra-se previsto o recurso à figura da *transação*, que tanto pode ocorrer na fase do inquérito (artigo 22.º), como na fase da instrução (artigo 27.º), sendo, em ambos os casos, configurada como um mecanismo endoprocessual, cuja finalidade consiste, do lado do visado, em obter uma redução do valor da coima a pagar pela infração cometida e, do lado da Autoridade da Concorrência, em conseguir uma decisão mais rápida e com ganhos de eficiência (“ganhos processuais”).

No caso de a transação se desenvolver na fase de inquérito<sup>807</sup>, uma vez concluídas as conversações, a Autoridade da Concorrência fixa um prazo, não inferior a 10 dias úteis, para que o visado pelo inquérito apresente, por escrito, a sua proposta de transação (artigo 22.º, n.ºs 1 e 6), na qual reconhece responsabilidade na infração praticada e propõe um montante de redução da coima (artigo 22.º, n.º 7). Se a Autoridade aceitar a proposta do visado, procede, nos termos do artigo 22.º, n.º 8, à elaboração e à notificação da *minuta de transação*, contendo a identificação do visado, a descrição sumária dos factos imputados, a menção das disposições legais violadas e a indicação dos termos da transação, incluindo as sanções concretamente aplicadas e mencionando a percentagem de redução da coima. Sendo aceite pelo visado (artigo 22.º, n.º 9), a *minuta de transação* convola-se em *decisão definitiva condenatória* com a confirmação do visado pelo processo e o pagamento da coima aplicada, não podendo os factos voltar a ser apreciados como contraordenação para os efeitos da lei da concorrência (artigo 22.º, n.º 12). Não obstante o carácter funcional da transação (o de constituir um modelo consensual no contexto de medidas sancionatórias), no plano formal, o processo de contraordenação conclui-se com uma decisão condenatória.

---

<sup>806</sup> Tanto o *arquivamento do processo mediante imposição de condições*, como a *transação*, também, se encontram previstas nos artigos 15.º e 19.º, da Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro, no âmbito do regime sancionatório do setor energético.

<sup>807</sup> Desenvolvendo-se na fase da instrução, a apresentação da proposta de transação (e não a realização prévia de conversações) corresponde ao início do procedimento de transação.

Além disso, nos termos do artigo 22.º, n.º 13, os factos confessados pelo visado pelo processo na decisão condenatória não podem ser judicialmente impugnados para efeitos de recurso nos termos do artigo 84.º da Lei da Concorrência<sup>808</sup>.

Com uma natureza diferente da transação, surge nos artigos 23.º e 28.º a figura do *arquivamento do processo mediante imposição de condições*, que conduz a um desfecho não punitivo. Para que o visado obtenha o *arquivamento* do processo de contra-ordenação, terá que propor compromissos à Autoridade da Concorrência que sejam suscetíveis de eliminar os efeitos sobre a concorrência decorrentes das práticas restritivas em causa no processo. Se a Autoridade aceitar tais compromissos, estes são convertidos em imposição de *obrigações*, evitando-se assim uma decisão condenatória que resultaria do processo de contraordenação (artigo 23.º, n.º 1). Neste caso, seguir-se-á, nos termos do artigo 23.º, n.º 6, uma *decisão de arquivamento* mediante a aceitação de compromissos e a imposição de condições – que, repita-se, “não conclui pela existência de uma infração à presente lei, mas torna obrigatório para os destinatários o cumprimento dos compromissos assumidos”. Por essa razão, a figura do *arquivamento do processo mediante imposição de condições* apresenta, ainda, uma “função corretiva” na adoção de condutas positivas que a figura da transação desconhece.

Por seu turno, no *procedimento de controlo de operações de concentração*, nos termos do artigo 47.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, são admitidos a intervir no procedimento administrativo de controlo de concentrações os titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos que possam ser afetados pela operação de concentração e que apresentem à Autoridade da Concorrência observações em que manifestem de forma expressa e fundamentada a sua posição quanto à realização da operação. Para além de se reconhecer a participação de interessados e a atribuição de legitimidade para intervir no procedimento em termos gerais, são, igualmente, previstas *medidas consensuais* no procedimento de controlo das operações de concentração. Quando a Autoridade adote uma decisão de *não oposição à concentração* nos termos do artigo 50.º, n.º 1, b), e decida impor *condições ou obrigações* destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pela notificante com vista a assegurar a manutenção da concorrência efetiva (artigo 50.º, n.º

---

<sup>808</sup> Considera, por isso, PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., p. 344, que, embora obtida mediante um instrumento consensual [a transação], a decisão do processo (de inquérito e decisão final) surge legalmente configurada como “«decisão unilateral» de caráter condenatório”. Nestes termos, a transação configura um “«acordo endoprocessual» – um acordo que esgota os seus efeitos jurídicos no interior do processo de contraordenação e que deve considerar-se juridicamente extinto no momento preciso em que se processa a sua convolação em decisão condenatória. Para todos os efeitos, a decisão final do processo consiste num ato jurídico unilateral cujo conteúdo foi construído com base no consenso entre o autor e o destinatário do mesmo: *ato administrativo consensual*”.

2), acolhe uma solução ou um arranjo tipicamente consensual ou concertado com o notificante. No caso de aceitação dos compromissos propostos, a Autoridade emite uma decisão de não oposição à concentração com imposição de condições ou obrigações. Esta decisão configura um “*ato administrativo de aceitação de compromissos*”<sup>809</sup>.

Devem, igualmente, ser entendidos como formas de participação qualificada de interessados na atividade regulatória os casos de *abertura formal à participação dos regulados* no âmbito do poder regulamentar das entidades reguladoras, mais precisamente na fase de *apreciação ou consulta pública* e, relativas à discussão da regra ou *standard* regulatório. Neste último cenário, são expressivos os mecanismos de participação de interessados nos procedimentos regulamentares de autoridades reguladoras nacionais (inspirados no §553 do *Administrative Procedure Act* norte-americano) e as formas de “*reg-neg*” (*negotiated rulemaking procedure*, em que participam grupos interessados ou afetados pela elaboração de um regulamento, como empresas, organizações associativas ou cidadãos), previstas no *Negotiated Rulemaking Act*, que constituirão objeto da nossa atenção na Parte II, 39.2.4.1..

Num nível mais intenso do direito regulatório, o *contrato* pode constituir um suporte jurídico-formal da exteriorização da *regulação administrativa*, vinculando entidades reguladas e instâncias reguladoras (“*regulação por contrato*”<sup>810</sup>). Na realidade, o contrato apresenta um *potencial regulatório* indiscutível, sendo fonte da formulação e/ou

---

<sup>809</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., p. 362, definindo o ato administrativo de aceitação de compromissos como o ato “*pelo qual uma autoridade aceita compromissos propostos por um particular e converte tais compromissos em obrigações cujo cumprimento impõe ao mesmo particular*”, reconduzindo a este conceito quer a decisão de arquivamento do processo de contraordenação mediante imposição de condições, como a decisão de não oposição a operações de concentração com condições ou obrigações. Em aberto fica a questão de saber se tais compromissos (condições ou obrigações) integram o *conteúdo principal do ato* ou devem ser entendidos como constando de *cláusulas acessórias*. Não sendo este o lugar para desenvolver tão complexa temática, inclinamo-nos para defender que tais compromissos não se situam “fora” do tipo, sendo antes parte do *conteúdo principal do ato*, já que se revelam indispensáveis à sua construção.

<sup>810</sup> A expressão é de PETER VINCENT-JONES, *The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Relationality*, cit., pp. viii e 15. Não obstante o tópico da regulação administrativa *por contrato* seguir de perto as experiências britânica e norte-americana, a sua presença na “agenda do dia” das agências reguladoras europeias constitui um dado inquestionável: cfr. JACQUES CHEVALLIER, “Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques”, *Les engagements dans les systèmes de regulation*, ed. Marie-Anne Frison-Roche, Paris, 2006, pp. 143-150; ANNE PERROT, “Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations”, *ibidem*, pp. 151-159; YOUSSEF GUENZOU, “Le droit et la théorie économique des conventions”, *ibidem*, pp. 161-181; CHRISTOPHE JAMIN, “Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés”, *ibidem*, pp. 183-196; e FRANK LAPRADE, “La contractualisation de la répression exercée par le régulateur”, *ibidem*, pp. 197-208. Sobre o problema no direito da concorrência e no direito regulatório alemão, cfr. KERSTIN PAUL, *Gesetzesverstoß und Vertrag im Wettbewerbs und Regulierungsrecht: eine Untersuchung der Schutz und Verbotsgesetzeigenschaft wettbewerbsschützender Normen sowie deren Auswirkungen auf Folgeverträge*, Nomos, 2009, pp. 35-36 e 100-114. Na nossa literatura, o entendimento da regulação administrativa *por contrato* foi introduzido por PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., pp. 91-142.

implementação de normas regulatórias e mecanismo de vinculação dos comportamentos das partes que o subscrevem. A doutrina alude, a este propósito, a um fenómeno de “regulação pública contratualizada”, que indica a existência neste domínio de fórmulas dialógicas e iterativas de conceber a atividade regulatória<sup>811</sup>.

O contrato surge aqui como instrumento de *formulação* ou *implementação* gradual da regulação pública e como esquema de *negociação* entre instância reguladora e operador regulado sobre o conteúdo da própria regulação. Na realidade, de forma inovadora, as instâncias reguladoras passaram a ter à sua disposição o domínio dos *contratos regulatórios*, celebrados entre as autoridades reguladoras setoriais e as entidades reguladas para o cumprimento de objetivos da política pública setorial. Na medida em que têm por objeto o poder público de regulação, os *contratos regulatórios* podem constituir uma *alternativa* ou um *complemento* em relação às formas de ação unilateral administrativa, mas não se esgotam ou materializam apenas em *contratos* com *objeto passível de ato administrativo*. Isto porque o contrato regulatório pode dispor sobre a *formulação* de normas regulatórias (inclusive, normas legislativas), possuindo um conteúdo *normativo* ou *regulador* para as partes que o subscrevem (isto é, entre a entidade reguladora, empresas reguladas e terceiros)<sup>812</sup>.

A estes “tipos” contratuais há, ainda, a considerar o papel que o *contrato regulatório* desempenha enquanto modo de relacionamento entre as instâncias reguladoras (*contrato interadministrativo*). Trata-se aqui da intervenção do contrato no quadro da designada “inter-regulação”, adveniente do *pluralismo* e da *proliferação dos centros de decisão da administração regulatória*, com a intervenção de várias agências no exercício do poder de regulação pública. Ora, tendo em conta – como, de resto, iremos expor – que no domínio das relações que se processam entre essas entidades não vigora uma lógica hierárquica e vertical, mas colaborativa, o *contrato interadministrativo* (v.g., contratos de gestão, contratos-programa) passou a figurar como uma base de coordenação institucional na implementação da regulação pública, falando-se, com propriedade, no contexto de

---

<sup>811</sup> Cfr. JACQUES CHEVALLIER, “Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques”, cit., pp. 147-149 (que distingue *régulation des contrats*, *régulation par les contrat* e *régulation contractualisée*); PETER VINCENT-JONES, *The New Public Contracting*, cit., pp. vii, 14-35 e 89-90; STEVEN KELMAN, “Achieving Contracting Goals and Recognizing Public”, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, cit., pp. 153-191; e BAKOVIC/TENENBAUM/WOOLF, *Regulation by Contract: A New Way to Privatize Electricity Distribution?*, World Bank Publications, 2003, pp. 15-22.

<sup>812</sup> Relativamente aos *contratos substitutivos de ato legislativo* no âmbito da regulação do setor energético na Alemanha, *infra* 27.1..

relacionamento das agências regulatórias, num “modelo contratual” por contraste com o modelo da hierarquia<sup>813</sup>.

### **25.4.3. Pluralismo organizativo e relações interadministrativas**

#### **25.4.3.1. Pluralização administrativa e modelo de equilíbrio eficiente**

O modelo de administração por contrato também se expandiu por força da *pluralização da administração pública*. O recurso à técnica contratual conheceu um desenvolvimento importantíssimo ao ser erigida em *dispositivo de coordenação* no processo de relacionamento cooperativo entre várias entidades administrativas, mas também no interior do próprio setor público e, ainda, na implementação de programas da Nova Gestão Pública. Na realidade, o desdobramento da administração em novas unidades com subjetividade jurídica criou as condições para o alargamento da aplicação do contrato no universo interadministrativo. Como sublinha JACQUES CHEVALLIER, a “contratualização das relações entre entidades administrativas inflete as regras de devolução de competências e de exercício dos controlos inerentes à conceção tradicional da legalidade [...], num quadro contratual que marca a passagem para modelos mais flexíveis ou dúcteis de controlo”<sup>814</sup>.

Hodiernamente, a realidade jurídica encarrega-se de evidenciar o contraste entre o *modelo piramidal e monolítico* de administração pública, herdado do Estado Liberal, e o *modelo plural* de administração pública, caraterístico do Estado Social, assente na diversidade e na multiplicação de estruturas subjetivas da administração (desconcentração, descentralização e participação das forças sociais nas tarefas administrativas) e no recurso a dispositivos de coordenação. Recusando-se, neste domínio, uma visão estatista, que afirma o monopólio estadual da administração pública, a organização administrativa revela uma tendência predominantemente descentradora, deixando de ser concebida como uma simples unidade fechada sobre si própria, imune à comunicação e ao ambiente exterior, e apresentando-se como um “conjunto de diferentes fórmulas de organização (autoridades, agências, institutos públicos, empresas públicas, entidades reguladoras, etc.)”<sup>815</sup>.

No entanto, cumpre aqui salientar que o “pluralismo administrativo”, tomado em sentido amplo, engloba tanto o *pluralismo organizativo*, associado à proliferação de centros de decisão, como o

---

<sup>813</sup> Na expressão de MURRAY HUNT, “Constitutionalism and the Contractualisation of Government”, *The Province of Administrative Law*, ed. Michael Taggart, Hart Publishing, 1997, p. 21, “contract has replaced command and control as the paradigm of regulation”. Na mesma linha, cfr. BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education, 2003, pp. 769; e JACQUES CHEVALLIER, “Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques”, cit., pp. 149-150.

<sup>814</sup> “Loi et Contrat dans l'Action Publique”, cit., p. 82.

<sup>815</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, p. 432.

*pluralismo de legitimidade democrática* e o *pluralismo de interesses públicos* a satisfazer. A primeira fórmula exige especial atenção, na medida em que apresenta importantes reflexos no plano da renovação dos modelos institucionais da organização administrativa. A nível organizativo, o “pluralismo” tem a sua imediata expressão num modelo de organização que assenta na multiplicidade de estruturas de decisão administrativa e político-administrativa<sup>816</sup>, não existindo, já o dizia ALDO SANDULLI, uma administração pública, mas *várias administrações públicas*<sup>817</sup>.

O pluralismo da administração de um Estado de direito democrático acelerou os processos de *desconcentração*, *descentralização* e *participação*, pressupondo, nessa medida, uma regra de autonomia ao nível do relacionamento intra-administrativo entre certos setores da administração pública<sup>818</sup>. No contexto dos processos de descentralização, as *administrações autónomas* (territoriais e funcionais), baseadas numa legitimidade

---

<sup>816</sup> Sobre a quebra do modelo clássico unitário de administração pública e a afirmação do pluralismo orgânico da administração pública, cfr. GÖRG HAVERKATE, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, cit., pp. 217-258; BRUN-OTTO BRYDE, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, cit., pp. 181-216; GUNNAR F. SCHUPPERT, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, cit., pp. 757-768; e RUDOLF MÖGELE, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, cit., pp. 545-549.

<sup>817</sup> “Governo e Amministrazione”, *RTDP*, 1966, pp. 737-738.

<sup>818</sup> Apesar das vantagens que lhe estão associadas, a fragmentação administrativa pode interferir com o *princípio da unidade da administração*, pressuposto na garantia do modelo jurídico e político fixado nas constituições políticas dos Estados. E porque se devem tomar a sério os perigos e os efeitos negativos de *desmembramento*, *atomização* e *fragmentação* da administração pública, não falta quem advogue a exigência de um “específico regime jurídico da pluralização”, que visa delinear os termos e os limites a que deve obedecer a *pluralização organizativa* – assim, para PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 340-344, defendendo que o regime jurídico da pluralização é composto por três pilares fundamentais: *legalidade* (*reserva geral de lei e reserva de lei institucional*), *limites à liberdade legislativa de escolha de formas organizativas* (a pluralização tem que ser *possível, adequada, justificada*) e *orientação ou tutela governamental* (que poderá não existir em todos os casos, como na administração autónoma e na administração independente). Fora dos casos em que a pluralização não é admissível ou justificável, é inquestionável que a garantia de unidade da administração não exige uma *unidade orgânica*, sendo possível a *complementaridade* entre o modelo pluralista de organização administrativa e o princípio da unidade. Nesta linha, também PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, cit., p. 749.

A história mais recente da organização da administração pública revela uma tensão constante entre os argumentos e as forças defensoras da concentração e da descentração dos poderes. No nosso ordenamento jurídico, a descentralização constitui um princípio constitucional da estrutura da administração pública portuguesa (artigos 6.º, n.º 1 e 267.º, n.º 2, da CRP). Trata-se de um elemento relevante na boa governação do sistema administrativo democrático, sobretudo na sua consagração ou projeção na autonomia local, de defesa de *interesses e finalidades* próprias das comunidades cuja autonomia se estabelece. Porém, a consideração do valor da descentralização neste contexto – *autonomia local* – não se deve basear numa leitura de “maximização de tendências descentralistas”, com consequências *desagregacionistas* da administração pública e correspondente erosão do princípio da unidade. O mesmo vale *mutatis mutandis* para o caso da administração autónoma funcional, pois, nos termos do artigo 267.º, n.º 4, “as associações públicas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas” (it. nosso). Seguimos, neste ponto, o “modelo de equilíbrio eficiente”, proposto por J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 90-93, na interpretação do modelo constitucional de organização administrativa portuguesa, que articula o “*princípio da descentração* de um lado, e o *princípio da unidade de ação* (na *prossecução do interesse público*), de outro lado”, cabendo ao legislador observar o “princípio da eficiência” na determinação das soluções organizatórias mais adequadas do ponto de vista da realização efetiva dos interesses públicos a prosseguir pelas administrações públicas.

democrática própria, ficam apenas submetidas à tutela de legalidade e à fiscalização parlamentar. A quebra da homogeneidade organizativa também se verifica naquelas hipóteses de *participação institucional de interessados nas estruturas administrativas* (v.g., coadministração, participação orgânica, administração em condomínio), atingindo o seu nível mais elevado no contexto da *administração independente*.

Para além disso, há que ter, hoje, em conta a *pluralidade de ordenamentos administrativos* (estaduais, infra-estaduais, autónomos, trans-nacionais), que expressam *várias legitimidades*. O impacto organizativo da europeização da atividade administrativa permite vislumbrar a emergência de uma administração europeia indireta, em que as autoridades nacionais funcionam como órgãos comunitários para aplicação a *nível nacional* ou até com *eficácia transnacional* das disposições do direito europeu. Fala-se, por isso, em *network* ou numa *administração multinível*, em que os serviços estão organizados *em rede*, representando *interesses próprios* segundo relações de interdependência, que pressupõem *coordenação e colaboração* entre os diversos níveis<sup>819</sup>. E sublinhe-se que, por seu turno, a *administração europeia* é, também, *fragmentada, policêntrica e institucionalmente heterogénea*. Curioso, quanto a nós, é o facto de, no contexto de europeização de setores das administrações públicas dos Estados-Membros da UE, se poder afirmar que algumas das administrações reguladoras nacionais se tornaram autêntica “administração periférica” das entidades ou agências reguladoras da UE. Eis o que sucede, de forma exemplar, com o Banco de Portugal, o qual é parte integrante do Sistema Europeu de Bancos Centrais e, nesta qualidade, surge como elemento de um sistema administrativo composto pelos outros bancos centrais e que tem na cúpula o Banco Central Europeu.

Por outro lado, em sentido diverso do modelo clássico – *rectius*, da preferência por centros decisórios dotados de uma superior legitimidade político-democrática, que fundamentava a concentração de poderes em tais órgãos –, no atual quadro de “policentralidade de poderes”, não se afigura possível perspetivar um *centro unitário de legitimidade democrática*, reconhecendo-se, antes, a existência de um *pluralismo de legitimidade democrática* e de uma “poliarquia democrática”, que engloba vários centros de poder submetidos a um regime jurídico-administrativo próprio<sup>820</sup>. Nesta aceção, o pluralismo assume também um significado *legitimador*, que envolve um estreito relacionamento entre a vertente *subjetivista* dos direitos e liberdades fundamentais e, por

---

<sup>819</sup> Cfr. MARIO P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, cit., pp. 338-362, e “L’organizzazione amministrativa comunitária”, *Trattato di diritto Amministrativo Europeo*, Vol. I, cit., pp. 461-466.

<sup>820</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2008, p. 445.

outro lado, a vertente *objetivista* referente ao sistema normativo e institucional, fundado no princípio da soberania popular<sup>821</sup>.

Finalmente, com a proliferação dos centros de decisão a nível organizativo, alguns deles possuindo legitimidade democrática própria, deixa de existir uma *unidade e generalidade* do interesse público, acolhendo-se uma “pluralidade de interesses públicos”<sup>822</sup>. Aqui o “pluralismo” expressa-se também em termos decisórios, mediante a participação no procedimento administrativo de diversas estruturas da administração que tutelam interesses públicos setoriais ou através da integração de interesses públicos em diferentes órgãos de concertação e de representantes de interessados. Daqui resulta a necessidade de realizar a *articulação* e a *compatibilização* entre todos esses interesses. Isto por duas razões. Por um lado, reconhece-se a existência de interesses plurais e até conflitantes dentro de pessoas coletivas públicas, admitindo-se, inclusive, o surgimento de litígios no quadro de relações administrativas entre órgãos<sup>823</sup>. Por outro, o pluralismo de interesses públicos a prosseguir e a existência de um conjunto alargado de organizações heterogéneas têm tornado manifesta não só a insuficiência da hierarquia administrativa (até porque só opera dentro da administração direta do Estado), como também da superintendência e da tutela, quer para resolver as questões interorgânicas e intersubjetivas, quer para garantir a unidade da ação administrativa<sup>824</sup>.

Ora, se considerarmos a necessidade de compatibilização e articulação de interesses públicos diversos, facilmente compreendemos que o modelo de administração por contrato se expandiu também por força da pluralização da administração. Entre as formas de compatibilização e articulação de interesses públicos diversos, destaca-se a adoção de um *modelo orgânico ou institucional* – mediante a constituição de órgãos colegiais (de auxílio, coordenação, colaboração, decisão ou meramente consultivos) representativos das

---

<sup>821</sup> Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, cit., pp. 528-529. Assim sucede, por exemplo, no plano constitucional, com a *autonomia das autarquias locais* (artigos 6.º, n.º 1, e 235.º a 243.º da CRP) ou da *autonomia das universidades* (artigo 76.º, n.º 2, da CRP).

<sup>822</sup> Já relacionando a “pluralidade de administrações” com a diversidade de interesses a satisfazer, cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Da Justiça Administrativa em Portugal*, Lisboa, 1994, p. 567.

<sup>823</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, “A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 35, 2002, pp. 9-23.

<sup>824</sup> Nestes termos KARL-HEINZ LADEUR, *The Changing Role of the Private in Public Governance: The Erosion of Hierarchy and the Rise of a New Administrative Law of Cooperation. A Comparative Approach*, European University Institute, Firenze, 2002, refere-se a uma mudança de paradigma *da hierarquia para a cooperação*, realidade especialmente visível nas organizações em rede (*network*), nas quais os *acordos entre pessoas coletivas* assumem um papel fundamental e não tanto as relações de hierarquia. Por sua vez, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Agências Reguladoras Europeias*, Dissertação de Doutoramento em Direito Público, Ramo de Direito da União Europeia, FDUC, Policop., Coimbra, 2014, pp. 71-72, sustenta que “no contexto da colaboração em rede entre administrações nacionais e comunitária, mais do que uma mera cooperação administrativa (inteiramente) paritária, parece ressaltar uma espécie de *hierarquia enfraquecida*, de base consensual e participada.



entidades às quais estão cometidos os interesses em presença<sup>825</sup> – ou de novas pessoas coletivas – e, em alternativa ou conjugação, a adoção de um *modelo contratual*, assente na autonomia pública contratual, segundo o qual a articulação de interesses é obtida através do

---

<sup>825</sup> Como se efetiva este modelo? Por exemplo, no direito do urbanismo português, assume especial importância a *concertação de interesses* entre entidades públicas que tutelam interesses setoriais. Esta concertação de interesses constitui uma expressão do *princípio da colaboração entre vários sujeitos de direito público na elaboração dos planos urbanísticos* e apresenta-se como uma nova forma de atuação das entidades públicas no procedimento da sua formação, que consiste na procura de uma solução de consenso quanto às opções fundamentais dos planos entre todos os sujeitos de direito público que colaboram na elaboração dos mesmos. A existência de “organismos de concertação” de interesses públicos (e privados) coenvolvidos na ocupação, uso e transformação do solo resulta da necessidade de os planos traduzirem uma *harmonização* e uma *concertação* entre os diferentes interesses públicos e entre estes e os interesses dos particulares. A administração do urbanismo apresenta-se, desta forma, como uma *estrutura plural, em rede e coordenada*, pois integra no seu seio, à luz do artigo 267.º, n.º 1, CRP, órgãos cuja missão é o estabelecimento de consensos entre vários sujeitos de direito público e entre estes e os particulares. Neste sentido, destacam-se, no regime de acompanhamento dos planos de pormenor e de urbanização, a *conferência procedimental* (artigos 86.º e 87.º do RJIGT), no domínio da organização administrativa responsável pela elaboração e aprovação dos instrumentos de gestão territorial, as *comissões de acompanhamento para a elaboração dos planos diretores municipais* (artigos 83.º, 84.º e 85.º do RJIGT), as quais funcionam como verdadeiras “comissões de conciliação de interesses”, e as *comissões consultivas* para acompanhar a elaboração do PNPOT, dos Programas Especiais, dos PROT e dos PIMOT (artigos 35.º, 36.º, 49.º, 57.º, 58.º e 67.º do RJIGT).

Merece especial destaque a *conferência de serviços*, que é uma técnica, inspirada no direito italiano, que consiste na reunião das entidades interessadas na situação concreta, para promover, pelo contato direto, o diálogo e a troca de pontos de vista para uma decisão final consensual. Considerada como o instrumento príncipe da simplificação administrativa, destinado a favorecer a celeridade do procedimento e a coordenação dos diferentes interesses, a conferência de serviços (que pode ocorrer no procedimento administrativo como “*conferenza di servizi istruttoria*” ou “*conferenza di servizi decisoria*”) tem como finalidade obter da parte dos diversos sujeitos públicos interessados (e avaliá-los numa única sede) todos os elementos determinantes para a instrução e para a tomada da decisão final – cfr. ELIO CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, pp. 440-441 e 495-504; e VINCENZO CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012, pp. 335-336 e 382-385. Note-se que o novo Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, regula, com detalhe, nos artigos 77.º a 81.º, o regime geral da realização da *conferência procedimental* (designação preferível à de conferência de serviços, porque “quem conferência são os «órgãos» e não os «serviços»”). A conferência, quando tenha lugar, torna-se numa fase do procedimento administrativo, que assume grande relevo. Caracterizam-se, desde logo, no n.º 1 do artigo 77.º, dois tipos distintos de conferências procedimentais: *conferências para o exercício de competências em comum* e *conferências para o exercício conjugado de competências*. Tal caracterização é completada no n.º 3 do mesmo artigo 77.º: no caso das primeiras, uma conferência deliberativa assume-se como contexto para o exercício conjunto, através de um só ato, das competências dos órgãos participantes; nas conferências de coordenação, os diversos órgãos exercem de per si as suas competências, embora o façam de modo conjugado no contexto proporcionado pela conferência. Se se trata de conferência deliberativa, é produzido um único ato complexo, cujo conteúdo engloba os efeitos típicos dos vários atos que substitui. Se, pelo contrário, estivermos perante uma conferência de coordenação, cada um dos órgãos participantes emite formalmente no seu contexto o ato correspondente à sua competência.

O exercício em comum ou conjugado de competências de vários órgãos pode surgir em *procedimentos únicos*, em *procedimentos complexos* ou em *procedimentos conexos*. Estabelece-se, no n.º 1 do artigo 78.º, que, sem prejuízo da realização de conferências de coordenação por acordo entre os órgãos envolvidos, a possibilidade da realização de conferências procedimentais no âmbito de cada tipo de procedimento depende de previsão específica em *lei* ou *regulamento*, ou em *contrato interadministrativo* a celebrar entre entidades públicas autónomas.

contrato interadministrativo<sup>826</sup>. Neste último cenário, verifica-se que o modelo contratual tem conhecido maior impulso, já que assenta na autonomia pública das entidades administrativas (por exemplo, na relação entre os entes locais e a administração central) e configura uma forma de contrabalançar os efeitos da fragmentação administrativa<sup>827</sup>.

Em Portugal, a Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro (pontualmente alterada pela Lei n.º 25/2015, de 30 de março) – que estabelece o regime jurídico das autarquias locais, aprova o estatuto das entidades intermunicipais e o regime jurídico do associativismo autárquico – define o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais, assim como da delegação de competências do Estado nas autarquias locais e nas entidades intermunicipais e dos municípios nas entidades intermunicipais e nas freguesias, prevendo dois mecanismos de descentralização do Estado nos municípios e entidades intermunicipais: a *transferência de competências através da lei* (artigos 111.º a 115.º) e a *delegação de competências através da celebração de contratos interadministrativos* (artigos 116.º a 127.º). O regime jurídico de delegação de competências nos municípios e entidades intermunicipais no domínio de *funções sociais do Estado* (educação, saúde, segurança social e cultura), concretizada através da celebração de contratos interadministrativos, foi desenvolvido e aprofundado pelo Decreto Lei n.º 30/2015, de 12 de fevereiro. De acordo com os n.ºs 2 e 3 do artigo 2.º deste diploma legal, a contratualização da delegação de competências pode ser realizada de forma gradual e faseada, através de projetos-piloto, iniciando-se com um número limitado de municípios ou entidades intermunicipais, o qual pode ser depois eventualmente alargado conforme os resultados da avaliação da implementação daqueles projetos, sem prejuízo de ser assegurada a representatividade e a diversidade territoriais e demográficas dos projetos-piloto e de ser respeitadas a igualdade e não discriminação dos municípios interessados. O contrato interadministrativo pode prever uma matriz de repartição de responsabilidades que identifica as competências a delegar e regula a relação e níveis de intervenção das entidades públicas envolvidas na prestação de serviço público e no exercício das competências, garantindo uma articulação entre os diversos níveis da administração pública (cfr. o artigo

---

<sup>826</sup> Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011, p. 70, salientando que ambos os modelos podem ser “complementares, quer porque os órgãos colegiais ou as novas pessoas coletivas podem ser criadas por contrato (contratos institucionais), quer porque estas entidades celebram, elas próprias, contratos”. Em França, JACQUES CHEVALLIER, “Loi et Contrat dans l'Action Publique”, cit., p. 82, salienta que “a contratualização das relações entre o Estado e os entes públicos territoriais é um subproduto da descentralização administrativa [...] e colhe a sua razão de ser na necessidade de harmonizar as ações realizadas pelos diferentes níveis territoriais” (v.g., conjugação das políticas nacionais com as políticas locais, financiamento, instalação de novos serviços ou equipamentos públicos, etc.). No processo de relacionamento entre as próprias coletividades locais, o artigo L. 5111-1 do *Code Général des Collectivités Locales* dispõe que as coletividades territoriais podem concluir entre elas convenções através das quais umas põem à disposição de outras os seus serviços e meios com o fim de facilitar o exercício de competências (cfr., também, o artigo L. 5223-2 do CGCT). Ainda neste contexto, adquiriram especial relevância os *contrats de plan État-Régions*, que sobreviveram ao fim da planificação económica sob a designação de *contrats de projets* (depois de 2006), e os contratos concluídos entre os próprios serviços do Estado (para enquadrar as relações entre os serviços da administração central e os serviços desconcentrados – v.g., os *centres de responsabilité*). Para mais desenvolvimentos, cfr. OLIVIER GOHIN, “Loi et Contrat dans les Rapports entre Collectivités Publique”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n.º 17/2004, pp. 95-102.

<sup>827</sup> Cfr. JACQUES CHEVALLIER, “Loi et Contrat dans l'Action Publique”, cit., pp. 82-83.

6.º, n.º 2, do Decreto Lei n.º 30/2015). Seguindo este *modus agendi*, foram celebrados, recentemente, *contratos interadministrativos* entre o Estado e 13 municípios de delegação de competências nos domínios das referidas *funções sociais do Estado*. À negociação, celebração e execução de tais contratos é aplicável o disposto na Lei n.º 75/2013 e, subsidiariamente, o Código dos Contratos Públicos e o Código do Procedimento Administrativo.

A delegação de competências (que deve ser, tal como no caso de transferência, acompanhada dos recursos financeiros adequados) do Estado para os municípios *pela via contratual* constitui um mecanismo mais consentâneo com o *princípio constitucional da autonomia local* – porquanto, as novas competências não são impostas aos municípios, como sucede quando se opta pela via legislativa, mas consensualizadas entre os dois entes públicos territoriais contratantes. Todavia, a delegação de competências, contrariamente à transferência (artigo 114.º da Lei n.º 75/2013), não tem carácter definitivo, podendo o contrato administrativo *cessar* (caducidade, revogação ou resolução) com fundamento no artigo 123.º da Lei n.º 75/2013. Sendo assim, podemos questionar se, efetivamente, o conceito de “descentralização” é empregue em sentido técnico-jurídico pelo legislador. Isto porque a *delegação de competências através da celebração de contratos interadministrativos* é apresentada pelo legislador como uma modalidade de descentralização, sendo certo que não se verifica neste domínio qualquer transferência a título definitivo de atribuições e competências do Estado para os municípios. A descentralização surge aqui como uma espécie de “descentralização precária” que deveria ser designada, de forma mais própria, por *delegação de atribuições* entre pessoas coletivas públicas distintas através de contrato interadministrativo.

Diz-se que as relações que se estabelecem neste contexto entre as instâncias administrativas são, hoje, um aglomerado de “contratos em cascata” (*cascades of contracts*) ou uma “rede de contratos” (*contractual network*)<sup>828</sup>. Contudo, fora dos casos de autênticos contratos interadministrativos, a qualificação de determinados acordos celebrados na própria estrutura administrativa como contratos representa uma questão controvertida. Vejamos alguns desses tipos contratuais com maior detalhe.

---

<sup>828</sup> Cfr. ATHANASIOS GROMITSARIS, “Where is the Public Law Element in Public Sector Contracts?”, *The Public-private Law Divide: Potential for Transformation?*, ed. Matthias Ruffert, Dornburg Research Group on New Administrative Law, BIICL, 2009, p. 250. Também PETER VINCENT-JONES, *The New Public Contracting*, cit., pp. 125-127, se refere à fórmula *cascades of contracts* para designar o complexo ou a teia de contratos que liga a administração central quer às agências públicas, aos serviços e unidades orgânicas administrativas, quer, ainda, às empresas fornecedoras (*private commercial suppliers*) e ao setor social (*voluntary sector*). Originariamente reconhecido no setor da saúde (*National Health Service*), o sistema dos *contratos em cascata* generalizou-se às diversas áreas de atuação da administração pública, induzindo a *autonomia de gestão* e a *contratualização de resultados e metas* a atingir. E, uma vez que a implementação deste sistema pressupõe a manutenção de coordenação central e atribui aos órgãos administrativos do governo um papel decisivo na fixação de *standards*, no acompanhamento e monitorização da *performance* e na aplicação de mecanismos sancionatórios para casos de incumprimento, assim se compreendeu que, ao fim e ao cabo, “estes regimes contratuais devem ser considerados uma forma de «governança à distância» (*a form of governance at a distance*), pondo em marcha um complexo mecanismo de coordenação que combina pilotagem no nível central, com delegação de poderes na execução de responsabilidades pelas agências públicas”.

### 25.4.3.2. Contratos verticais e contratos horizontais

O desdobramento da administração em novas unidades com subjetividade jurídica criou as condições para o alargamento da aplicação do contrato no processo de relacionamento entre pessoas coletivas públicas que se colocam num mesmo nível (ditos *contratos horizontais*, por exemplo entre dois municípios), mas também entre pessoas coletivas públicas de grau diferente que se encontram colocadas numa relação jurídica de tutela ou superintendência (ditos *contratos verticais*, seja entre o Estado e um município, seja entre o Estado e uma empresa pública ou uma universidade pública)<sup>829</sup>. Como é sabido, a contratação que as entidades administrativas fazem “como um negócio dentro de casa” (a chamada contratação *in house*), junto de organismos que controlam, coloca, naturalmente, diversos problemas em sede do regime da contratação pública aplicável<sup>830</sup>.

Ora, quando em causa estão *contratos intersubjetivos*, celebrados entre órgãos de duas pessoas coletivas diferentes (v.g., entre o Estado e um município) que gozam de vontade autónoma para a estipulação contratual de efeitos jurídicos, não há dúvidas de que estamos perante autênticos contratos em sentido técnico-jurídico. Mas há quem levante dúvidas sobre o reconhecimento de verdadeiros “contratos” entre pessoas coletivas públicas diferentes, entre as quais exista uma relação *in house* – v.g., entre os municípios e as empresas municipais de capitais exclusivamente municipais – ou entre as quais exista uma relação de *tutela ou de superintendência*. Para uma parte da doutrina, tanto num caso como no outro, verifica-se a *subtração da autonomia contratual das partes*. Segundo esse entendimento, só seriam verdadeiros contratos aqueles que são celebrados entre entidades administrativas juridicamente autónomas do Estado (v.g., entre o Estado e um município). Enfatizando as especificidades de certas relações intersubjetivas, sustenta-se que a qualificação contratual também se deve excluir, por força da inexistência de uma vinculação caracteristicamente contratual, por exemplo nas hipóteses de contratos entre o Estado e os institutos públicos (entidades instrumentais)<sup>831</sup>. Nem mesmo os contratos celebrados entre o Estado e as universidades públicas assumiriam natureza contratual, posição com a qual não

---

<sup>829</sup> Sobre a distinção entre *contratos horizontais* e *contratos verticais*, cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, cit., pp. 184-188.

<sup>830</sup> Cfr. os artigos 5.º, n.º 2 (“contratação excluída da Parte II”), 6.º (“âmbito de aplicação”) e 338.º (“contratos interadministrativos”) do Código dos Contratos Públicos. Sobre esse enquadramento, cfr. BERNARDO DE AZEVEDO, “Contratação *in house*: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado”, *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, pp. 115-146.

<sup>831</sup> Cfr. JOSÉ ORTIZ MALLOL, “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas (1)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 163, 2004, p. 270, referindo que a entidade administrativa instrumental (“*entidad instrumental*”), ainda que dotada de personalidade jurídica, não goza de vontade autónoma para a produção de efeitos jurídicos quando celebra contratos com o Estado (“*entidad matriz*”).

podemos concordar, porquanto a *autonomia* das universidades – *autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira* – constitui um valor constitucional e legalmente consagrado<sup>832</sup>.

Na nossa interpretação – e, é claro, salvaguardando a análise rigorosa das indicações legais que existam nesta matéria –, as entidades integradas na administração indireta do Estado possuem personalidade jurídica e gozam, pelo menos, de autonomia administrativa (artigos 3.º e 4.º, n.ºs 2 e 3, da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 5/2012, de 17 de janeiro). Ao contrário do que sucede quando existe uma relação de hierarquia entre órgãos administrativos, dos poderes de tutela e de superintendência não deriva inexoravelmente a subtração da autonomia contratual das partes (em especial, da entidade tutelada ou superintendida), o que significa que tais relações não obstam à celebração de autênticos contratos, podendo, aqui, dizer-se que *representam um encontro de vontades de entidades diferentes*. Esse é, seguramente, o caso da celebração de contratos entre o Estado e as universidades públicas, onde se pode falar num *feixe de vontades distintas* por força da “autonomia acrescida” destas últimas.

No âmbito das relações entre o Estado e as entidades públicas empresariais no setor da saúde, cumpre tecer algumas considerações. Assim, os *contratos-programa* no setor da saúde apresentam uma fisionomia variada, porquanto são celebrados, nalguns casos, entre o Ministério da Saúde e os hospitais E.P.E. (Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de dezembro) e, noutros casos, entre os hospitais, ou os agrupamentos de centros de saúde, e as Administrações Regionais de Saúde (Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro, e Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de fevereiro). No quadro da Nova Gestão Pública, a alteração dos modelos de gestão dos estabelecimentos hospitalares foi acompanhada pela criação de um novo quadro relacional entre o Estado e os hospitais. Por via da transformação de muitas estruturas subjetivas públicas, entre as quais os hospitais, em entidades públicas empresariais e por imperativos de incremento da eficácia e da eficiência dessas estruturas públicas, assistiu-se à implementação de um modelo

---

<sup>832</sup> Para uma síntese deste problema, cfr. JEAN-PIERRE FINANCE, “Les Contrats d’Établissement dans le Domaine de l’Enseignement Supérieur”, *AJDA*, n.º 19, 05/2003, pp. 989-991; OLIVIER GOHIN, “Loi et Contrat dans les Rapports entre Collectivités Publique”, cit., pp. 95-102; e GÉRARD MARCOU, “Les contrats entre l’Etat et les collectivités territoriales, réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs”, *AJDA*, n.º 19, 05/2003, pp. 982-986. De maneira ainda mais surpreendente, dá-nos conta JACQUES CHEVALLIER, “Loi et Contrat dans l’Action Publique”, cit., p. 82, que “a técnica contratual passou a ser utilizada como *substituto dos procedimentos clássicos de controlo*, que visam assegurar a unidade do aparelho administrativo. A lógica hierárquica e vertical que informa estes procedimentos tende a ser substituída por uma lógica de *coordenação e horizontal*, que transforma as próprias relações entre o centro e a periferia”. A isto acresce o facto de a “contratualização infletir as condições de exercício da tutela que incidem sobre certos organismos públicos, como sucede com as Universidades: aqui a contratualização tende a «substituir à tutela uma forma flexível de controlo», uma «tutela inteligente» (*tend à substituer à la tutelle une forme souple de contrôle, une tutelle intelligente*). Desta forma, afirma CHEVALLIER, ob. cit., loc. cit., que “o contrato se tornou um meio privilegiado das relações entre o Estado e os entes públicos locais, com *preferência em relação à lei*”.

essencialmente contratual na relação entre Estado-hospitais públicos. O *contrato-programa externo* passou a constituir um instrumento de coordenação entre entidades públicas, tendo em vista a harmonização do exercício ou o desempenho das suas atribuições [na aceção do artigo 22.º, f), do Decreto-Lei n.º 233/2005, o contrato-programa externo constitui um “instrumento de gestão previsional”]. Como observa, LICÍNIO LOPES MARTINS, através destes contratos “é definido o regime de financiamento dos hospitais E.P.E., calculado em função dos atos efetivamente realizados, bem como os objetivos, as metas qualitativas e quantitativas das atividades programadas, os preços a praticar e os indicadores de avaliação do desempenho e de satisfação dos utentes. O objetivo essencial destes contratos é a obrigação assumida pelos hospitais E.P.E. de prestarem cuidados de saúde aos utentes do SNS, recebendo como contrapartida uma certa remuneração do Estado, a qual tem por base fundamental de cálculo os atos clínicos efetivamente realizados no âmbito da produção que é contratada em cada uma das valências (internamento, cirurgia do ambulatório, consultas externas, urgência, radioterapia, etc.)”<sup>833</sup>. Para o Autor, tais contratos-programa são *contratos administrativos*, possuindo, inclusive, *efeitos regulamentares*. Por isso, considera que “não são «puros» contratos interadministrativos, na aceção que lhe é dada pelo artigo 338.º do CCP, o que fortalece a tese da aplicação a estes contratos das disposições da Parte III do CCP”<sup>834</sup>. Já para PEDRO GONÇALVES, os contratos-programa no setor da saúde, mesmo nos casos em que são celebrados entre os hospitais, ou os agrupamentos de centros de saúde, e as Administrações Regionais de Saúde (Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro, e Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de fevereiro) configuram “contratos que articulam política e administração, porquanto, apesar de formalmente celebrados pelas ARS, os seus conteúdos são definidos e delineados pelo Ministério da Saúde”<sup>835</sup>.

### 25.4.3.3. O problema dos contratos internos

O contrato no interior da esfera administrativa veio constituir-se em *modus operandi* de grande utilidade na concretização de modelos e programas da *Nova Gestão Pública*, mais precisamente no campo da “autonomia da gestão” dos serviços e das instâncias administrativas contratadas, seja na definição de parâmetros de avaliação da gestão, seja na transferência de recursos ou de competências<sup>836</sup>. Com efeito, ao contrato foi

<sup>833</sup> “Contrato Público e Organização Administrativa”, *Estudos da Contratação Pública*, I, 2008, p. 728.

<sup>834</sup> “Contrato Público e Organização Administrativa”, cit., pp. 729-730.

<sup>835</sup> “Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da «new public governance»”, cit., p. 22, nota 50.

<sup>836</sup> Cfr. PETER VINCENT-JONES, *The New Public Contracting*, cit., pp. 19-25; A.C.L. DAVIES, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford University Press, 2001, pp. 11, 52-53 e 70; STEVEN KELMAN, “Achieving Contracting Goals and Recognizing Public”, cit., pp. 153-191; e os contributos em *Contracting in the New Public Management*, ed. FORTIN/VAN HASSEL, IOS Press, 2000. As figuras contratuais, também, conhecem aplicação no modelo austríaco e suíço da *gestão pública orientada para a ação* (*wirkungsorientierte Verwaltungsführung*), versão específica do *New Public Management* naqueles ordenamentos jurídicos. Como é sabido, o *New Public Management*, entre vários aspetos, propôs a adoção de um modelo de administração focada nos *resultados* produzidos, cujos órgãos atuam segundo critérios de economia, de eficácia e de eficiência. No tópico que nos interessa enfatizar, uma das formas de obtenção da eficiência é justamente conseguida a partir da *autonomia de gestão dos serviços administrativos*, cuja ação é avaliada não apenas com base no cumprimento formal da lei, mas sobretudo nos resultados obtidos, nos

atribuído um papel central na dinamização da autonomia dos serviços, na identificação dos recursos alocados e na fixação dos resultados que se pretende que aqueles venham a atingir. No entanto, a utilização do contrato como instrumento ao serviço da “empresarialização da administração pública” levanta uma série de problemas relacionados com a qualificação contratual de determinados *contratos de gestão*, *contratos-programa* ou *contratos de parceria* no interior do próprio setor administrativo, porquanto são partes nesses contratos órgãos e serviços da mesma pessoa coletiva, desprovidos de personalidade jurídica.

Do ponto de vista da qualidade dos sujeitos contratantes, a admissibilidade dos *contratos internos* (*internal contracts*) e dos *contratos interorgânicos*, em que as partes são órgãos ou serviços da mesma pessoa coletiva pública (por vezes, ligados por vínculos de hierarquia administrativa), é muito discutida na doutrina, sendo amplamente maioritária a posição segundo a qual os órgãos da mesma pessoa coletiva não podem celebrar entre si contratos juridicamente vinculantes, sobretudo quando exista entre eles uma relação de hierarquia administrativa<sup>837</sup>. Em regra, tais contratos-programa (ou acordos de “gestão”, de

---

objetivos alcançados e nas metas atingidas (indicadores de *performance* ou, na expressão de VINCENT-JONES, ob. cit., p. ix, “*performance indicators and targets embodied in these administrative contracts*”). Por outras palavras, os serviços são, agora, submetidos a uma “responsabilidade gestonária”, ficando expostos a determinadas consequências pelo não cumprimento das metas fixadas (STEVEN KELMAN, “Achieving Contracting Goals and Recognizing Public”, cit., p. 171). Ora, uma das formas mais eficientes de definição de objetivos e resultados a alcançar na estrutura administrativa é, justamente, a sua *contratualização*. É neste contexto que deve ser lido o ousado contributo de PETER VINCENT-JONES, *The New Public Contracting*, cit., pp. vii-xii e 19-25: para o Autor, no “coração do fenómeno da contratualização no seio da própria estrutura administrativa encontra-se um modelo distinto de governança – o *New Public Contracting* –, à luz do qual poderes e responsabilidades administrativas são devolvidos às agências públicas sob uma variedade de formas contratuais, mantendo a administração central controlos, poderes de orientação e poderes de intervenção”. Fala, por isso, VINCENT-JONES numa “*devolução de poderes centralizada*”, já que *ao centro* é o HM Treasury e o Cabinet Office que dirigem as políticas públicas e a sua monitorização por contrato. O *New Public Contracting* – que compreende os contratos administrativos, os contratos económicos e os contratos de controlo social – surge como uma base regulatória de coordenação administrativa das agências públicas, que não se esgota numa lógica managerialista (de tipo cliente/empresa de serviços), dominante desde a década de oitenta do século passado no Reino Unido. Na realidade, o *New Public Contracting* exige a boa governação da administração pública e a elevação dos padrões de qualidade dos serviços públicos (v.g., *Better Quality Services*, na administração central, e *Statutory Regime Of Best Value*, na administração local), para tanto concedendo maior “liberdade conformativa” aos gestores administrativos na otimização dos recursos. E é aqui, no interior da esfera administrativa, que o *contrato é erigido em instrumento privilegiado* no processo de relacionamento cooperativo. Assim, os “indicadores de *performance* e os objetivos estabelecidos nos contratos administrativos penetram em praticamente todos os níveis da organização administrativa e assumem tradução na devolução de responsabilidades às agências públicas”. Quer dizer, o *New Public Contracting* opera ao nível do comportamento dos agentes da administração e incrementa a *responsabilização dos gestores pelos resultados* que a agência ou o serviço administrativo se comprometeu a alcançar (na fórmula de VICENT-JONES, “*responsiveness = effectiveness + legitimacy*”) – cfr. PETER VINCENT-JONES, ob. cit., pp. viii e ix.

<sup>837</sup> Há, no entanto, quem considere – como LICÍNIO LOPES MARTINS, “Contrato Público e Organização Administrativa”, cit. p. 732 – que a existência de hierarquia administrativa não impede a celebração de verdadeiros contratos (referindo-se aos contratos-programa entre os Agrupamentos de Centros de Saúde e as Administrações Regionais de Saúde, previstos no Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de fevereiro), na medida em que o contrato “desempenha uma função substitutiva relativamente aos instrumentos tradicionais

“autonomia” ou de “objetivos”) definem as metas que certos órgãos ou serviços administrativos devem alcançar e regulam as transferências dos meios financeiros que tais órgãos ou serviços carecem para cumprir os fins públicos que lhes são atribuídos. Por aqui se vem instituindo aquilo que, na doutrina anglo-saxónica, se chamou de “sistema de governação por metas contratuais” (*government by contractual targets*)<sup>838</sup>.

Cumpra aqui notar que, na maior parte das vezes, não estarão em causa verdadeiros contratos, mas atuações informais ou, como alguma doutrina os qualifica, contratos internos<sup>839</sup> ou meros acordos interorgânicos sem eficácia jurídica vinculativa<sup>840</sup>. Na nossa interpretação, os acordos celebrados entre órgãos da mesma pessoa coletiva, em princípio, não adquirem a natureza de contratos, sempre que se conclua que tais órgãos: não gozam de personalidade jurídica, nem são sujeitos de Direito; não possuem autonomia financeira e patrimonial, não podendo responder em caso de incumprimento contratual; e se encontram integrados numa estrutura administrativa organizada hierarquicamente, não possuindo nessa medida autonomia pública contratual. Nessas hipóteses – que constituirão a maioria dos casos – em termos formais, não existe uma relação baseada em duas vontades juridicamente autónomas, nem se produz aquele encontro de vontades entre sujeitos diferentes, que é essencial à existência do conceito de contrato interadministrativo<sup>841</sup>. A *liberdade de celebração* ou a *liberdade jurídica de entrar na relação* constitui, na tradição da doutrina administrativa portuguesa<sup>842</sup>, um elemento essencial do conceito de contrato em sentido técnico, pelo que onde exista poder de direção e dever de obediência no plano interorgânico não pode medrar qualquer ideia de *autonomia da vontade* do órgão subalterno.

---

das relações intra-administrativas [...], a regulação hierárquica tradicional ou clássica é substituída pela regulação contratual. Onde existir contrato (e enquanto existir) cessa (ou suspende-se) a hierarquia”.

<sup>838</sup> Cfr. PETER VINCENT-JONES, *The New Public Contracting*, cit., p. ix; e STEVEN KELMAN, “Achieving Contracting Goals and Recognizing Public”, cit., p. 158.

<sup>839</sup> Cfr. PETER VINCENT-JONES, *The New Public Contracting*, cit., pp. 276, 296-298 e 331-332; e A.C.L. DAVIES, *The Public Law of Government Contracts*, cit., pp. 13-16.

<sup>840</sup> Cfr. LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 17.

<sup>841</sup> Duvidando da “contratualidade” dos acordos internos, cfr. JACQUES CHEVALLIER, “Loi et Contrat dans l'Action Publique”, cit., p. 83; A.S. MESCHÉRIAKOFF, “Ordre intérieur administratif et contrat”, *RFD Adm.*, 1997, p. 1130; e, entre nós, PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., pp. 141-142. No direito inglês vigora, por princípio, no âmbito dos *government contracts*, a distinção entre “contratos públicos externos vinculantes” (*external contracts enforceable at private law*) e “contratos internos não vinculantes” (*non-enforceable internal contracts*) – sobre o tema, cfr. PETER VINCENT-JONES, *The New Public Contracting*, cit., pp. vii e 296-298. Já ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, cit., pp. 178-183, ressaltando os casos em que existe relação de hierarquia administrativa e não é possível falar de contrato, assinala que, dentro da pessoa coletiva Estado, existem órgãos e serviços com diferentes graus de autonomia, que podem celebrar verdadeiros contratos e responder em sede de responsabilidade contratual.

<sup>842</sup> Assim, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, cit., p. 573: “a liberdade jurídica de entrar em relação é, pois, essencial no conceito de contrato”.



#### 25.4.4. Contrato e políticas horizontais de contratação pública

##### 25.4.4.1. Políticas de fomento económico e social

O Estado Administrativo incumbiu-se de assegurar no espaço social uma função de *dinamização* da ordem económica e social para a implementação de *políticas públicas* definidas legislativamente. Essa função de dinamização da ordem económica e social assume uma projeção particular ao nível das funções públicas de *ativação* e de *fomento*, diretamente relacionadas com a implementação de políticas públicas, num contexto em que a administração não pode prescindir do “diálogo” e da “concertação” com operadores privados e outras organizações económicas e sociais<sup>843</sup>.

Hodiernamente, a intervenção na realidade económica e social caracteriza-se como um *estado de mobilidade constante* e exige uma *adaptação permanente*, cenário que não se compadece com a rigidez e a morosidade tradicionalmente inerentes ao exercício de tarefas de comando e controlo. Se ao poder legislativo caberá definir os vetores estruturais das *políticas públicas*, ao poder administrativo caberá o desenvolvimento dos aspetos relacionados com os vetores conjunturais das mesmas. Daí a administração pública se encontrar numa posição privilegiada não tanto como poder executivo dos comandos legislativos, mas para utilizar o seu *poder de direção* sobre o sistema social ao serviço da implementação e execução de políticas públicas.

Esta função administrativa não pode passar apenas por uma *ação normativa*, de fixação à distância das regras do jogo, na medida em que há, depois, um “nível intermédio”, caracterizado pelo *diálogo*, pelo *compromisso* e pela *racionalização de soluções para o futuro* de que a administração tem de ser incumbida para pôr em prática os objetivos que visam as políticas públicas alcançar. O conteúdo da atividade administrativa de fomento e de ativação é assim determinado principalmente com apelo a figuras de ordem contratual, devendo reconhecer-se a especial posição em que a administração se encontra para ponderar as constelações de interesses públicos e privados e estabelecer compromissos diversos e convergentes. Assim, a utilização do *contrato* impôs-se como instrumento ao serviço da concretização de políticas públicas, falando-se, inclusive, numa tendência global de “contratualização das políticas públicas”<sup>844</sup>.

---

<sup>843</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, *Transformación del Procedimiento Administrativo*, cit., p. 41.

<sup>844</sup> Assim, LUIGI BOBBIO, “Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana”, *Stato e Mercato*, n.º 58, aprile (2000), pp. 111-141, “La contractualisation des politiques publiques”, Pfister/Crivelli/ Rey (a cura di), *Finances et territoires. Leur place dans la prise de décision publique*, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, Lausanne, 1999, pp. 75-88, e “La Concertazione Diffusa nelle Politiche Pattizie”, *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 5, n.º 3 (2004), pp. 71-78,

Neste ensejo, a valorização da instituição contratual opera no campo das *políticas públicas de fomento* e das *políticas públicas de ativação*. Em ambos os casos, o contrato é utilizado como um *instrumento ou ferramenta* ao serviço da realização de políticas públicas e traduzir-se-á num acordo celebrado entre entidades administrativas e particulares sobre a concretização dos objetivos politicamente definidos. Em geral, o emprego da instituição contratual para se proceder à implementação gradual de políticas de fomento e de ativação traçadas pelo Estado não tem nada de surpreendente se tivermos presente que vivemos um tempo marcado pela disseminação da cultura do contrato e do consenso na atuação das entidades administrativas<sup>845</sup>. Mas o inverso deste fenómeno pode igualmente suceder: o contrato público (e uma determinada modelagem contratual pública) pode ser escolhido em sede de *formulação de uma “utilização estratégia”* como base para dinamizar políticas públicas, por via da introdução de *inovação tecnológica* no mercado, detida e sob o domínio da propriedade intelectual do Estado. O contrato assume-se aqui como elemento de uma *estratégia político-administrativa*, que permite gerar *inovação* e produzir resultados “apetecíveis” para o mercado.

Assim sendo, interessa observar, *hic et nunc*, o modo como o contrato público surgiu associado, primeiramente, à atividade administrativa de implementação de *políticas públicas de fomento* e, mais recentemente, à implementação de políticas públicas de *ativação*. O *fomento* consubstancia uma ação *positiva* do Estado que se traduz num conjunto de medidas de apoio e de estímulo a atividades independentes do setor privado e do setor cooperativo, cuja prossecução é reconhecida como coincidente, em alguma medida, com fins de interesse geral. A concretização da atividade de fomento público pressupõe o consenso ou o acordo de vontades dos atores privados, ou seja, o fomento público está na “*disponibilidade da ação do Estado, mas não é uma função estatal de carácter impositivo, dependendo do consenso dos beneficiários, e não da compulsão sobre eles exercida*”<sup>846</sup>. A atividade de fomento visa promover o desenvolvimento integrado da comunidade e dirige-

---

referindo que o arranque do século XXI trouxe consigo uma tendência global de “*contratualização das políticas públicas*”.

<sup>845</sup> Cfr. R. DENOIX DE SAINT-MARC, “La Question de l’Administration Contractuelle”, *AJDA*, n.º 19, 2003, p. 971.

<sup>846</sup> Cfr. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte geral e Parte especial*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 578, dedicando especial atenção à temática do fomento público, que desdobra em *fomento público económico, fomento público social e fomento público institucional* (cfr. pp. 577-612). Cfr., também, MARTÍN BASSOLS COMA, “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la administración de los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, *Revista de Administración Pública*, n.º 82, Madrid, 1977, pp. 61-111; e L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, Ariel, 2003, pp. 671-679.

se a vários quadrantes económicos e sociais, abrangendo designadamente medidas de fomento da economia, da ciência e investigação, da cultura, do desporto, etc..

O *fomento económico* ocupa um lugar privilegiado na atividade pública, encontrando-se amplamente consagrado na “constituição económica” dos Estados<sup>847</sup>. Esse modo de atuação dos poderes públicos que se traduz na adoção de medidas de *incitamento* ou *encorajamento* da atividade económica privada, através da realização de prestações que ampliam os direitos dos seus destinatários (v.g., concessão de subvenções, de crédito bonificado, de benefícios fiscais) está funcionalmente comprometido com a realização de uma política económica geral ou setorial (crescimento económico, redução do desemprego, aumento da produtividade, incremento das exportações, etc.) e com a necessidade de vincular os operadores económicos à adoção de comportamentos precisos e determinados em contrapartida de benefícios múltiplos e específicos. Neste domínio, o *contrato é o veículo que permite por em marcha a atribuição* de um conjunto de incentivos ou apoios proporcionados pela administração, com fins de fomento ou de intervenção económica.

No pós II Guerra Mundial, o fomento económico como que se institucionalizou nas formas da “economia concertada e contratual” (*economic and social partnership; économie concertée*), envolvendo a negociação de compromissos entre os parceiros sociais e o governo relativamente à adoção, implementação e execução de medidas de natureza económica e social, em especial no domínio da legislação laboral, das políticas económicas e de rendimentos e preços. No contexto de um regime económico de pendor intervencionista, o florescimento de uma “administração concertada”<sup>848</sup> e o incremento do “contratualismo económico”<sup>849</sup> explicam-se pela necessidade de pôr em marcha os programas e as grandes linhas do planeamento económico e promover a participação e o envolvimento dos agentes económicos na realização de uma política económica global ou setorial<sup>850</sup>.

---

<sup>847</sup> Entre nós, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vols. I e II, cit., em especial as anotações aos artigos 63.º, n.º 5 (IPSS), 65.º, n.º 2, d) (*cooperativas de habitação*), 85.º, n.ºs 1 e 2 (*cooperativas em geral*) e n.º 3 (*formas de autogestão*), 86.º, n.º 1 (*Pequenas e Médias Empresas*), 97.º (*auxílios de Estado em matéria de política agrícola*) e 100.º (*apoios públicos em matéria de política industrial*); e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Direito Administrativo da Economia*, Vol. I, Coimbra, 2014, pp. 233-239.

<sup>848</sup> Cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, “L’Administration Concertée”, *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 407-424.

<sup>849</sup> Cfr. M. VASSEUR, “Un Nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l’économie concertée et contractuelle”, *Revue trimestrielle de Droit Civil* (1964), pp. 5-48 (pp. 5-6).

<sup>850</sup> As ideias de administração concertada e de concertação económica e social adquiriram extraordinária projeção em França, país marcado pela forte centralização administrativa e pela grande importância da intervenção do Estado na vida económica. Distanciando-se da concertação económica que ocorreu nos países de Leste da Europa, nas economias de mercado, a utilização de formas convencionais para a execução do *planeamento económico* era, desde logo, explicada pela estrutura liberal da economia e pela

necessidade de obter o acordo ou compromisso dos agentes económicos em setores de atividade em que a administração não estava dotada de poderes de autoridade ou o exercício dos mesmos não se revelava eficaz. Quer dizer, fosse no âmbito das atuações de polícia, fosse no âmbito da atividade de fomento era necessário promover a participação dos agentes económicos na execução de medidas administrativas por forma ao poder público influir sobre os cálculos e as decisões que aqueles tomassem na ação económica. Foi concretamente no âmbito do *planeamento económico* que se assistiu ao rápido desenvolvimento de diversas formas contratuais, que passavam designadamente pela concessão de auxílios para o financiamento de programas de investimento, de investigação e de produção ou, ainda, pela definição convencional dos preços. Constituindo um sinal evidente da transformação verificada no modo de ser das funções estaduais, o *plano económico* tornou-se num instrumento essencial de *programação, coordenação e apoio* ao desenvolvimento económico e social. Entendido como o ato ou conjunto de atos jurídicos por meio dos quais o Estado define e hierarquiza para determinado período os grandes objetivos da política económico-social e as ações ou meios da sua implementação, o *plano económico* conheceu um forte impulso nos anos sessenta do século passado, assistindo-se a uma certa “euforia planificadora” (*Planungseuphorie*) na ação pública, vaticínio já prenunciado logo em 1959 na obra de FRANÇOIS BLOCH-LAINÉ, *A la Recherche d'une «Économie Concertée»*, Paris, 1964 (1959). Sobre o conceito e natureza jurídica do plano económico, cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE/PIERRE DELVOLVÉ, *Droit Public Économique*, cit., pp. 426-440; P. M. GAUDEMET, “La planification économique et les transformations du Droit Public français”, *Mélanges G. Van der Meersch*, V. III, 1974, p. 493; A. SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 1982-1983, pp. 310-315; A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às Formas de Concertação Social”, cit., pp. 37-40; F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, I, Coimbra, 2008, pp. 346-363; M. AFONSO VAZ, *Direito Económico – A Ordem Económica Portuguesa*, Coimbra, 1994, pp. 339-350; C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Económico*, II, policop., Lisboa, 1979, pp. 605-626; L. S. CABRAL DE MONCADA, *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação*, Coimbra, 2012, pp. 185-218, e *A Problemática Jurídica do Planeamento Económico*, Coimbra, 1985, pp. 149-220.

Na generalidade dos Estados europeus de economia de mercado, pluralistas e pluriclassistas, a elaboração e concretização do plano configuram formas de “administração concertada”. Desde logo, no que tange à *formação*, a elaboração do plano compete, quase sempre, a conselhos compostos por representantes do Estado e por sujeitos das organizações representativas de interesses profissionais e setoriais, nascendo a lei parlamentar de aprovação do plano de uma prévia “concertação social”. Depois, na fase de *implementação*, sendo o plano meramente indicativo e indiciativo e não possuindo vinculatividade jurídica para terceiros, a sua eficácia prática carece da participação dos agentes económicos na execução das medidas previstas no plano. A forma como se irão persuadir os agentes económicos a tomarem as suas decisões no sentido pretendido pelo poder público justifica a atração do contrato para a esfera económica. Eis aí, em linhas gerais, a razão de ser do fenómeno da contratualização da atividade económica no período considerado. Para lograr “persuadir”, “incitar” ou “convocar” os agentes económicos privados para a órbita da execução das medidas do plano, os *contrats de plan* foram usados em França logo no âmbito da execução do plano intercalar de 1961/1962. Através de tais *convénios* ou *quasi-contrats* (a sua natureza jurídica era vivamente discutida), que foram conhecendo uma utilização crescente durante o “fulgor” da planificação económica, o Estado concedia-lhes subvenções, estímulos ou benefícios como contrapartida de aceitarem adequar as suas atuações aos objetivos do plano (cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE/PIERRE DELVOLVÉ, *Droit Public Économique*, Paris, 1986, pp. 474-480, referindo que o conteúdo acordado variava, mas tipicamente incluía as especificações técnico-económicas, o escalonamento dos períodos e fases de execução, os benefícios concedidos pelo Estado, a identificação das fontes e recursos de financiamento e as obrigações assumidas pelos operadores económicos). Para mais desenvolvimentos sobre a evolução da utilização da técnica contratual no domínio da planificação económica francesa, cfr. LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., pp. 50-56.

Nesta matéria, a experiência portuguesa seguiu de perto a congénere francesa. Também entre nós, é com base nos *planos económicos* que os poderes públicos analisam as probabilidades da evolução económica, definem as orientações desta evolução e incitam os agentes económicos a observá-las. Contudo, a instabilidade social e empresarial do período fundador da democracia portuguesa justificaram, em larga medida, o atraso e a menor intensidade da intervenção das ideias de concertação económica e social quando comparadas com o que sucedeu em França (cfr. E. PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, Lisboa, 2001, pp. 343-344). Ainda assim, sobretudo nas décadas de oitenta e noventa, floresceram diversas *formas de concertação económica e social*, de resto, em harmonia com os preceitos constitucionais vigentes. O mesmo se pode dizer no que respeita ao

Mais recentemente, as medidas de estímulo e fomento económico deixaram de estar tão dependentes da figura jurídica do plano económico<sup>851</sup>. Para além de serem concretizadas na forma de *contrato económico*, as medidas de *fomento* de carácter geral ou setorial incluem, igualmente, um conjunto diversificado de instrumentos regulados por lei e postos à disposição dos operadores económicos que preencham os requisitos de candidatura

---

*contratualismo económico*, proliferando *contratos de programação* que, em contrapartida da atribuição de benefícios, visavam vincular os particulares à adoção de comportamentos precisos e determinados conformes à realização de uma política económica (global ou setorial). Ora, a designação genérica de *contratos económicos*, conceito de origem francesa, abrangia uma diversidade de figuras que, sendo expressão concreta da natureza *mista* do direito económico, nem sempre correspondiam a verdadeiros contratos (e, dentro destes, a contratos administrativos), podendo estar aí em causa atos unilaterais precedidos de procedimentos negociais ou sujeitos a cláusulas acessórias, simples declarações de intenção ou contratos de direito privado. Daí fazer sentido neste campo falar em “contratualismo económico” e, no quadro deste último, autonomizar apenas os contratos administrativos que o Estado Administrativo celebra no âmbito da sua intervenção económica, isto é, no conjunto de atuações de polícia e de fomento destinadas a condicionar os cálculos e decisões económicas dos agentes do setor privado e do setor cooperativo – cfr. C. A. MOTA PINTO, “Direito Económico Português – Desenvolvimentos Recentes”, *BFDUC*, Vol. LVII, Coimbra, 1981, pp. 137-140 e 160-163. Neste sentido, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 422-423 e 775, entende os *contratos económicos* como *contratos de atribuição* que têm como *causa função* atribuir uma certa vantagem ao cocontratante da administração, celebrados com fins de *intervenção económica*. E, neste domínio, é comum distinguirem-se os *contratos-programa* dos *contratos de desenvolvimento económico*. Os primeiros são celebrados no âmbito da cooperação técnica e financeira entre a administração, o(s) município(s) e a(s) empresa(s) concessionária(s) para a execução de projetos de investimento nas áreas do saneamento básico, ambiente, infraestruturas, cultura, ensino, etc. Os segundos são celebrados entre o Estado e uma ou mais empresas, mediante as quais aquele se compromete a fornecer estímulos e auxílios de vária ordem, tendo como contrapartida, por parte das empresas privadas, iniciativas de organização e investimento, que se enquadram na linha da política de desenvolvimento nacional ou regional definidas para os diversos domínios de atividade.

Até à revisão constitucional de 1982, a nossa Constituição, para além de prever o Conselho Nacional do Plano (substituído pelo Conselho Económico e Social com a revisão de 1989) estabelecia nos artigos 91.º, n.º 1, e 92.º, n.º 1, que “a organização económica e social do país é orientada, coordenada e disciplinada pelo Plano”, o qual é “imperativo para o setor público estadual e é obrigatório, por força de contratos-programa, para outras atividades de interesse público”. Essa referência expressa aos *contratos-programa para o desenvolvimento do plano* desapareceria do texto constitucional, mas vários *contratos económicos* – alguns ligados à execução do plano, outros à margem do mesmo – passaram a ser objeto de regulamentação específica, como por exemplo, os *contratos-programa celebrados entre o Estado e as autarquias locais*, os *contratos de investimento estrangeiro*, os *contratos de investimentos em projetos estruturantes* e os *contratos no âmbito de programas de apoio à internacionalização*. Sendo o fomento económico uma atribuição constitucional do Estado, não é de estranhar a existência de administração indireta neste domínio – é o que sucede com a AICEP, E.P.E., *Agência para o Investimento e Comércio Externo de Portugal*, que é uma entidade pública empresarial, constituída pelo Decreto-Lei n.º 229/2012, de 26 de outubro, tendo, desde logo, com fins a internacionalização da economia portuguesa e competência para celebrar contratos económicos de investimento. Uma última nota apenas para referir que as políticas de fomento económico estão hoje vinculadas à observância da sua compatibilidade com as *regras de direito europeu*. Em particular, os designados *auxílios de Estado* colocam vários problemas de compatibilidade com o direito europeu da concorrência. Uma vez que tais auxílios implicam transferir rendimentos ou isentar de encargos certos particulares, podem *restringir* ou *falsear a concorrência* e, nessa medida, significar favorecimentos ilícitos à luz do artigo 107.º do TFUE.

<sup>851</sup> Ainda assim, segundo CARLOS DOS SANTOS/EDUARDA GONÇALVES/LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, Coimbra, 2011, p. 204, a supressão da referência no nosso texto constitucional aos *contratos-programa de execução do plano* “não significa, porém, a sua abolição da prática do Estado, que a eles recorre nas suas relações com as empresas públicas e privadas”.

fixados na lei<sup>852</sup>. Aqui o procedimento administrativo não desemboca numa forma contratual, mas numa forma unilateral, já que tem como finalidade a verificação (e cumprimento) de requisitos legais pelos beneficiários.

No domínio do “direito económico fiscal”<sup>853</sup> – cuja disciplina jurídica se rege mais pela constituição económica e onde se regista uma menor *intensidade* do princípio da legalidade fiscal (da reserva parlamentar) na determinação das relações jurídicas –, o contrato administrativo pode ser utilizado visando a consecução de determinados resultados económicos ou sociais e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas. Neste contexto, são admissíveis *contratos fiscais* [artigo 37.º da Lei Geral Tributária (LGT)<sup>854</sup>] que têm por objeto o se e/ou o quanto da incidência do imposto, em que intervêm, de um lado, o titular do poder tributário ou, por delegação sua, a administração fiscal e, de outro lado, o contribuinte e se concretizam, sobretudo, na atribuição de benefícios fiscais (incentivos ou estímulos fiscais)<sup>855</sup>. Exemplo típico são os *contratos de concessão de benefícios fiscais*, com contrapartidas sociais e económicas, no âmbito de contratos de investimento estrangeiro e de apoio ao investimento, que têm a sua disciplina substantiva desenhada nos artigos 41.º do EBF<sup>856</sup>.

---

<sup>852</sup> Por essa razão, há quem os designe por *atos-condição* ou *atos-mistos*, na medida em que as empresas, em muitos casos, se limitam a desencadear a aplicação de uma medida previamente definida na lei. Convém assinalar que essas medidas de *fomento económico* se traduzem em estímulos ou prestações da administração pública em favor do desenvolvimento de certas atividades privadas, cujo exercício se enquadra nos objetivos da política económica ou pode traduzir melhores níveis de satisfação de interesses de ordem geral. Atualmente, estas medidas vêm sendo adotadas e postas em marcha pelo Estado e administração pública nacionais, apoiados em fundos nacionais e europeus, e pela própria administração económica da União Europeia. Seguindo de perto E. PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, cit., pp. 330-334, as ajudas financeiras podem revestir diversas modalidades, agrupando-se fundamentalmente em dois grandes tipos: *subvenções financeiras* e *subvenções fiscais*. Nas subvenções financeiras distinguem-se três modalidades fundamentais: *entregas diretas de verbas*, *renúncia a créditos* e *utilização de mecanismos de crédito*. Por seu turno, as *subvenções fiscais* traduzem, genericamente, uma transferência de fundos através da abstenção de tributar, podendo consistir em *desagravamentos fiscais*, *reduções fiscais*, *créditos de imposto*, *taxas liberatórias* e *desagravamentos especiais da taxa*. No que concerne à atribuição de *subvenções*, de *subsídios* ou de *apoios financeiros*, o Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de agosto, sobre o regime jurídico aplicável à concessão de subvenções públicas, não determina como regra geral a necessária abertura de *procedimentos administrativos de seleção concorrencial*, apenas submetendo as referidas matérias aos princípios gerais da atividade administrativa e aos imperativos de transparência e publicidade (veja-se o artigo 4.º da Lei n.º 64/2013 de 27 de agosto de 2013, que alterou o Decreto-Lei n.º 167/2008). Contudo, isso não significa que não seja possível, por meio de regimes especiais, estabelecer procedimentos adjudicatórios de seleção concorrencial de candidatos/beneficiários das subvenções públicas (*infra*, 50.).

<sup>853</sup> Cfr. CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, Coimbra, 2009, pp. 428-432.

<sup>854</sup> Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, cuja última alteração consta da Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro.

<sup>855</sup> Assim, CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., p. 204.

<sup>856</sup> *Estatuto dos Benefícios Fiscais*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de julho, na redação do do Decreto-Lei n.º 108/2008, de 26 de junho, cuja última alteração consta do Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro.

Trata-se de contratos relativos à concessão a benefícios fiscais que, nuns casos, se integram em *contratos de investimento* respeitantes a projetos de investimento nos termos do artigo 41.º, n.º 1, do EBF e, noutros casos, se inserem em contratos de investimento respeitantes a projetos de investimento direto de empresas portuguesas no estrangeiro, de acordo com o disposto no artigo 41.º, n.ºs 4 e 5, do EBF. Estamos, assim, perante contratos fiscais que intervêm em *domínios discricionários* de atuação da administração, a qual goza de uma considerável margem liberdade na concessão desses benefícios em que a extrafiscalidade se concretiza (conquanto respeite o princípio da proporcionalidade e a proibição de arbítrio)<sup>857</sup>. Note-se que o *regime de benefícios fiscais contratuais ao investimento produtivo* encontra-se, atualmente, regulado no Decreto-Lei n.º 162/2014, de 31 de outubro, que aprovou o *Código Fiscal do Investimento* [cfr., especialmente, os artigos 1.º, n.º 1, *a*), e 16.º].

Para além da “constituição económica”, ainda ao nível das políticas públicas de fomento, o *contrato* penetrou, também, no âmbito da chamada “constituição social” (ou sócio-cultural). Efetivamente, também nas atividades de caráter social a *instituição contratual* tem vindo a evoluir no sentido da sua utilização como *veículo de colaboração e/ou cooperação entre atores públicos e privados para a realização da socialidade*. A concretização dos direitos sociais (desde logo dos direitos económicos, sociais e culturais previstos na CRP), geralmente efetuada com base na lei e em regulamentos administrativos, não dispensa a colaboração entre entidades públicas e *entidades particulares do setor social ou do terceiro setor*, designadamente instituições particulares de solidariedade social, associações de interesse público e organizações sociais sem fins lucrativos. O contrato passou a constituir um instrumento de cooperação e de ligação do Estado à sociedade na *partilha de responsabilidades* em áreas sociais, optando o Estado por integrar os privados nas “redes de prestação de serviços”.

Através da instituição de um *sistema de cooperação* (relações com a administração não meramente pontuais ou ocasionais, mas caracterizadas pela continuidade, permanência e estabilidade no tempo), tais entidades participam na execução de tarefas administrativas, seja por *delegação direta* da administração, seja por *acordos de vinculação ao sistema*

---

<sup>857</sup> São de destacar os incentivos ou estímulos fiscais, em que o Estado, em troca da concessão de determinados benefícios fiscais, obtém das empresas compromissos relativamente a níveis de produção a atingir, a investimentos a realizar, a postos de trabalho a criar, à diminuição dos níveis de emissões poluentes, etc.. Ora, é relativamente a estes benefícios fiscais que a administração tributária não pode deixar de gozar de uma razoável margem de livre decisão, que seja adequada aos doseamento a que deve proceder em função, designadamente das contrapartidas assumidas pelas empresas ou do montante de receita fiscal que é previsível vir a perder – cfr. CASALTA NABAIS, *Contratos Fiscais*, cit., pp. 123-130 e 165-172, e “Investimento Estrangeiro e Contratos Fiscais”, *Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra, 2005, pp. 407-422.

*público de ação social*, recebem apoios financeiros e técnicos e são, por vezes, investidas de poderes de autoridade. Daí alguma doutrina designar este movimento do *terceiro setor* ou *setor de utilidade pública* como “subsetor da «propriedade solidária»”<sup>858</sup>, “economia social”<sup>859</sup> ou “terceirização da ação social”<sup>860</sup>, termos que traduzem a especial participação de determinadas organizações do setor privado não lucrativo na execução de tarefas públicas, designadamente nos domínios da educação, de assistência social e saúde, sendo o quadro regulador dessa participação moldado através de instrumentos de cooperação celebrados entre a administração e aquelas organizações, o que justifica a autonomização dos *contratos de cooperação entre a administração e as organizações do setor privado não lucrativo*. Como sublinha LICÍNIO LOPES MARTINS, a cooperação entre a administração e as organizações do terceiro setor explica-se porque “a administração fomenta, estimula e financia a atividade daquelas instituições, delegando-lhe simultaneamente a execução das suas próprias tarefas; por sua vez, as instituições, através da cooperação, realizam os seus próprios fins, os quais são comuns ou coincidentes com os prosseguidos pela administração”<sup>861</sup>. O recurso à contratualização entre atores públicos e privados representa o

---

<sup>858</sup> Cfr. CASALTA NABAIS, “Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania”, *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 142.

<sup>859</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, cit., p. 33.

<sup>860</sup> Cfr. LICÍNIO LOPES MARTINS, *Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra, 2009, pp. 209-277 e 522.

<sup>861</sup> *Instituições Particulares de Solidariedade Social*, cit., p. 522. Neste modelo de cooperação entre o Estado e as IPSS, as quais assumem cada vez maior protagonismo na prestação de serviços de ação social, os *acordos de gestão* e os *acordos de cooperação* têm vindo a constituir instrumentos jurídicos por meio dos quais a administração confia nestas instituições a execução de tarefas sociais. As IPSS podem encarregar-se, mediante acordos, da gestão de instalações e equipamentos pertencentes ao Estado ou às autarquias locais (artigo 4.º, n.º 4, do Estatuto das IPSS, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro). No caso específico dos *acordos de cooperação* e dos *acordos de gestão* entre o Estado e as IPSS, regulados pelo Despacho Normativo n.º 72/92 (*D.R.*, n.º 116, I Série-B, de 25/05/92), alterado pelo Despacho Normativo n.º 31/2000, de 31 de julho (*D.R.*, n.º 175, I Série-B), para LICÍNIO LOPES MARTINS, *Instituições Particulares de Solidariedade Social*, cit., pp. 364-372, em causa estão autênticos *contratos administrativos*, possuindo os acordos de cooperação *efeitos regulamentares*. Por meio destes contratos administrativos, a administração pública delega nas IPSS a gestão de estabelecimentos, a execução de tarefas da sua direta responsabilidade e associa-as também à execução das suas próprias tarefas, apoiando, ainda, financeiramente, a atividade assim desenvolvida. Por essa razão, as atividades realizadas por estas instituições encontram-se, entre nós, sujeitas a fiscalização sucessiva do Tribunal de Contas.

No domínio da educação, cfr. os artigos 56.º a 59.º do Decreto-Lei n.º 75/2008, de 22 de abril, relativos aos *contratos de autonomia no setor da educação*. Sobre estes *contratos de autonomia*, cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “Governo das escolas públicas”, *O Governo da Administração Pública*, cit., pp. 60-78. Sobre os *contratos de associação entre o Ministério da Educação e os Estabelecimentos Particulares e Cooperativos de Ensino*, cfr. o estudo de MARIA JOÃO ESTORNINHO/ALEXANDRA LEITÃO, “Contratos de associação entre o Ministério da Educação e os estabelecimentos particulares e cooperativos de ensino”, *Revista de Contratos Públicos (CEDIPRE)* n.º 5, 2012, pp. 5-46. Finalmente, sobre os *contratos de associação* e de *financiamento* no quadro do apoio do Estado aos *estabelecimentos do ensino particular e cooperativo* e o problema da renegociação dos contratos celebrados entre o Ministério da Educação e diversas escolas deste sector (Decreto-Lei n.º 138-C/2010, de 28 de Dezembro e pela Portaria N.º 1324-A/2010, de 29 de dezembro), cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Contratos de associação e financiamento: nótula sobre o novo



reconhecimento da importância que tais organizações assumem para a realização das políticas públicas na área social.

A fórmula contratual não constitui apenas um *instrumento normal* de gestão de atividades nos setores da saúde, educação e ação social típicas do Estado Administrativo contemporâneo. Na verdade, a “contratualização de incentivos” representa o quadro jurídico estruturante e regulador das relações que se processam entre a *administração prestadora* e os *beneficiários de subvenções e auxílios públicos*, quer estes sejam empresas ou sujeitos individuais (*contrat d'aide aux personnes privées*, *Subventionsvertrag* ou *contrato de subvenção*). Trata-se, como dissemos, de *contratos de atribuição*, nos quais as entidades públicas se posicionam como *fornecedoras* de prestações pecuniárias ou de apoios financeiros, no quadro de atividades privadas de utilidade ou interesse social<sup>862</sup>.

#### **25.4.4.2. Função de direção, condução ou pilotagem e políticas de ativação**

Atualmente, as políticas públicas ultrapassam em larga escala as simples medidas de “fomento”, de “auxílio” e de “apoios” a atividades privadas, transmutando-se em novas formas de “ativação” e veículos de “incitamento” a condutas dos particulares. É certo que o Estado se continua a afirmar como agente transformador da realidade social, mas essa transformação é, hodiernamente, operada sobretudo quando este assume um *papel de indutor de políticas públicas de ativação*. As políticas públicas de ativação prescindem das figuras clássicas do planeamento económico e dos regimes de auxílios de Estado, dirigindo-se à “comunidade de cidadãos ativos” e à sua interação (comportamental) com o poder público<sup>863</sup>. É, nesta justa medida, que as políticas de ativação têm vindo a alcançar *eficácia* sob a ótica dos resultados obtidos, convocando o setor privado para a prossecução de objetivos públicos. Por essa razão, o tópico da “ativação” encontra-se na ordem do dia.

Cumpra aqui notar que o Estado Regulador e Ativador incumbiu-se de assegurar no espaço social uma “*função de direção, condução ou pilotagem*”. Recorrendo à ciência alemã, por esta ter colocado em evidência as vantagens que decorrem da *Neue Steuerung*, a referida formulação, em regra, pretende exprimir a necessidade de interação por parte das

---

regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 138-C/2010, de 28 de Dezembro e pela Portaria n.º 1324-A/2010, de 29 de Dezembro”, *Sep. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 86 (2010)*, pp. 611-620. No direito alemão, sobre os contratos concluídos pelos organismos públicos de segurança social para o fornecimento de prestações sociais, nomeadamente pelas caixas/entidades públicas de seguros e assistência na doença, cfr. PETER AXER, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, cit., pp. 52-95.

<sup>862</sup> Cfr. HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, cit., pp. 176-177.

<sup>863</sup> Cfr. BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat*, cit., p. 15.

entidades administrativas com o sistema social, através de ações que visam “coordenar”, “influenciar”, “orientar” e “ativar” condutas e ações privadas, para além da estrita execução da lei<sup>864</sup>. Elevada a esquema ordenador da nova dogmática do direito administrativo, a *função de direção* traduz a capacidade de pilotagem ou de condução de sistemas complexos<sup>865</sup>. Neste ponto, os signatários da “*Neue Verwaltungswissenschaft*” advogam, essencialmente, a necessidade de complementar o método jurídico (*juristische Methodenlehre*<sup>866</sup>) por outro mais *aberto* e *interdisciplinar* (v.g., receção de figuras da ciência económica, da ciência política, da teoria da organização, etc.), em que o direito administrativo é entendido como “ciência de direção (*Steuerungswissenschaft*), que guia eficazmente os processos sociais”<sup>867</sup>. Abraçando outros instrumentos e lógicas de atuação bem para além das tradicionais formas do agir administrativo (*Handlungsformenlehre*), a administração moderna não é apenas aquela que comanda, mas também a que *informa, influencia, incentiva e fomenta*.

Nessa medida, na formulação de ANDREAS VOßKUHLE e de HOFFMANN-RIEM, a ideia de *Steuerung* envolve a condução de sistemas políticos e sociais complexos com policentralidade, em que cooperam e intervêm, a vários níveis, diversas entidades (“entidades públicas, empresas, mercados, agências, organizações sociais, cidadãos interessados”), apelando não apenas a *standards* de legalidade, mas também a princípios de otimização, de cooperação, de eficácia e de aceitabilidade das decisões, num diálogo que se pretende, fundamentalmente, aberto e multidisciplinar, englobando as ciências sociais, a ciência política e a ciência económica<sup>868</sup>. Cultiva-se, assim, uma *atitude transdisciplinar*, procurando apoios para o conhecimento e a compreensão do direito da administração

---

<sup>864</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, cit., p. 41.

<sup>865</sup> Cfr. ANDREAS VOßKUHLE, “Neue Verwaltungswissenschaft”, *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I*, cit., pps. 22-26; e, entre nós, abordando, pioneiramente, a capacidade de pilotagem ou de condução de sistemas complexos como um “novo poder”, “o poder de governança”, cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, cit., pp. 25-32.

<sup>866</sup> Tradicionalmente “importado” do direito civil nos finais do século XIX, o *método jurídico* no direito administrativo permite estabelecer relações lineares entre o *caso* e a *norma*, enfatizando a “aplicação do direito” ao caso concreto. Nesta lógica, a administração pública constitui fundamentalmente uma instância de realização do direito no caso concreto, *maxime* através da prática de atos administrativos, valorizando-se, igualmente, os processos de sistematização e abstração e a correspondente codificação dos diplomas fundamentais.

<sup>867</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, “Principes de base d’une réforme du droit administrative”, *Revue française de droit administratif*, Mai-Juin, cit., pp. 427 e 431. Por isso W. HOFFMANN-RIEM, “The potencial impact of social sciences on Administrative Law”, cit., p. 210, destaca a importância da *Neue Verwaltungswissenschaft* constituir uma teoria científica, crítica e *normativa*, que abrange os aspetos extralegais da função administrativa.

<sup>868</sup> Cfr. ANDREAS VOßKUHLE, “The reform approach in the German Science of Administrative Law: the «Neue Verwaltungswissenschaft»”, cit., pp. 116-122; e HOFFMANN-RIEM, “The potencial impact of social sciences on Administrative Law”, cit., pp. 213-220, confrontando “*steering*” com “*governance*”.

pública no contributo de disciplinas não jurídicas (v.g., ciência política, economia, estatística, ciências e tecnologias, informática, etc.).

Sem que tal signifique olvidar que, nos tempos hodiernos, a atividade da administração passa, sobretudo, pela realização do direito no caso concreto – decisão de casos concretos pela mediação de normas jurídicas –, a atividade administrativa está, também, hoje, voltada para o estabelecimento de programas de ação e para a implementação de políticas públicas europeias e transnacionais. Além disso, a administração tende, hoje, a desenvolver tarefas de *incentivo* e de *orientação* de atividades privadas de interesse público, em que adota a lógica da eficiência e da eficácia (garantia de elevados níveis de *performance* da ação), submetendo as decisões públicas não apenas à observância da legalidade, mas também ao cumprimento de estratégias de resultado<sup>869</sup>.

Aqui, a forma tradicional de exercer o poder administrativo, caracterizada como sistema de comando e controlo (*command and control system*) dirigido por instituições centralizadas, contrasta com um processo decisório marcado por uma interação cooperativa entre um amplo leque de atores públicos e privados, que acompanha as fases de elaboração e execução das políticas e das decisões públicas, com o intuito de lhes conferir unidade e coerência (*system of steering*)<sup>870</sup>. Ora, nesta condução ou pilotagem de sistemas complexos, assumem cada vez maior importância as tarefas de “*incentivo*” e de “*ativação*” de condutas e de ações privadas, sob orientação *pública*, através do recurso à técnica contratual.

É que, para além dos conceitos de regulação e orientação às atividades privadas nas áreas económicas e sociais, designadamente as que prosseguem interesses gerais ou coletivos, o Estado garantidor ou de garantia íntegra na sua rede discursiva o conceito de “*ativação*”<sup>871</sup>. Apesar de manter, em grande medida por imperativo constitucional, um setor

---

<sup>869</sup> Cfr. ANDREAS VOßKUHLE, “The reform approach in the German Science of Administrative Law: the «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft»”, cit., pp. 131-133; e HOFFMANN-RIEM, “The potential impact of social sciences on Administrative Law”, cit., pp. 218-220.

<sup>870</sup> Cfr. HOFFMANN-RIEM, “The potential impact of social sciences on Administrative Law”, *The Transformation of Administrative Law in Europe*, cit., pp. 213-214.

<sup>871</sup> A questão tem sido objeto de intenso tratamento na literatura, assumindo talvez a sua versão mais crucial no direito alemão como modelo condutor da nova ciência do direito administrativo: cfr. ANDREAS VOßKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 35-37 e 51-52; BERNHARD BLANKE/STEPHAN VON BANDEMÉR, “Der aktivierende Staat”, *Gewerkschaftliche Monatshefte*, Vol. 50, 1999, pp. 321-331; BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat*, cit., pp. 3-56; STEPHAN VON BANDEMÉR “Aktivierender Staat, New Governance und Arbeitsmarkt und Beschäftigungspolitik”, *Baustelle Sozialstaat. Umbauten und veränderte Grundrisse*, Wiesbaden, Chmielorz, pp. 37-51; SEBASTIAN HERLT, *Der aktivierende Staat*, Grin Verlag, 2010, pp. 3-7 e 11-20; IRENE DINGELDEY, *Der aktivierende Wohlfahrtsstaat: Governance der Arbeitsmarktpolitik in Dänemark, Großbritannien und Deutschland*, Campus Verlag, 2011, pp. 38-39; HANS-JÜRGEN LANGE/JEAN-CLAUDE SCHENCK, *Polizei im kooperativen Staat*, Springer DE, 2004, pp. 80-84; e DANIEL KRAUSNICK, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, cit., pp. 30-33.

A este respeito, é digno de registo o estudo “Estado Ativador – comunidade de cidadãos ativos” (uma análise para a Chancelaria Federal) do Professor BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat*, cit., que

importante de serviços públicos de exclusiva responsabilidade estadual (ou em colaboração com o setor social) e de regular a atividade dos agentes económicos, o “Estado Ativador” convoca o potencial endógeno do setor privado para a prossecução de missões de interesse público e implementa *políticas públicas de ativação*, que apontam para a responsabilização do particular-beneficiário<sup>872</sup> e cuja execução depende de redes de “concertação” e de “colaboração” entre *público e privado*<sup>873</sup>.

Na transição para o Estado Administrativo Regulador e Ativador registou-se o incremento da participação do setor privado na realização de tarefas económicas de interesse público: num tal cenário de interação e interdependência entre atores públicos e privados, o Estado perdeu “o monopólio do público”, deixando de ser o ator único (e

---

apresenta um quadro explicativo sobre os elementos constitutivos do conceito de Estado Ativador e identifica os domínios económicos e sociais prioritários das políticas de ativação, tendo em vista a reforma do Estado Social e a consolidação do Estado Regulador. Nestes termos, afirma BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat*, cit., p. 8, que “o conceito de «Estado Ativador» é uma genuína criação ou invenção alemã [...], apresenta-se como um termo vago, com especial enfoque no campo político-social [...], sendo, recorrentemente, desqualificado como conceito neoliberal, já que se encontra em estreita ligação com as políticas de mercado de trabalho e de empregabilidade”. Para além disso, *idem*, p. 9, afirma que “o «Estado Ativador» constitui uma orientação da ação do Estado, cuja ideia principal se traduz numa interpretação da relação entre Estado e Sociedade na qual o primeiro é o garante do interesse público em sentido normativo, regulando os efeitos nefastos do mercado”.

Sendo assim, pretende-se com aquela noção exprimir um determinado modelo condutor da reforma do direito administrativo, sobretudo como forma de reação ao permanente crescimento das tarefas estaduais e à falta de capacidade orçamental do Estado para assegurar a realização dessas tarefas. Isso passaria, em primeiro lugar, por apelar à ideia de “Estado Ativador da comunidade dos cidadãos” ou de um “Estado próximo dos cidadãos” (“*bürgermaher Staat*”), com uma preocupação de *mobilização e ativação* da capacidade dos particulares para a realização de objetivos e de fins públicos, partilha de responsabilidades (“*Geteilte Verantwortung*”) entre público e privado (especialmente nas áreas da saúde, do ensino, da ação social, do ambiente, do ordenamento do território e urbanismo) e implementação de medidas que apontam para a responsabilização (“*individuellen Selbstverantwortung*”) do particular-beneficiário (setor laboral, mercado de trabalho, formação profissional e empregabilidade, designadamente através da sujeição a programas de formação e qualificação, procedimentos de auditoria, etc.). Em segundo lugar, o modelo do “Estado Ativador” pressupõe um “Estado Magro” ou um “Estado Elegante” (*Schlanker Staat*), quer dizer, um “Estado sujeito a uma dieta saudável de diminuição do peso das despesas e de redução das tarefas”. A reforma proposta para alcançar o *Schlanker Staat* passa pela privatização e desregulação (“*Privatisierung und Deregulierung – weniger Staat, mehr Markt*”), redução de tarefas estaduais, ativação de responsabilidades privadas em domínios tradicionais de intervenção pública (“*Selbstverantwortung willigen und fähigen Individuen*”) e autorregulação privada económica e social publicamente regulada – *idem*, pp. 9-11. Cfr., também sobre o *Schlanker Staat*, ANDREAS VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 35-37 e 51-52. Em terceiro lugar, o reforço da autorresponsabilidade privada dos “indivíduos dispostos e capazes” (considerados autêntico “capital social” de uma “empresa mista”) é complementada “pela consideração do papel acrescido do Estado como «*Enabling State*», que apoia a atividade privada de interesse público” – BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat*, cit., pp. 11-12. Finalmente, a adoção das políticas setoriais de ativação propostas (cfr., *idem*, pp. 19-20) garante a efetividade da ação pública: “um *eficiente e efetivo* Estado Social recebe com isso [com aquelas políticas] um *novo fundamento de legitimação*” (*idem*, p. 20).

<sup>872</sup> Cfr. HANS-JÜRGEN LANGE/JEAN-CLAUDE SCHENCK, *Polizei im kooperativen Staat: Verwaltungsreform und neue Steuerung in der Sicherheitsverwaltung*, cit., p. 81.

<sup>873</sup> Cfr. BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat – Aktive Bürgergesellschaft. Eine Analyse für das Bundeskanzleramt*, cit., pp. 9-10.

principal) da realização de interesses dessa natureza<sup>874</sup>. Na verdade, aceitou-se que os atores privados desenvolvem, também, um conjunto de atividades marcadas pelo objetivo primordial ou até exclusivo da satisfação de interesses públicos – “*tarefas privadas de interesse público*”<sup>875</sup> –, realidade especialmente visível em certos domínios especiais do direito administrativo, onde se vem assistindo a uma certa “despublicização da prossecução de interesses públicos”.

Associado a todo esse processo de redistribuição de papéis entre o Estado e a Sociedade Civil, encontra-se o movimento de *diversificação dos graus de responsabilidades públicas*, de *partilha de responsabilidades* entre o Estado e a sociedade civil e de *ativação de responsabilidades privadas*. Em certos domínios especiais do direito administrativo, são visíveis múltiplos sinais de um “deliberado «aproveitamento», «mobilização» e «ativação» da capacidade dos particulares para a realização de objetivos e

---

<sup>874</sup> Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., p. 47; e VITAL MOREIRA, *Administração Autônoma e Associações Públicas*, cit., p. 89.

<sup>875</sup> Cfr. UDO DI FABIO, “Privatisierung und Staatsvorbehalt”, *Juristen Zeitung*, n.º 12 (1999), p. 586. Cfr., também, V. SESSA, *Gli Enti Privati di Interesse Generale*, Giuffrè Editore, 2007, pp. 336-350. Um dos domínios mais impressionantes da visão exposta é o do direito do urbanismo. Na realidade, a matriz originária do direito do urbanismo postulava uma autêntica *tricotomia tarefas estaduais – tarefas públicas – tarefas privadas*, com fronteiras bem demarcadas relativamente ao espaço que pertencia à esfera pública e à esfera privada. O urbanismo constitui uma *tarefa pública* na medida em que à administração (estadual e autónoma) cabem as funções de planeamento, gestão e controlo das atividades com reflexos na ocupação, uso e transformação do solo [cfr. o artigo 8.º da Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo (LBPSOTU), aprovada pela Lei n.º 31/2014, de 30 de maio]. Todavia, em resultado dos processos de ativação do potencial e dos contributos da ação privada, é hoje muito claro que o interesse público urbanístico não existe apenas nas tarefas públicas de planeamento e de gestão urbanística confiadas à administração pública. É que os atores privados desenvolvem, também, um conjunto de atividades marcadas pelo objetivo primordial ou até exclusivo da satisfação de interesses públicos, *maxime* na fase de execução dos planos urbanísticos. Tais ações, embora privadas, apresentam-se como *ações de interesse público* e são, sob ponto de vista dogmático, designadas *tarefas privadas de interesse público*.

Por conseguinte, a autonomização de um setor de tarefas privadas de interesse público no espaço municipal conduziu a uma “partilha” ou “divisão de trabalho” entre os atores privados e a administração com fortes implicações no plano das responsabilidades de envolvimento público daqueles. Uma boa parte da intervenção no território é feita em conjunto com os particulares, na medida em que estes realizam diversas *obras de urbanização impostas por lei, cedem gratuitamente ao município as parcelas para implantação de espaços verdes públicos e equipamentos de utilização coletiva*, bem como as *infraestruturas que devam integrar o domínio municipal*, celebram *contratos de concessão de urbanização*, através dos quais assumem a responsabilidade de urbanização de uma unidade de execução que o município tinha definido como uma tarefa sua, etc.. Neste sentido, os atores privados coresponsabilizam-se e copartilham com a administração as ações com incidência na ocupação, uso e transformação do território. No direito alemão, esta conceção foi já recebida no §11 do Código do Urbanismo. Neste sentido, MICHAEL KRAUTZBERGER, “Städtebauliche Verträge in der praktischen Bewährung”, *Umwelt und Planungsrecht*, UPR Zeitschrift für Wissenschaft und Praxis, Vol. 27, n.º 11-12, 2007, p. 407, sublinha que “no § 11 do Código do Urbanismo, o legislador alemão, ao referir-se às tarefas de ordenamento urbanístico, define-as como uma tarefa comum do setor público e privado, sem que isso ponha em causa a premissa segundo a qual o planeamento e o ordenamento são da competência da administração pública”. Para mais desenvolvimentos, cfr. o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 23-37, 85-97, 113-126 e 126-133.

de fins públicos<sup>876</sup>. A *ativação e o reforço das responsabilidades privadas*, fomentados e induzidos pelo Estado Administrativo, adquiriram a dimensão de um *topos* no direito administrativo contemporâneo<sup>877</sup>. Com efeito, o Estado tende hoje a desenvolver, no âmbito da implementação de políticas públicas económicas, sociais e de ordenamento do território, tarefas de incentivo e de orientação das atividades privadas de interesse público<sup>878</sup>.

Está aí bem presente o interesse do legislador em aproveitar a contribuição dos atores privados para a realização de fins públicos<sup>879</sup>: neste cenário de Estado ativador, o *particular* assume – por força da lei (*ex lege*) – ou é convocado a assumir – com base na celebração de contratos públicos (*more contractu*) – um novo papel de *ator* que partilha com o Estado a missão de realizar o interesse público. Num primeiro nível, a “ativação”, induzida ou fomentada pelo Estado, pode desenvolver-se, em geral, segundo um modelo contratual administrativo que disciplina um conjunto de *incentivos* direcionados à

<sup>876</sup> PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., p. 53.

<sup>877</sup> Entre nós, aludindo, também, a um “Estado ativador” no quadro das políticas sociais, cfr. JOÃO LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social?*, Coimbra, 2010, pp. 96-97. De resto, para além das políticas de “ativação” e de “incentivo” no domínio da segurança social, afigura-se possível perspetivar no *direito fiscal* fenómenos de aumento da *participação dos atores privados no cumprimento de tarefas de interesse público*. Nestes termos, assistiu-se à deslocação para a esfera privada da responsabilidade pela realização de certas ações de interesse público, deixando de ser a administração fiscal a desenvolver as clássicas tarefas do *lançamento, liquidação e cobrança* de impostos, para passarem a ser os particulares a desempenhar esse papel. Está aqui suposto o facto de cada vez mais impostos serem liquidados e cobrados pelos próprios contribuintes (*autoliquidação*: v.g., imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas, imposto sobre o valor acrescentado, contribuições para a segurança social das entidades patronais) ou por terceiros em sua substituição (com base na técnica da retenção na fonte: v.g., imposto sobre o rendimento das pessoas singulares sujeito a taxas liberatórias definitivas e contribuições para a segurança social dos trabalhadores), para além de a liquidação administrativa se basear frequentemente em declarações e elementos fornecidos pelos particulares, limitando-se o Fisco, por um lado, à realização de meras operações matemáticas e, por outro, à condução do fenómeno tributário. Tais situações configuram, no nosso entender, casos de *privatização de responsabilidades públicas* e de *ativação de responsabilidades privadas*, à luz dos quais o legislador estabelece um regime jurídico que prevê a realização pelos particulares de certas tarefas ou atividades de interesse público, por meio da criação de *deveres legais*, cabendo à administração fiscal um papel de fiscalização pelo cumprimento das normas legais por parte dos contribuintes e a aplicação de *sanções* pela não adoção desses comportamentos (cfr. os artigos 75.º da Lei Geral Tributária, 27.º e 41.º do Código do IVA, 89.º do Código do IRC e 71.º do Código do IRS; quanto ao *controlo*, cfr. os artigos 133.º e segs. do Código do IRC e 84.º e segs. do Código do IVA; finalmente, no que toca às *sanções* aplicáveis, cfr., os artigos 113.º, 114.º, 116.º, 118.º, 119.º e 119.º-A do Regime Geral das Infrações Tributárias).

Neste contexto, são tido por *contratos fiscais* aqueles que têm por objeto o lançamento, a liquidação ou a cobrança dos impostos, em que a administração tributária contrata com certas entidades (v.g., entidades bancárias) a prestação de serviços relativamente à liquidação e cobrança de impostos alheios. A este propósito, o artigo 51.º do Código de Procedimento e Processo Tributário (Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de outubro, cuja última alteração consta das Leis 82-B/2014 e 82-E/2014, ambas de 31 de dezembro) estabelece que: “a administração tributária pode, nos termos da lei e no âmbito das suas competências, contratar o serviço de quaisquer outras entidades para a colaboração em operações de entrega e receção de declarações ou outros documentos ou de processamento da liquidação ou cobrança das obrigações tributárias” (n.º 1); e que “a administração tributária pode igualmente, nos termos da lei, celebrar protocolos com entidades públicas e privadas com vista à realização das suas atribuições” (n.º 2).

<sup>878</sup> Cfr. BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat*, cit., p. 12.

<sup>879</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., p. 17.

realização da atividade privada e ao exercício de faculdades já integradas nos direitos dos cidadãos. Trata-se não apenas de combater a inação dos particulares em domínios com repercussão no interesse geral<sup>880</sup>, mas também de convocá-los a assumir um maior protagonismo na prossecução de interesses públicos e a atuar sob a incidência de uma *regulação contratual genérica*<sup>881</sup>. Num segundo nível (mais intenso), a ativação do potencial privado surge prevista na lei, como o resultado de um processo de “descarga ou devolução do Estado”, que desloca tarefas e responsabilidades tradicionalmente públicas para a esfera de atuação privada, por meio da criação de *deveres legais novos*, mantendo-se, contudo, a responsabilidade estadual de assegurar ou de garantir a realização desses fins públicos.

### **25.4.4.3. Políticas públicas de indução de investigação e desenvolvimento e inovação tecnológica**

#### **25.4.4.3.1. Políticas de investigação e desenvolvimento (ID) e universidade técnica**

O contrato público (e uma determinada modelagem contratual pública) pode ser escolhido em sede de *formulação de uma utilização estratégia* de fomento industrial e económico (ínsita em “políticas de contratação pública horizontais”), por via da introdução de *inovação tecnológica* no mercado, detida e sob o domínio da propriedade intelectual do Estado. O contrato assume-se aqui como uma *estratégia política* ao serviço de funções

---

<sup>880</sup> Cfr. BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat – Aktive Bürgergesellschaft. Eine Analyse für das Bundeskanzleramt*, cit., p. 10.

<sup>881</sup> Este regime-base de “impulso”, de “estímulo” ou “encorajamento” é, desde logo, visível, de forma sintomática, na área das políticas públicas de criação de emprego, de apoio à formação profissional e, mais recentemente, de apoio ao empreendedorismo (v.g., o *Programa Impulso Jovem, Programa e Medidas de Estímulo, INOV Jovem, INOV Contacto, INOV Export, INOV Art, INOV Mundus, INOV Vasco da Gama, Programa FINICIA Jovem* e *INOV Capital*), que fazem apelo às capacidades privadas e visam estabelecer apoios à inovação, à contratação, à formação profissional e à produtividade, aspetos que simultaneamente favorecem interesses próprios dos particulares e a prossecução de interesses da coletividade. A adesão a estes programas de ativação pressupõe, em regra, a celebração de um *contrato escrito* (“contrato de estágio profissional”, “contrato de estímulo”, “contrato emprego-inserção”, etc.), que disciplina o regime de incentivos, apoios e estímulos à atividade e estabelece sanções para casos de incumprimento. Idênticas políticas públicas de ativação nos domínios económico e laboral são implementadas nos ordenamentos jurídicos europeus: cfr. DIRK GELDOF, “New Activation Policies: Promises and Risks”, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Linking Welfare and Work*, Dublin, 1997, pp. 13-26; e BJØRN HVINDEN, “Activation: a Nordic Perspective”, *ibidem*, pp. 27-42; no direito alemão, cfr. BERNHARD BLANKE, *Aktivierender Staat*, cit., pp. 18-20 e 48-55. Também noutros domínios o Estado Administrativo se serve de estratégias de *ativação de responsabilidades privadas* com base numa regulação consensual ou contratual.

administrativas setoriais, que introduz soluções inovatórias e produz resultados “apetecíveis” para o mercado (v.g., contratos administrativos de interesse da defesa nacional). Já acima aludimos a esta hipótese, de acordo com a qual o contrato não se reduz àquela função (clássica) de mero instrumento ou técnica de execução de políticas económicas, que visa solicitar a colaboração ou vincular o setor privado à adoção de comportamentos precisos e determinados em contrapartida de benefícios específicos. Ao invés, a função que lhe é atribuída é, agora, outra: o contrato é elevado a “estratégia regulatória” suscetível de gerar *emprego dual*, *spin-offs* e *transferência de tecnologia*.

Estamos na presença de uma estratégia que se encontra, hoje, em voga nas democracias capitalistas ocidentais e se situa num quadro mais amplo de “ativação” do potencial endógeno do setor privado e de promoção da inovação tecnológica *no* mercado. Trata-se aqui de aludir ao papel do Estado como agente indutor de políticas de investigação e desenvolvimento (ID) e às novas áreas da contratação pública que permitem conceber determinados setores produtivos, associados a atividades de pesquisa e desenvolvimento, como uma autêntica “universidade técnica”. Nesta linha, o Estado Administrativo utiliza a contratação pública para prosseguir *políticas estratégicas de fomento à inovação tecnológica, desenvolvimento e investigação científica*.

Tais políticas horizontais são suscetíveis de ser concretizadas por via dos contratos públicos (*public procurement*). O recurso às mesmas é, na realidade, estimulado pela ordem jurídica europeia<sup>882</sup>. Assim, a perceção da necessidade de introduzir, a partir do mercado, soluções inovadoras ao serviço do interesse público não surge como um fruto do acaso. Ela decorre das ideias de *pilotagem* e de *ativação* que conformam, atualmente, o exercício da função administrativa (*steuerung durch konsens*). Se as entidades adquirentes permanecerem conservadoras, os operadores económicos não serão incentivados a desenvolver produtos, serviços e soluções inovatórias na submissão de propostas e, desta forma, não conseguirão gerar qualquer valor acrescentado. Só a inovação permitirá otimizar as operações de funcionamento do serviço público, através da integração de novas tecnologias, materiais e recursos técnicos. Desta forma, quando estimulada pelas entidades

---

<sup>882</sup> As novas diretivas da contratação pública (Diretivas 2014/23/EU, 2014/24/EU e 2014/25/UE, todas elas de 26 de fevereiro de 2014) estimulam as entidades adjudicantes a estabelecer critérios de adjudicação relativos à apresentação de soluções inovatórias pelos concorrentes (v.g., eficiência energética, tecnologia e custo total do ciclo de vida dos produtos) e preveem um novo procedimento para a aquisição de produtos ou serviços designado “*Parceria para a Inovação*”. Permitindo às entidades adjudicantes selecionar parceiros numa base concorrencial para que estes desenvolvam soluções inovadoras à medida das suas necessidades, a nova *parceria para a inovação* amplia as possibilidades de escolha para as entidades adjudicantes, tornando mais estimulante almejar soluções inovadoras através da combinação de serviços de investigação com elementos da aquisição pretendida.



adjudicantes, a *inovação deve florescer no procedimento pré-contratual e irradiar para toda a execução do contrato*, tutelando as legítimas expectativas das partes.

Considerando o exposto como um elemento transversal a toda a contratação pública, cumpre aqui notar que a concretização de políticas secundárias ou horizontais, especialmente de políticas industriais, de pesquisa e desenvolvimento, de investigação científica e de inovação tecnológica por intermédio de contratos públicos [agregação de *research and development (R&D)*, *pesquisa e desenvolvimento (P&D)* ou *investigação e desenvolvimento (ID)*], é frequentemente realizada no domínio da *indústria da defesa* e no *setor das forças armadas*<sup>883</sup>. Efetivamente, o Estado pode utilizar os contratos públicos e o poder de dinamizar o mercado para determinar a dimensão da indústria de defesa nacional, mas também para desenhar uma estratégia – conduzida, hodiernamente, por algumas entidades governamentais –, que visa gerar investigação, desenvolvimento e inovação tecnológica como alicerces do fortalecimento e do aumento da *performance* dos serviços que operam nos setores que exercem funções de soberania e de segurança nacional. Alguns setores de tecnologia de ponta constituem, por isso, uma autêntica “Universidade Técnica” ao serviço do Estado<sup>884</sup>.

#### 25.4.4.3.2. Referência aos contratos públicos de interesse da defesa nacional

O incremento da *contratação pública* que se vêm registando nas últimas décadas explicam-se, como vimos, por razões ligadas às exigências de redução do aparelho público e de procura da eficiência, tendência que estimula a compra em vez da produção própria. Essa tendência que se vem registando nas últimas décadas é especialmente nítida em setores

---

<sup>883</sup> Note-se que a Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, consagra, nos artigos 15.º a 17.º, *regras especiais relativas a contratos públicos e concursos de conceção que envolvem aspetos de defesa ou de segurança nacional*.

<sup>884</sup> Cfr. GUNNAR ELIASSON, *Advanced Public Procurement as Industrial Policy. The Aircraft Industry as a Technical University*, Springer, 2010, pp. 1-24, desenvolvendo o “efeito multiplicador” das políticas de contratação pública na indústria sueca da aviação militar (de resto, um dos países mais avançados neste domínio a nível mundial). O autor oferece-nos um estudo detalhado da forma como o *public procurement* é utilizado ao serviço da política industrial, alicerçando atividades de pesquisa, investigação e desenvolvimento, que têm vindo a contribuir para que a indústria da aviação se tenha tornado uma autêntica “*universidade técnica*” (ob. cit., pp. 233-246). Outros autores sublinham o papel que a contratação pública desempenhou para o desenvolvimento da Internet, do sistema de *Global Positioning System (GPS)*, da indústria de semi-condutores, das tecnologias de informação, das novas terapias médicas e cirúrgicas – cfr. KATTEL/LEMBER/KALVET, “Public Procurement and Innovation: Theory and Practice”, *Public Procurement, Innovation and Policy: International Perspectives*, Springer, 2013, pp. 13-34, e KATTEL/LEMBER, “Public procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?”, *Journal of Public Procurement*, Vol. 10 (3), 2010, pp. 368-404, autores que estudam, com particular detalhe, a conexão entre *public procurement*, *inovação* e *efeito spillover* para a indústria civil, detetando, igualmente, o *desdobramento* aplicado à tecnologia em benefício da comunidade e do mercado.

administrativos estratégicos, onde, quase sempre, a produção própria não se afigura possível, não restando às autoridades administrativas outra alternativa senão a *compra* e a *solicitação* ao mercado.

Nos setores estratégicos (*segurança pública, defesa nacional e forças armadas*), quando o Estado Administrativo decide efetuar o aprovisionamento para o conjunto dos seus serviços, *ele não é um comprador como os demais*, designadamente pelo tipo de bens adquiridos, pelo caráter particularmente complexo dos serviços contratados, pela posição que detém nos mercados (quase sempre em situação de *monopsónio*), por motivos técnicos relacionados com a proteção de direitos exclusivos, pela natureza *secreta* ou *confidencial* das prestações contratuais ou por especiais motivos de segurança que reclamam o acompanhamento constante da execução do contrato.

Por essas razões, as aquisições de bens e serviços em setores estratégicos (forças armadas, segurança pública, sistema prisional) revestem caráter especial face às demais compras públicas, o que decorre de razões mais ou menos óbvias de *segurança nacional*, de *confidencialidade* e de *defesa de interesses essenciais* do Estado. E esse caráter especial tem, naturalmente, como consequência a previsão de um regime jurídico excecional de contratação pública aplicável a estes setores<sup>885</sup>.

Especificamente no domínio dos *contratos públicos de interesse da defesa nacional*, o fomento de inovação tecnológica gera múltiplas possibilidades de desenvolvimento e riqueza (*v.g.*, quanto à capacidade do setor da Defesa Nacional gerar receitas e lucros ou aumentar a dinâmica exportadora), uma vez que podemos afirmar que, em regra, as tecnologias podem ser aplicadas para finalidades civis e militares – trata-se do conceito de *tecnologia de emprego dual*<sup>886</sup>. MARTIN TRYBUS sustenta que os *contratos públicos de interesse da defesa nacional* são o principal instrumento de fomento da indústria da defesa e do reaparelhamento das Forças Armadas. Nesta matéria, existem dois

---

<sup>885</sup> Cfr. a Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, que consagra, nos artigos 15.º a 17.º, *regras especiais relativas a contratos públicos e concursos de conceção que envolvem aspetos de defesa ou de segurança nacional*.

<sup>886</sup> Como é sabido, o desenvolvimento e uso de equipamentos com características de *emprego dual* consiste na utilização tanto por finalidades civis, quanto para aplicações militares. Historicamente, quase sempre essa dualidade ocorreu de forma natural, ora pela criação de produtos e serviços com propósitos meramente militares, e posterior perceção da grande utilidade para fins civis, ora justamente pelo caminho inverso. Assim, por norma, todas as tecnologias têm características duais, ou seja, tanto são de emprego civil, como militar. No tópico que nos interessa destacar, cfr. a *Estratégia para uma Indústria da Defesa Europeia Mais Forte e Mais Competitiva* da Comissão Europeia [5.12.2007, COM (2007), 764 final, p. 2], na qual se refere que “o setor da defesa é um setor de utilização intensiva de tecnologia e cuja investigação e desenvolvimento de vanguarda se repercutem noutras áreas. A defesa está associada à eletrónica, às tecnologias da informação e da comunicação, aos transportes, à biotecnologia e à nanotecnologia. Juntas, estas indústrias constituem uma fonte de oportunidade, de inovação e de saber-fazer que estimula o desenvolvimento e o crescimento em vários setores da economia”.

tipos de *contracting out*, relativos a *aquisições públicas militares*, que importa distinguir, já que o objeto contratual envolvido determina a específica modelagem a ser escolhida.

O primeiro refere-se ao provisionamento e aquisição de bens e serviços militares (v.g., armas, munições, equipamento e material de guerra), vocacionados à satisfação de necessidades finalísticas da atividade de defesa nacional<sup>887</sup>. O segundo traduz-se na aquisição de bens e serviços intrinsecamente ligados à investigação e desenvolvimento (ID), cuja modelagem contratual deve obedecer às especificidades jurídicas de cláusulas que tratam de inovação tecnológica.

Este último tipo de contratações na seara de defesa, relativas a contratos que envolvem investigação e desenvolvimento (ID), agrega maior valor ao desenvolvimento nacional e, por isso, está, hoje, em voga nas democracias capitalistas ocidentais. O mesmo tem como particularidade o facto de se dirigir a um setor que é composto por um *cluster* de empresas dotadas de capacidades técnicas apuradas, com um elevado potencial de inovação e cumpridoras de regras de negócios consolidadas internacionalmente<sup>888</sup>. Contudo, se este último aspeto se revela decisivo na fase de execução do contrato, importa reter que os *contratos públicos de interesse da defesa nacional* são, *ex natura*, contratos cujo objeto é de difícil aquisição no mercado, o que torna a obtenção de informação e a escolha do tipo de procedimento adjudicatório uma questão de resolução difícil. Para além disso, os contratos públicos de interesse da defesa nacional, cujo objeto depende de investigação científica e tecnológica são passíveis de gerar *emprego dual*, *spin-offs* e *transferência de tecnologia* para uso civil. Por isso, uma solicitação do Estado neste domínio não pode deixar de ser especialmente ordenada e urdida nos trâmites procedimentais a cumprir pela entidade adjudicante.

---

<sup>887</sup> Trata-se da aquisição de produtos acabados ou da repotencialização de equipamento adquirido (v.g., repotencialização dos sistemas de *software* de submarinos da Marinha Portuguesa do Ministério da Defesa Nacional). Sobre estes contratos, entre nós, cfr. JOSÉ PENEDOS, “Processo de Reequipamento e Modernização das Forças Armadas e Condicionamentos Orçamentais no Quadro do Pacto de Estabilidade e Crescimento”, *Nação e Defesa*, Instituto da Defesa Nacional, 1999, Lisboa, pp. 139-150; e JOAQUIM AGUIAR, *A Política de Defesa Nacional como Política Pública Interdepartamental*, Instituto de Defesa Nacional, Lisboa, 1989, pp. 49-96. No ordenamento jurídico brasileiro, cfr. MARCIO TADEU BERGO, *O Pensamento Estratégico e o Desenvolvimento Nacional*, São Paulo, 2008, pp. 65-75; e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Desenvolvimento Econômico e Segurança Nacional – Teoria do Limite Crítico*, São Paulo, 1971, pp. 87-156.

<sup>888</sup> A este propósito, no panorama administrativo brasileiro, MAURÍCIO PAZINI BRANDÃO, “Ciência, Tecnologia, Inovação e a Defesa Nacional”, *Parcerias Estratégicas*, n.º 20, Parte 2, Junho de 2005, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, Brasília, p. 838, destaca que “os sistemas de armas empregados em ações de defesa são normalmente produtos de alto valor agregado, de longo prazo de desenvolvimento, de baixa escala de produção e que demandam intensivo uso de tecnologias inovadoras. Além disso, eles requerem tratamento diferenciado quanto ao sigilo e à exportação, sendo, justamente por estas razões, regulados por tratados internacionais”.

Com o auxílio de elementos de direito comparado, podemos afirmar que, nos contratos públicos de interesse da defesa nacional, cujo objeto depende de investigação científica e tecnológica, em regra, a entidade adjudicante deve: preliminarmente, solicitar ao mercado um pedido de informação (o *request for information* – RFI); na posse da informação adequada, deve concretizar o pedido de proposta ao mercado (*request for proposal* – RFP), colocando em marcha um procedimento contratual para a escolha da melhor proposta (em princípio, um procedimento de negociação, com convite e sem publicação prévia de anúncio); escolha do fornecedor e adjudicação do contrato; prever, para a execução do contrato, a estrutura de *main contractor* ou integrador; utilizar a contratação com o senso de obtenção, pesquisa e desenvolvimento (e não apenas aquisição); e estabelecer programas de contrapartidas e de compensação industrial, comercial e tecnológica (*offset and countertrade*)<sup>889</sup>. A inovação científica e tecnológica gerada não se destina apenas ao consumo interno (*intra muros*) do setor da defesa nacional. Por efeito do *emprego dual* e dos *spin-offs* criados, essa tecnologia é, depois, “exportada” e vendida, de forma controlada, para o mercado, por forma a ser aproveitada pela indústria civil com fins de consumo pelos cidadãos.

#### **25.4.5. Contrato e planeamento urbanístico e ambiental**

O contrato administrativo expandiu-se nas últimas décadas, de forma impressionante, no campo do *direito do urbanismo, do ordenamento do território e do ambiente*. Nesses setores ou *áreas especiais* do direito administrativo, o *contrato* veio reivindicar um lugar até há bem pouco tempo de todo indefensável no âmbito da ação administrativa *impositiva e autoritária*, destinada a fixar as regras jurídicas respeitantes à afetação do solo, a praticar atos de controlo prévio da atividade urbanística dos particulares (tais como licenças, autorizações, comunicações prévias de operações urbanísticas e expropriações urbanísticas)

---

<sup>889</sup> Cfr. os contributos em *The Economics of Offsets: Defence Procurement and Countertrade*, ed. Stephen Martin, Psychology Press, 1996; ARNALDO GABRIEL R. COSTA NEVES, *Dos Contratos de Contrapartidas no Comércio Internacional (Countertrade)*, Coimbra, 2003, pp. 174-191; MIGUEL MOURA E SILVA, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência – Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*, Coimbra, 2003; ARGENTINO PESSOA, *Políticas de Inovação*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014; NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, cit., pp. 485-505; JOAQUIM AGUIAR, *A Política de Defesa Nacional como Política Pública Interdepartamental*, Instituto de Defesa Nacional, Lisboa, 1989, pp. 49-96; JOÃO TOLDA, *Princípios de Economia da Inovação*, Coimbra, 2014; MARCIO TADEU BERGO, *O Pensamento Estratégico e o Desenvolvimento Nacional*, São Paulo, 2008, pp. 65-75; e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Desenvolvimento Económico e Segurança Nacional – Teoria do Limite Crítico*, São Paulo, 1971, pp. 87-156.

e, ainda, a controlar preventivamente a ocorrência de perigos (ou a fazer face aos danos) ambientais<sup>890</sup>.

Com efeito, a expansão da contratação administrativa em domínios onde as atividades de planeamento e de programação assumem uma importância capital não pode deixar de surgir rodeada de algumas perplexidades. Enquanto instrumento conglomerador de interesses divergentes e convergentes, o *plano administrativo* traça um quadro de implementação estratégica de medidas, assumindo-se simultaneamente como fonte de direito e enquanto forma de atuação administrativa de autoridade<sup>891</sup>. A “contratualização do plano urbanístico” que é, hoje, em certos termos admitida em determinadas ordens jurídicas europeias, não pode deixar de ser vista à luz das próprias transformações que o conceito de plano foi sofrendo, sobretudo tendo em conta a flexibilidade e analiticidade das suas previsões, a forma participada em que repousa a sua elaboração e a maior facilidade no controlo dos resultados da sua execução. No direito do ambiente, o recurso à contratação e a celebração de parcerias entre o Estado e as empresas para o exercício de ações de conservação da natureza ou para o cumprimento de objetivos e finalidades de política ambiental configura um expediente que vem sendo utilizado pelo “Estado administrativo gestor e controlador de riscos sócio-ambientais”<sup>892</sup>.

#### 25.4.5.1. Contratação urbanística

Na atividade de *planeamento, programação e intervenção* da administração pública no território, a participação dos privados nas decisões urbanísticas e o recurso à colaboração (contratual ou institucional) público-privada foram elevados, do ponto de vista legislativo, a *princípios gerais* das políticas de urbanismo e de ordenamento do território<sup>893</sup>: por um lado, o processo sinérgico cumpre a função de aproveitar e de canalizar os recursos e as capacidades privadas para a realização de atribuições públicas, ativando a partilha e a coresponsabilização, tudo princípios de *governance multiagente*; por outro, ajustam-se ou

---

<sup>890</sup> Sobre o *direito administrativo de ordenação (Ordnungsrecht)* e as clássicas atuações administrativas de *polícia (preventiva)*, cfr. DIETER KUGELMANN, *Polizei und Ordnungsrecht*, Springer Verlag, 2012, pp. 1-66; e VOLKMAR GÖTZ, *Allgemeines Polizei und Ordnungsrecht*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1995, pp. 15-24.

<sup>891</sup> Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1989, pp. 168-186.

<sup>892</sup> Cfr. K. KÄSSMAYER, “Apontamentos sobre a Ética Ambiental como Fundamento do Direito Ambiental”, EOS, *Revista jurídica da Faculdade de Direito*, Dom Bosco, Vol. I, n.º 4, Ano III, Curitiba, p. 129.

<sup>893</sup> Entre nós, cfr. os artigos 1.º, n.º 1, g) e h), e 47.º da Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e do Urbanismo.

conciliam-se interesses públicos e privados, mobiliza-se o investimento privado – articulado, ou não, com o investimento público –, adapta-se a ação administrativa a situações especiais ou não previstas na lei e estimula-se uma colaboração mais efetiva dos particulares do que a que resultaria de uma atuação da administração de caráter unilateral, aberta à regulação consensual da atividade urbanística. Na mesma linha, a indução da contratação, ao combater o crónico problema da *falta de efetividade das normas do plano*, poderá promover a concretização de planos e programas, obtendo-se níveis mais elevados de execução e um arranjo urbanístico de maior qualidade.

Como já tivemos oportunidade de escrever noutro lugar, o planeamento urbanístico apresenta-se, em primeira linha, como uma *tarefa* ou *atividade jurídico-pública*<sup>894</sup>. Isto significa que as decisões básicas sobre o urbanismo são cometidas à

---

<sup>894</sup> Cfr. o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 26-37: “um dos mais importantes princípios constitucionais do direito do urbanismo, que está na base do aparecimento da própria organização administrativa do urbanismo ou de um aparelho administrativo que tem a seu cargo a realização do interesse público urbanístico, é a conceção do urbanismo como uma *tarefa* ou uma *função pública* (artigo 65.º, n.º 4, da CRP)”. Enquanto tarefa (jurídico-pública) nuclear do direito do urbanismo, o planeamento territorial (ou “sistema de gestão territorial”, como é designado pelo legislador), de acordo com a *nova regulamentação* da LBPSOTU, organiza-se num quadro de interação coordenada que se reconduz aos âmbitos nacional, regional, intermunicipal e municipal, em função da natureza e da incidência territorial dos interesses públicos prosseguidos (artigo 38.º, n.º 2), e materializa-se em *programas*, que estabelecem o quadro estratégico de desenvolvimento territorial e as suas diretrizes programáticas ou definem a incidência espacial de políticas nacionais a considerar em cada nível de planeamento, sendo, por isso, *instrumentos de orientação*, que se limitam, em regra, a fixar *opções gerais* no que respeita à organização do território por eles abrangido e a estabelecer *diretivas* quanto ao ordenamento do espaço, a desenvolver e a densificar em planos, não tendo, por isso, idoneidade para definir as *modalidades* e *intensidades* de uso, ocupação e transformação do solo [artigo 38.º, n.º 1, *a*]), e em *planos*, que condensam opções e ações concretas em matéria de planeamento e organização do território e definem o uso do solo, assumindo, assim, a natureza de *instrumentos de afetação* do espaço [artigo 38.º, n.º 1, *b*]), ao mesmo tempo que servem de *parâmetro de validade* dos atos administrativos de gestão urbanística.

Esta distinção entre *programas* e *planos* percorre transversalmente todo o sistema de gestão territorial gizado pela nova lei. Os primeiros vinculam apenas as entidades públicas (quer a entidade pública que os aprovou, quer os restantes entes públicos), enquanto os segundos vinculam, para além das entidades públicas, ainda, direta e imediatamente, os particulares, isto é, têm *eficácia plurisubjetiva* (artigo 46.º, n.ºs 1 e 2). Os *programas* podem ser de *âmbito nacional, regional e intermunicipal* (artigos 40.º a 42.º). Os primeiros abrangem o *programa nacional da política de ordenamento do território*, os *programas sectoriais* e os *programas especiais* (que compreendem os programas da orla costeira, os programas das áreas protegidas, os programas de albufeiras de águas públicas e os programas dos estuários). Os segundos, isto é, os *programas de âmbito regional* são os agora denominados *programas regionais*, que substituem os atuais PROT, os quais continuam em vigor até à sua alteração ou revisão, como decorre do artigo 79.º da LBPSOTU. Os terceiros, ou seja, os *programas de âmbito intermunicipal*, são de elaboração facultativa e abrangem dois ou mais municípios territorialmente contíguos integrados na mesma comunidade intermunicipal, salvo situações excecionais, autorizadas pelo membro do Governo responsável pela área do ordenamento do território, após parecer das comissões de coordenação e desenvolvimento regional (artigo 42.º, n.º1).

Quer isto dizer que os programas intermunicipais ou abrangem todos os municípios integrados na mesma comunidade intermunicipal, havendo, assim, um novo nível de ordenamento do espaço correspondente ao território dos municípios que fazem parte da mesma comunidade intermunicipal, e cabendo aos respetivos órgãos representativos a competência para a sua aprovação, ou abrangem dois ou mais municípios territorialmente contíguos integrados na mesma comunidade intermunicipal, havendo, neste caso, a constituição de uma *associação de municípios* para o fim específico da elaboração e aprovação do *programa intermunicipal*. De

administração pública, a quem cabem funções de planeamento, gestão e controlo das atividades com reflexos na *ocupação, uso e transformação do solo*. Todavia, não se pense que o princípio constitucional do urbanismo como uma *tarefa ou uma função pública* implica uma marginalização dos particulares em relação à atividade urbanística da administração. Pelo contrário, na generalidade dos ordenamentos urbanísticos europeus, observa-se que os particulares têm o direito de *participar*, através de diferentes formas, na elaboração, alteração, revisão, execução e avaliação dos instrumentos de gestão territorial<sup>895</sup>, celebrando *contratos urbanísticos* com a administração pública.

Neste sentido, coloca-se a questão de saber, por um lado, de que modo (e até onde) podem estes influenciar, durante o procedimento de formação dos planos municipais de ordenamento do território, as concretas soluções urbanísticas a plasmar nos mesmos e, por outro, de que *instrumentarium* jurídico se servem para esse efeito. Por sua vez, ao nível da execução de planos urbanísticos, a contrato apresenta-se como um esquema de negociação entre a administração e os particulares sobre o conteúdo da regulação urbanística no decurso do acompanhamento, monitorização e controlo das atividades desenvolvidas ao abrigo dos

---

qualquer modo, a nova LBPSOTU veio reforçar o associativismo municipal no âmbito do ordenamento e do planeamento do espaço, não só através da previsão dos *programas intermunicipais*, como também dos *planos territoriais* de âmbito intermunicipal, que englobam os planos diretores intermunicipais, os planos de urbanização intermunicipais e os planos de pormenor intermunicipais (artigo 42.º, n.º 4).

No que respeita aos *planos territoriais de âmbito intermunicipal*, há que realçar três notas: a primeira é que a aprovação de um plano diretor intermunicipal dispensa a elaboração de planos diretores municipais e substitui-os (artigo 42.º, n.º 5, *in fine*); a segunda consiste em que a existência de um plano diretor, de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor de âmbito intermunicipal exclui a possibilidade de existência, ao nível municipal, de planos territoriais do mesmo tipo, na área por eles abrangida, sem prejuízo das regras relativas à dinâmica de planos territoriais (artigo 44.º n.º 5). A terceira traduz-se em que a existência de um plano intermunicipal não prejudica o direito de cada município gerir autonomamente o seu território de acordo com o previsto nesse plano (artigo 42.º, n.º 7).

Quanto aos *planos territoriais de âmbito municipal*, estabelecem nos termos da Constituição e da lei, de acordo com as diretrizes estratégicas de âmbito regional, e com opções próprias de desenvolvimento estratégico local, o regime de uso do solo e a respetiva execução e continuam a abarcar os planos diretores municipais, os planos de urbanização e os planos de pormenor (artigo 43.º, n.ºs 1 e 2). O plano diretor municipal é de elaboração obrigatória, salvo se houver um plano diretor intermunicipal, e estabelece, nomeadamente, a estratégia de desenvolvimento territorial municipal, o modelo territorial municipal, as opções de localização e de gestão de equipamentos de utilização coletiva e as relações de interdependência com os municípios vizinhos. Por seu lado, o plano de urbanização desenvolve e concretiza o plano diretor municipal e estrutura a ocupação do solo e o seu aproveitamento, definindo a localização das infraestruturas e dos equipamentos coletivos principais. E o plano de pormenor desenvolve e concretiza o plano diretor municipal, definindo a localização e a volumetria das edificações, a forma e organização dos espaços de utilização coletiva e o traçado das infraestruturas.

Para mais desenvolvimentos sobre o sistema de planeamento urbanístico português, cfr. F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, I, cit., pp. 346-602, e “A nova Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e do Urbanismo: Alguns Princípios Fundamentais”, *Revista do CEDOUA*, Ano 17, n.º 34, (2.) 2014, pp. 9-21.

<sup>895</sup> Entre nós, como resulta da própria CRP (artigo 65.º, n.º 5) e da lei [artigos 3.º, g) e h), 47.º, 54.º e 55.º, da LBPSOTU, bem como dos artigos 6.º, 7.º, 37.º, 46.º, n.º 1, f), 50.º, 56.º, e), 59.º, 76.º, n.º 1, 79.º a 81.º e 88.º, do RJIGT]. Para uma análise de direito comparado, cfr. o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 84-133.

instrumentos de planeamento. Ora, uma vez que, atualmente, uma boa parte da intervenção da administração urbanística no território é feita em conjunto com os particulares, haverá que saber, *se e em que medida*, tais contratos estão submetidos às regras da *contratação pública*<sup>896</sup>.

Em geral, a atividade administrativa urbanística apresenta várias conexões com a instituição contratual, quer porque o contrato (público) surge como instrumento jurídico ao serviço da execução de planos (*post-plan*), concluído, na terminologia francesa, no âmbito do “*urbanismo operativo*” sobre a base de um plano já aprovado, com vista a fixar as condições, os termos e os prazos para a sua concretização, quer porque o contrato surge no âmbito do “*urbanismo regulamentar*” (*pre-plan*), quer dizer, no decurso do procedimento de planeamento, visando estabelecer os critérios destinados a definir o *se*, o *quando* e o *modo* do exercício do poder de planeamento urbanístico<sup>897</sup>. Este último tipo de contratos,

---

<sup>896</sup> Sob ponto de vista funcional, existem certos contratos urbanísticos que podem envolver, no seu âmbito natural ou convencional, a realização de obras de urbanização (v.g., arruamentos, redes de saneamento, de conexões de abastecimento de água e eletricidade), a construção de infraestruturas gerais, de instalações desportivas de bairro, de equipamentos sociais ou de centros culturais e recreativos. Quer dizer, por contrato pode a administração municipal adjudicar diretamente ao construtor (*scilicet*, ao titular de uma licença de construção ou de um projeto de loteamento aprovado) a realização de um leque alargado de obras de caráter urbanístico, iludindo, deste modo, as normas da *contratação pública* constantes da Parte II do CCP e os princípios comunitários da *concorrência* e da *igualdade de chances entre os operadores de mercado*. Sobre esse problema, cfr. o nosso “A Contratação Urbanística em Portugal à luz do Código dos Contratos Públicos e do Direito da União Europeia”, cit., pp. 27-41

<sup>897</sup> Para análise da contratação urbanística na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, cit., pp. 265-298; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 36-42, e “Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen”, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Hrsg. Hans-Uwe Erichsen, Walter de Gruyter, 2010, pp. 784-831; EVA KOCH, *Städtebauliche Instrumente bei der Konversion von Militärarealen*, Lexxion Verlagsgesellschaft, 2012, pp. 250-273; LENZ/WÜRTEMBERGER, *BauGB-Verträge-Leitfaden für Gemeinde und Investoren*, Boorberg, Stuttgart, 2011, pp. 37-138; *Städtebauliche Verträge und Vergaberecht*, Symposium des Zentralinstituts für Raumplanung an der Universität Münster am 24. Juni 2009, Hans D. Jarass (Hs.), 2010, Lexxion, Berlin, pp. 1-12; HANS BÜCHNER/KARLHEINZ SCHLOTTERBECK, *Baurecht: Städtebaurecht einschließlich örtlicher Bauvorschriften*, Vol. I, W. Kohlhammer Verlag, 2008, pp. 301-316; MICHAEL KRAUTZBERGER, “Städtebauliche Verträge in der praktischen Bewährung”, *Umwelt und Planungsrecht*, 11/12, 2007, pp. 407-414, “§ 12”, *Baugesetzbuch*, Hrsg. Battis/Krautzberger/Löhr, München, 2007, pp. 280-291; “Zum Stellenwert von städtebaulichen Verträgen im heutigen Städtebau”, *Umwelt und Planungsrecht*, 1, 2006, pp. 1-4; HANS J. BIRK, *Städtebauliche Verträge*, Inhalte und Leistungsstörungen, Boorberg, Stuttgart, 2002, pp. 41-78; ULRIKE BICK, “Städtebauliche Verträge”, *DVBI*, 2001, pp. 154-161; W. BROHM, “Städtebauliche Verträge zwischen Privat und Öffentlichem Recht”, *JZ*, 2000, pp. 321-325; E. SCHMIDT-ASSMANN/WALTER KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge: Vertragstypen und Vertragsrechtslehren*, Schriftenreihe “Forschung” des Bundesministers für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, Heft 460, 1988; FRANÇOIS BARLOY, “Quelques observations sur la présence du contrat en droit de l’urbanisme”, *Contrats Publics, Mélanges en l’honneur de Michel Guibal*, Université de Montpellier, Tome II, 2006, pp. 47-62; H. JACQUOT/F. PRIET, *Droit de l’Urbanisme*, Paris, 2006, pp. 451-455; P.-L. FRIER, “Contrats et Urbanisme Réglementaire: Les Obstacles Juridiques”, *Revue Droit Administratif*, n.º 3, 2005, pp. 13-15; MARION UBAUD-BERGERON, “La qualification juridique des contrats administratifs face à la complexité: l’exemple des conventions d’aménagement urbain”, *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean-Philippe Colson*, Environnements, Presses



que visam modelar o sentido em que os poderes de planeamento da administração hão-de ser exercidos no procedimento administrativo de emanação de regulamentos, penetram no campo da definição autoritária e imperativa de regras urbanísticas, onde se inclui a elaboração, alteração ou revisão de planos urbanísticos (artigos 47.º da LBPSOTU e 79.º a 81.º do RJIGT). Neste ensejo, o grau de *intensidade* ou de *profundidade* da participação dos particulares no procedimento de formação dos planos abriu caminho, nas sugestivas palavras de PAOLO URBANI, a um modelo de “codeterminação público-privada do ordenamento urbanístico”<sup>898</sup>.

A contratualização do conteúdo do plano urbanístico não pode deixar de constituir uma temática altamente problemática. Claro está que o plano de urbanização e o plano de

---

Universitaires de Grenoble, 2004, pp. 257-275; NICOLAS PORTIER, “Un nouveau mode de relations entre l’Etat et ses partenaires: l’exemple de l’aménagement du territoire”, *AJDA*, n.º 19, 05/2003, pp. 986-989; NICOLA CENTOFANTI, *Le Convenzioni Urbanistiche ed Edilizie*, Milano, 2007, pp. 3-27; BORELLA, “L’Urbanistica Contrattata dopo la Legge 241 del 1990”, *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 4, 1998, pp. 419-447; DINO BORRI, “Urbanistica Contrattata”, *Urbanistica Contrattata e Tutela dell’Ambiente*, 2007, Bari, pp. 17-21; MARIA MAZZA, *Il Transferimento della Capacità Edificatoria*, Matelica, 2005, pp. 9-35; MARCO MAGRI, “Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturale”, *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 4, 2004, pp. 539-587; FERDINANDO PARENTE, “Programmazione Negoziata Attuativa Di Dettaglio e Trasformazione del Territorio”, in *Urbanistica contrattata e tutela dell’Ambiente*, cit., pp. 181-196; GIORGIO CUGURRA, “Accordi e Pianificazione Territoriale ed Ambientale”, *Rivista Giuridica dell’Urbanistica*, 2005, pp. 144-155; PAOLO URBANI, *Urbanistica Consensuale – La disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000; STEFANO CIVITARESE, “Sul Fondamento Giuridico degli Accordi in Materia di Fissazione delle Prescrizione Urbanistiche”, *Presente e Futuro della Pianificazione Urbanistica* (ed. Pugliese/Ferrari), Milano, 1999, pp. 132-141, e *Contributo allo Studio del Principio Contrattuale nell’Attività Amministrativa*, Torino, 1997; MARIO NIGRO, “Convenzioni Urbanistiche e Rapporti tra Privati. Problemi Generali”, *Convenzioni Urbanistiche e Tutela nei Rapporti tra Privati*, Milano, 1995, pp. 33-66; CANDIAN/GAMBARO, *Le Convenzioni Urbanistiche*, Milano, 1992, pp. 3-64; SENDÍN GARCÍA, *Régimen Jurídico de los Convenios Urbanísticos*, Granada, 2008, pp. 11-39; OCHOA GÓMEZ, *Los Convenios Urbanísticos. Límites a la Figura Redentora del Urbanismo*, Madrid, 2006, pp. 15-55; CANO MURCIA, *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico*, Pamplona, 2006, pp. 28-60; Vicente Díaz, *El Procedimiento Concursal como Nuevo Modelo de Desarrollo de la Actividad de Gestión Urbanística*, Aranzadi, 2003, pp. 49-67; ARREDONDO GUTIÉRREZ, *Los Convenios Urbanísticos y su Régimen Jurídico*, Granada, 2003, pp. 1-80; BUSTILLO BOLADO/CUERNO LLATA, *Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares*, Pamplona, 2001, pp. 25-89; HUERGO LORA, *Los Convenios Urbanísticos*, Madrid, 1998, pp. 27-32; FONSECA FERRANDIS, “Los convenios urbanísticos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 159, 1998, pp. 87-99; JERÓNIMO A. SIERRA, “Algunas consideraciones sobre la Institución contractual y el Urbanismo: los llamados Convenios Urbanísticos”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 146, 1996, pp. 11-23; LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Policop., Coimbra, 2012, pp. 63-98; F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, I, cit., pp. 469-483, ALEXANDRA LEITÃO, “A contratualização no direito do urbanismo”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, 2006, pp. 9-32; JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística*, cit., pp. 322-357; F. PAULA OLIVEIRA/DULCE LOPES, “O papel dos privados no planeamento: que formas de intervenção?”, *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 20, 2003, pp. 43-80; e o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit.. Cfr., ainda, os estudos e relatórios internacionais em *La Contractualisation dans le Droit de l’Urbanisme*, sous la direction de Thierry Tanquerel, Jacqueline Morand-Deviller e Fernando Alves Correia, Colloque biennal de l’Association Internationale de droit de l’urbanisme (AIDRU), Coimbra, 23-24 septembre 2011, *Les Cahiers du GRIDAUH*, Paris, n.º 25, 2014.

<sup>898</sup> *Urbanistica Consensuale*, cit., p. 74.

pormenor estão dependentes de uma habilitação constante de uma lei que, em grau variável, concretizam. No entanto, tais planos não se reconduzem apenas a uma simples pormenorização de aspetos constantes da lei, implicando valorações dentro do quadro legalmente definido. Quando em causa estão *planos com eficácia plurisubjetiva*, a sua natureza criadora e jurisgénica é indiscutível, tratando-se não de dar execução a um regime legislativo previamente estabelecido, mas de instituir *ex novo* um modelo de ocupação do território e, bem assim, de definir preceitos que influem diretamente sobre a esfera jurídica dos cidadãos. Logo, a intersecção entre contrato e regulamento administrativo neste campo (*scilicet*, no campo dos atos criadores de normas gerais e abstratas positivadas) não pode deixar de traduzir riscos de contratualização da juridicidade, gerando um fenómeno de “bilateralidade constituinte do direito” que “transfigura procedimental e materialmente a normatividade”<sup>899</sup>.

Já no âmbito da *execução de planos urbanísticos ou do urbanismo operativo*, o contrato assume-se como uma modalidade da ação administrativa que tem em vista disciplinar (*scilicet*, “acelerar”, “garantir” ou “tornar mais eficiente”) o modelo de concretização do plano, regulando, detalhadamente, os termos e os prazos para a execução das prescrições urbanísticas<sup>900</sup>. Ora, como facilmente se depreende, a atividade jurídica de execução de planos urbanísticos reclama a participação dos particulares e configura – pela sua *natureza, amplitude, necessidade e sujeitos envolvidos* – um terreno particularmente fértil de manifestações contratuais, que não conhece paralelo em mais nenhum *setor* ou *área especial* do direito administrativo.

O sentido prático desta asserção comporta, porém, resultados jurídicos não despiciendos: o reconhecimento do contrato urbanístico (*städtebauliche Verträge, convenios urbanísticos, convenzioni urbanistiche, conventions d'aménagement e planning agreements*) como um instituto no qual se encontram abrangidas diferentes *fattispecies* contratuais, cada uma com a sua regulamentação própria, assinalou a autonomização de

---

<sup>899</sup> As expressões são de PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., pp. 140-141.

<sup>900</sup> Constituem, no nosso ordenamento jurídico, “contratos de execução de planos municipais de ordenamento do território”, designadamente os *contratos integrativos dos sistemas de execução dos planos municipais de ordenamento do território* (artigos 149.º, 150.º e 151.º, do RJIGT), os *contratos de mediação no controlo prévio das operações urbanísticas* [artigos 24.º, n.º 2, b), e 5, e 25.º, n.ºs 1, 3 e 6; artigos 46.º e 47.º e 55.º, do RJUE], os *programas de ação territorial* (artigo 73.º-A do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana [RJRU], aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro), os *contratos no âmbito da expropriação por utilidade pública* (artigos 33.º a 37.º, do Código das Expropriações), os *contratos de concessão de reabilitação urbana, de reabilitação urbana e de empreitada única* (artigos 42.º, 43.º e 56.º do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana) e a *contratação referente ao parcelamento do solo urbano* (artigo 165.º, n.ºs 2 e 3, do RJIGT) e à concretização dos *mecanismos de perequação previstos nos planos direta e imediatamente vinculativos dos particulares* (artigos 178.º, n.ºs 5, 6 e 7, e 179.º, do RJIGT). Sobre os contratos de execução de planos urbanísticos no direito comparado, cfr. o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 84-133.

uma *área especial* da contratação pública. Alguns desses contratos urbanísticos, sejam de direito administrativo, sejam de direito privado da administração, encontram-se submetidos às regras e princípios da “contratação pública”, descortinando-se a abundância de jurisprudência europeia em matéria de “mercados públicos da contratação urbanística” e registando-se a obrigatoriedade das entidades adjudicantes tramitarem procedimentos de seleção concorrencial. Remetemos para a Parte II da nossa investigação ulteriores desenvolvimentos nessa matéria (*infra*, 50.).

#### 25.4.5.2. Contratação ambiental

No direito do ambiente, o recurso a formas contratuais colhe o fundamento direto na necessidade de, por um lado, compensar a amplitude do poder discricionário da administração ambiental com uma exigente e aprofundada participação dos interessados, e, por outro, vincular os operadores económicos responsáveis pelo exercício da atividade industrial a absterem-se de determinadas condutas (não produção de impactes ambientais negativos pelos agentes económicos poluidores) ou a adotarem comportamentos conformes à proteção da ecologia e do meio ambiente (cumprindo voluntariamente obrigações *praeter legem*)<sup>901</sup>.

---

<sup>901</sup> Para uma análise da *contratação administrativa no direito do ambiente*, cfr. ROLF SCHWARTMANN/HEINZ-JOACHIM PABST, *Umweltrecht*, Hüthig Jehle Rehm, 2011, pp. 28-30, 110-111 e 167-168; VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, cit., pp. 298-306; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 42-44; SPARWASSER/ENGEL/VOBKUHLE, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, Hüthig Jehle Rehm, 2003, pp. 133-139; JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Droit de l'Environnement*, PUF, Paris, 2007, p. 9-16; BJØRN BAUER/FISCHER-BOGASON, *Voluntary Agreements and Environmental Labelling in the Nordic Countries*, Nordic Council of Ministers, 2011, pp. 13-52; JOICE Y. CHANG, *Impacts of Environmental Voluntary Agreement Participation on Compliance and Enforcement: An Analysis of the National Environmental Performance Track*, BiblioBazaar, 2012; M. MARC DE CLERCQ, *Negotiating Environmental Agreements in Europe: Critical Factors for Success*, E. Elgar, 2002; DAVID DANA, “The new «contractarian» paradigm in environmental regulation”, *University of Illinois Law Review*, 2000, n.º 1, pp. 35-59; PATRICIA BAILEY, “The creation and enforcement of environmental agreements”, *European Environmental Law Review*, Jun., 1999, pp. 170-179; e os contributos em *Negotiating Environmental Agreements: How To Avoid Escalating Confrontation Needless Costs And Unnecessary Litigation*, eds. Lawrence Susskind, Paul Levy, Jennifer Thomas-Larmer, Island Press, 2000, e em *Co-operative Environmental Governance: Public-Private Agreements as a Policy Strategy*, ed. P. Glasbergen, Springer Science & Business Media, 1998. Entre nós, cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do direito do ambiente*, cit., pp. 638-655; MARK KIRKBY, *Os Contratos de Adaptação Ambiental – A concertação entre a Administração Pública e os particulares na aplicação de normas de polícia administrativa*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, pp. 45-103; FERNANDA MAÇÁS, “Os acordos sectoriais como um instrumento da política ambiental”, *Revista CEDOUA*, n.º 5, 2000, pp. 37-54; PAULO CASTRO RANGEL, *Concertação, Programação e Direito do Ambiente (a propósito do sentido e da causa-função do contrato-programa de redução da carga poluente)*, Coimbra, 1994, pp. 47-101; e o nosso “Contrato e Poder Público Administrativo – em especial, os «novos»

Como se depreende, o contrato é, no contexto da implementação da política ambiental, um *instrumento de orientação de comportamentos* (de abstenção ou de ação, negativos ou positivos) e de *cumprimento de objetivos de qualidade ambiental*. Deste modo, os contratos no domínio da gestão ambiental podem variar segundo: a *tipologia*, observando-se designações não raras vezes imprecisas e tautológicas, podendo tratar-se de “contratos de redução de riscos ambientais”, “acordos voluntários”, “contratos de redução da carga poluente”, “contratos de adaptação ambiental”, “contratos de promoção ambiental”, “contratos-programa em matéria de política ambiental”, “contratos sobre o cumprimento de normas regulatórias”; as *partes intervenientes*, podendo ser celebrados entre entidades públicas e operadores económicos, empresas poluidoras, associações ou representantes de um setor industrial e, ainda, organizações não governamentais de ambiente; a *natureza e o regime jurídico*, podendo tratar-se de contratos administrativos ou de contratos de direito privado da administração; os *objetivos ou finalidades a prosseguir*, tais como a redução de emissões poluentes, o exercício ativo de ações de conservação da natureza, a fixação de critérios de qualidade ambiental, a negociação e substituição de *standards* regulatórios, a gestão de ecossistemas, a estipulação de valores limite de descargas ou emissões poluentes ou a reciclagem de resíduos; e a sua *função perante o “bloco da legalidade”*, que tanto pode ser uma função de suporte ou execução da legislação vigente ou de planos nacionais de ação em matéria ambiental, uma função de modo de regulação jurídica transitória até à aprovação de legislação especial ou setorial e, ainda, uma função de forma de regulação jurídica substitutiva de *standards* normativos<sup>902</sup>.

Porém, os aspetos mais problemáticos, neste domínio, traduzem-se na admissibilidade de *contratos substitutivos de medidas sancionatórias*, de que são exemplos os contratos de adaptação ambiental. Como alguma doutrina vem salientando, através destes contratos é “concedido um prazo às empresas aderentes para que estas se adaptem às novas regras em matéria de controlo de poluição. Trata-se da fixação contratual de um regime transitório durante o qual as empresas podem incorrer em ilícito ambiental (emissões

---

contratos com objeto passível de regulamento administrativo”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, 2012, pp. 195-224.

<sup>902</sup> Cfr. FERNANDA MAÇÃS, “Os acordos sectoriais como um instrumento da política ambiental”, cit., pp. 42-43. Assumem particular relevância os *contratos de concessão ou de gestão para o exercício de ações de conservação da natureza*, previstos no artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de julho. Aos contratos ambientais juntam-se os *contratos de gestão de resíduos sólidos urbanos* e os *contratos de recolha e entrega de resíduos sólidos urbanos* utilizados no direito catabólico, frequentemente, associados à “gestão ambiental”. Note-se que, em 2014, entrou em vigor a Lei n.º 19/2014, de 14 de abril, que define as bases da política de ambiente, revogando a anterior Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87, de 7 de abril).

poluentes) sem serem sancionadas, desde que cumpram o programa acordado com o Estado para reduzir gradualmente as emissões”<sup>903</sup>.

Observando-se uma tendência geral para o recurso a formas regulatórias de proteção ambiental mais flexíveis, integradas e baseadas em parcerias, por oposição às estratégias impositivas do modelo tradicional de comando e controlo, a doutrina vem aludindo a um modelo de “pilotagem através do consenso” (*steuerung durch konsens*)<sup>904</sup> e a um “novo paradigma contratualista da regulação ambiental”<sup>905</sup>. Nesta linha, também o direito da união europeia vem, por um lado, promovendo estratégias que visam encorajar o estabelecimento de compromissos e de contratos com a indústria, tendo em vista a prossecução de objetivos ambientais e a redução da poluição, e, por outro, adotando códigos de conduta que visam encorajar o mercado a funcionar de modo favorável ao ambiente (utilização sustentável dos recursos naturais e dos resíduos), e, ainda, *soft law* no sentido da consideração de aspetos ambientais na adjudicação de contratos públicos (*green public procurement*)<sup>906</sup>.

#### **25.4.6. Exercício contratual de poderes administrativos e renovação das formas jurídicas da ação administrativa**

##### **25.4.6.1. O problema da (in)compatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo**

Durante muito tempo, apesar da aceitação do contrato como modo de ação no direito administrativo, manteve-se imperturbado o *dogma*, nascido no início do século XX por obra de uma parte significativa da ciência jurídica alemã e italiana, segundo o qual, onde a administração pública disponha de poderes de autoridade, o contrato não é admissível (*rectius*, o contrato não é sequer possível – “*eine juristische Liebhaberei*”). No desenvolvimento ou em paralelo com as conceções de OTTO MAYER, consolida-se, em todos os sistemas jurídicos europeus, a ideia de que o contrato se revela inconcebível no âmbito das relações de autoridade (de proibição, de imposição e de punição, mas também de autorização). O poder administrativo exprime-se através de atos administrativos e de

<sup>903</sup> SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um Novo Direito Administrativo?*, cit., p. 69.

<sup>904</sup> Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOBKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 133.

<sup>905</sup> Cfr. DAVID DANA, “The new «contractarian» paradigm in environmental regulation”, cit., p. 35.

<sup>906</sup> Sobre a temática, cfr. os contributos em *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, ed. Sue Arrowsmith/Peter Kunzlik, Cambridge University Press, 2009; e, entre nós, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 415-441; e NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, cit., pp. 260-277.

regulamentos e, tratando-se de um poder indisponível, não podia, *ex definitione*, ser exercido de forma pactuada – professava GIACOMETTI que o contrato, baseado na igualdade entre as partes, era entendido, no âmbito do direito administrativo, como uma “*contradictio in adjecto*” (“*die öffentlichrechtliche Vertrag ist eine contradictio in adjecto*”)<sup>907</sup>. O princípio segundo o qual poder público não é objeto de “negócio” ou de “hipoteca” tinha, portanto, uma validade geral<sup>908</sup>.

Esse dogma que preconizava não se coadunar o contrato com o exercício da autoridade (contrato e poder público seriam grandezas, qualidades ou modos de ação inconciliáveis ou incompatíveis entre si), como veremos na Parte II, só recentemente foi ultrapassado<sup>909</sup>. Hoje, a lei permite como regra geral a utilização do contrato no exercício da função administrativa. Pode dizer-se que o regime se inverteu: deixou de valer o princípio liberal da proibição e não pode sequer afirmar-se, em geral, a existência de áreas proibidas. O princípio é o da *admissibilidade*, embora com *limites e compressões*<sup>910</sup> (salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer).

A aceitação do contrato administrativo como um instrumento de ação por cujo intermédio a administração pode exercer os seus poderes públicos unilaterais provém do direito alemão, que, desde a Lei do Procedimento Administrativo de 1976 (§§ 54 e segs. da *Verwaltungsverfahrensgesetz*), passou a acolher o *princípio geral da livre utilização do contrato de direito público*, o qual pode ser celebrado entre a administração e o particular nos casos em que aquela detém competência para dirigir um ato administrativo a esse particular, surgindo assim as figuras dos contratos que substituem atos administrativos (*contratos decisórios*), bem como dos contratos pelos quais a administração se compromete a exercer em certos termos o seu poder de praticar atos administrativos (*contratos integrativos ou obrigacionais*). Depois do reconhecimento pela lei alemã, outras vieram a admitir expressamente o *contrato administrativo celebrado no exercício de poderes públicos*, como as leis de procedimento administrativo italiana, portuguesa e espanhola.

---

<sup>907</sup> Cfr. ZACCARIA GIACOMETTI, *Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts und Verwaltungsrechtsinstitutionen in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts*, cit., p. 17.

<sup>908</sup> WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 202.

<sup>909</sup> Na realidade, essas construções anti-contratualistas, redundantes e artificiosas, procurando rejeitar o contrato nas relações de autoridade, nada mais fizeram do que promovê-lo.

<sup>910</sup> Assim, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, cit., p. 64.

### 25.4.6.2. A penetração do contrato na administração de autoridade

Com o advento do Estado Social e da administração prestacional, constitutiva e infraestrutural, como vimos, o contratualismo administrativo conheceu uma forte expansão na Europa continental. Este fenómeno teve como suporte institucional não apenas a figura francesa do contrato administrativo de colaboração, mas também a figura do contrato administrativo de matriz germânica, que regula a consensualização do exercício de poderes de autoridade pela administração. A tendência generalizada para o consensualismo na ação administrativa faz-se sentir mesmo em zonas de intervenção autoritária e da administração agressiva, onde o ato administrativo detinha uma posição primacial ou hegemónica.

No nosso tempo, o contrato expandiu-se, igualmente, por via da sua penetração nos domínios do direito administrativo considerados, por natureza, reservados à atuação unilateral das autoridades administrativas (administração de autoridade e decisão unilateral). Em causa estão aquele tipo de matérias que, tendo constituído o *campus* tipicamente absorvente de toda a atividade pública do Estado liberal, constituem, ainda hoje, o espaço paradigmático da “*administração de autoridade e da decisão unilateral*”: trata-se dos domínios da polícia administrativa ou do direito administrativo de ordenação, dos direitos do urbanismo, do ordenamento do território e do ambiente e do direito fiscal.

Como vimos, um dos fatores que explica esta abertura ao exercício consensual ou contratual de poderes públicos reside na *flexibilização do sentido vinculativo do princípio da legalidade administrativa*. A atividade administrativa desenvolve-se em áreas económicas e sociais e desempenha novas tarefas de prestação, de infraestruturização e de regulação, que nem sempre se compadecem com a prefiguração abstrata, rígida e estrita das soluções legalmente previstas para os conflitos de interesses públicos e privados, exigindo a obtenção de acordos e compromissos com os interessados.

Neste novo contexto, os primeiros anos do século XXI têm sido marcados pela ocorrência de profundas transformações que se vêm verificando no sistema administrativo, particularmente as que se relacionam com a *crise de autoridade* e com os lugares que o *consenso* e a *paridade* ocupam, atualmente, no âmbito do direito administrativo, designadamente na relação entre a administração e os particulares<sup>911</sup>. A temática da renovação das formas da ação administrativa assume aqui uma importância capital, com a possibilidade de autonomização de *novas distinções, figuras jurídicas e formas de ação administrativa*. Advoga-se a combinação entre formas de ação, já que o agir imperativo e unilateral passou a conviver com outros modelos de interação concertada e consensual, os

---

<sup>911</sup> Cfr., a este propósito, PEDRO MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Coimbra, 2007.

quais: ora substituem a decisão unilateral na regulação das relações entre a administração e os particulares; ora aparecem integrados no próprio ciclo de formação da decisão, fixando o respectivo conteúdo; ora constituem, ainda, uma via utilizada para evitar uma decisão unilateral provável ou para definir por antecipação o sentido de uma decisão futura.

A contratualização pública ganhou, assim, novos espaços e avançou em direção a áreas que classicamente se entendiam subtraídas à via contratual. Em causa está, agora, um tipo de contratação que respeita o “administrado” na sua essencial condição *de sujeito* da “relação jurídica administrativa procedimental”. Do ponto de vista funcional, os *contratos sobre o exercício de poderes públicos* assumem um papel preponderante nos setores especiais do direito administrativo, designadamente no direito administrativo do ambiente, no direito do urbanismo e do ordenamento do território, no direito fiscal e no direito da regulação pública. Existe, neste contexto, um fenómeno de atração de tais matérias para a órbita administrativa, alargando a regulação pública a novos setores para além dos domínios tradicionais e criando núcleos novos de direitos administrativos especiais.

Observa-se, em suma, a valorização dos esquemas de governação colaborativa no modelo administrativo contemporâneo, em contraste com a rigidez dos esquemas de regulação impositiva tendencialmente absorventes de toda a atividade administrativa liberal. Também por aqui se foi concretizando a ideia de que no atual “Estado Cooperativo é impensável que a administração obtenha de forma autoritária tudo aquilo que pode obter consensualmente”, em contraste com o princípio clássico de que “não faz sentido contratar o que se pode impor”. Daqui resulta, naturalmente, o reconhecimento da importância da introdução de modelos participativos, cooperativos e colaborativos na tomada da decisão administrativa, não residindo a legitimação dessa ação exclusivamente na lei.

A figura do “contrato administrativo sobre o exercício do poder público” reveste elevada importância para a economia da nossa Dissertação. Uma Dissertação que se propõe estudar a utilidade e os novos contornos da contratualização do poder administrativo tem de assumir como uma das suas questões centrais o problema do regime jurídico *específico* aplicável a esse contrato (em contraposição com a ideia de que pode existir um “regime único” aplicável a todos os tipos de contratos administrativos). Sobre esse repto nos pronunciaremos na Parte II, o que justifica, por agora, adiar essas considerações que constituem *o problema* objeto da presente investigação.



#### 25.4.7. Contrato administrativo e funções de soberania do Estado

Além da expansão do contrato administrativo nos domínios do direito administrativo considerados, por natureza, reservados à atuação autoritária e unilateral das entidades administrativas, nos últimos anos, vem-se detetando um recurso sistemático e permanente ao *contracting out* e ao *outsourcing* em zonas relacionadas com a defesa de *interesses essenciais, estratégicos ou de soberania do Estado* e, ainda, com a *manutenção da ordem e da segurança públicas*<sup>912</sup>. Neste ponto, interessa-nos destacar a particularidade de a regulação jurídica contratual intervir em zonas relacionadas com a defesa de interesses estratégicos ou de soberania do Estado e, ainda, com a manutenção da ordem e da segurança públicas. Nos domínios assinalados, surgiram várias formas de externalização contratualizada de tarefas públicas, desde as *concessões tradicionais* às *concessões em forma de parceria público-privada* (v.g., *gestão do sistema prisional*), a par do crescente recurso ao contrato de *outsourcing*, que atingem funções públicas por excelência. Num plano contratual distinto, regista-se, igualmente nos domínios da *segurança pública* e da *defesa nacional* o aumento progressivo do *contracting out* (aquisições públicas, contratação para desenvolvimento e *outsourcing*).

O quadro regulatório que acaba de se descrever conhece aplicação prática nas recentes formas de contratação pública que se vêm desenvolvendo na gestão global de estabelecimentos prisionais (*private prisons contractors*), na segurança do espaço fronteiriço (*contract to secure borders*), na contratação de empresas privadas para o exercício de tarefas de polícia e de investigação criminal (*private police contractors* e *private investigators contractors*) e na prossecução de tarefas militares e de defesa nacional (*outsourcing private military*). Estas formas de externalização contratualizada de tarefas públicas conduziram alguns autores a aludir a um “*outsourcing* de soberania”, cuja utilização crescente não se encontra isenta de múltiplos riscos<sup>913</sup>. Se em muitos domínios da atividade administrativa se verifica que a administração deixou de dispor de recursos próprios e de agentes técnicos especializados em áreas instrumentais (como o planeamento, a gestão, o apoio jurídico, a informática), em domínios relacionados com funções de soberania, o recuo da “produção interna” e a acentuada tendência para a contratação não podem deixar de se encontrar rodeadas de perplexidades. São, no entanto, distintos os problemas jurídicos que cada uma daquelas formas contratuais convoca nos domínios

<sup>912</sup> Como veremos na Parte II, 42, tais matérias são tradicionalmente consideradas pela doutrina como “alérgicas à técnica contratual” ou insuscetíveis de contratualização.

<sup>913</sup> Cfr. PAUL VERKUIL, *Outsourcing Sovereignty: Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy and What We Can Do about It*, Cambridge University Press, 2007, p. 16; e ALFRED C. AMAN, “Private Prisons and the Democratic Deficit”, *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, eds. Simon Chesterman, Angelina Fisher, Oxford University Press, 2009, p. 88.

assinhalados. Vejamos de seguida em que termos se processa essa contratação administrativa.

### **25.4.7.1. Contratação pública e gestão de estabelecimentos prisionais**

#### **25.4.7.1.1. Modelo contratual**

No âmbito da entrega a privados da gestão de *estabelecimentos prisionais* (e de centros juvenis de correção), assistiu-se à *delegação de funções públicas* com recurso às concessões tradicionais ou em modelo de parceria público-privada (*Private Finance Initiative*, que inclui a construção e a gestão do estabelecimento prisional<sup>914</sup>). Através destes contratos, o contraente particular acha-se incumbido de atuar *em vez da entidade pública* na prossecução de fins institucionais desta, visando a obtenção de lucros no quadro de “funções críticas” ou de “funções públicas por excelência”<sup>915</sup>. A forma de remuneração dos concessionários ou parceiros, em regra, é calculada em função da diária e do número de reclusos (*inmates*), pagando o Estado uma quantia fixa por dia (*set payment per inmate per day*). Assim, se é verdade que da atividade do concessionário ou parceiro privado resulta a satisfação de finalidades do próprio Estado, não se pode olvidar que a obtenção do lucro configura o fim ou a meta que a gestão privada do serviço prisional visa alcançar.

Ora, como escreve SHARON DOLOVICH, o concessionário ou parceiro privado só obtém lucros significativos quando a sua despesa com cada recluso é inferior à receita auferida (tendo esta por base o pagamento diário por recluso). Ao mesmo tempo, a entidade adjudicante, quando põe em marcha o procedimento contratual, já estabelece um preço base reduzido, pelo menos inferior ao valor que despenderia para gerir diretamente o serviço (“esmagamento do preço base”). Por essa razão, a Autora conclui que, “se os privados têm a pretensão de gerar lucros, não lhes resta outra alternativa senão gerir as prisões com um

---

<sup>914</sup> Estes modelos são, atualmente, utilizados, a título de exemplo, nos Estados Unidos da América, no Reino Unido, na Alemanha (modelo misto), na Austrália, na Nova Zelândia, no Canadá, na África do Sul e no Brasil. Cfr. o *Prison Privatisation Report International*, n.º 60, January/February (2004), publicado pelo *Public Services International Research Unit (PSIRU) University of Greenwich, London*.

<sup>915</sup> Sobre as *private prisons ou for-profit prisons* e as especificidades dos modelos contratuais utilizados, cfr. SHARON DOLOVICH, “How Privatization Thinks: The Case of Prisons”, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, eds. Jody Freeman/Martha Minow, Harvard University Press, 2009, pp. 128-147, e “State Punishment and Private Prisons”, 55 *Duke Law Journal* 441 (2005); ALFRED C. AMAN, “Private Prisons and the Democratic Deficit”, cit., pp. 86-107; MICHAEL HALLETT, *Private Prisons in America: A Critical Race Perspective*, University of Illinois Press, 2006, pp. 122-141; SARAH ARMSTRONG, “Bureaucracy, Private Prisons and the Future of Penal Reform”, *Buffalo Criminal Law Review* 288(2003); PAUL VERKUIL, *Outsourcing Sovereignty*, cit., pp. 37-42; os contributos em *Prison Profiteers: Who Makes Money from Mass Incarceration*, eds. Tara Herivel/Paul Wright, The New Press, 2013; CATHERINE DONNELLY, *Delegation of Governmental Power to Private Parties*, Oxford University Press, 2007, pp. 179-218; e L. DIAS MINHOTO, *Privatização de Presídios e Criminalidade: a Gestão da Violência no Capitalismo Global*, São Paulo, 2000.

orçamento muito mais reduzido do que aquele que o Estado disporia para gerir o serviço”<sup>916</sup>. A isto acresce o facto de tais contratos pressuporem a “autonomia de gestão privada do serviço”, o que significa que o concessionário ou parceiro privado exerce em nome próprio (e não em nome da administração) os poderes de intervenção do concedente e tem direito à gestão do serviço durante o prazo convencionado (direito à conservação da concessão e estabilidade e intangibilidade da relação de concessão).

Não é, por isso, de espantar que a execução destes contratos esteja, frequentemente, envolta em polémica e disputa político-social, produzindo-se um aceso debate sobre se o modelo da *privatização da gestão do serviço* (por efeito da contratualização) constitui a melhor via para satisfazer as *necessidades do serviço prisional* e o *fins de reinserção social* do agente, alegando-se que, nas *prisões privadas*, entre outros aspetos: os diretores dos serviços estão sob pressão para reduzir custos; florescem as práticas abusivas e o uso excessivo da força sobre os reclusos; e assiste-se à deterioração das condições de higiene, saúde e alimentação para mínimos insustentáveis, dilacerando o valor da dignidade da pessoa humana e a matriz humanista do direito penal<sup>917</sup>.

#### **25.4.7.1.2. Riscos associados à contratação no âmbito da gestão de estabelecimentos prisionais**

A promessa de maior racionalização e eficiência na gestão do serviço prisional<sup>918</sup> é confrontada com três argumentos contrários ao *modelo de gestão indireta do serviço* ou de *privatização da gestão do serviço*, que permitem uma reflexão mais abrangente, ancorada em princípios e regras jurídico-constitucionais, sobre a utilização do contrato administrativo na gestão de estabelecimentos prisionais.

*Primo*, a subversão da conceção da pena como instrumento de prevenção especial ou individual, por via da transferência das responsabilidades estaduais de prevenção especial positiva e de reinserção social para o mercado.

*Secundo*, a escolha de um modelo de concessão (e a específica remuneração) tem fomentado uma atividade de “*lobbying*” dos parceiros ou empresas privadas sobre os juízes do sistema penal público (regateio das condenações, do tempo de encarceramento e dos locais de cumprimento das penas para expandir as oportunidades de negócio).

---

<sup>916</sup> “How Privatization Thinks: The Case of Prisons”, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, cit., pp. 131-132.

<sup>917</sup> Cfr. SHARON DOLOVICH, “How Privatization Thinks: The Case of Prisons”, cit., pp. 131-143.

<sup>918</sup> Cfr. SHARON DOLOVICH, “How Privatization Thinks: The Case of Prisons”, cit., pp. 133 e 139-143.

*Tertio*, os agentes prisionais privados ficam legitimados, por força do contrato, a exercer a força sobre os reclusos, contingência que se mostrará inevitável ao longo da execução do contrato<sup>919</sup>.

Sublinhe-se que este *modelo de gestão indireta do serviço* ou de *privatização da gestão do serviço prisional* não se assemelha em nada às hipóteses em que um concessionário dispõe de poderes administrativos para gerir um estabelecimento público do setor social (v.g., hospital ou estabelecimento de ensino), porquanto o concessionário do serviço prisional exerce *poderes de autoridade* sobre *pessoas*, sendo-lhe atribuídos específicos poderes para *coagir, deter, perseguir e ressocializar* o recluso<sup>920</sup>. Por isso, não faltam autores que denunciam o facto de este uso “legítimo” da força por agentes privados ter conduzido a práticas abusivas dos concessionários, o que reclama da parte das entidades concedentes uma contínua supervisão e monitorização (auditorias, fiscalização, controlo e poder sancionatório) sobre o modo como as prestações contratuais devem ser executadas<sup>921</sup>.

---

<sup>919</sup> Desenvolvendo estes argumentos, cfr. PAUL VERKUIL, *Outsourcing Sovereignty*, cit., pp. 37-42; e SHARON DOLOVICH, “How Privatization Thinks: The Case of Prisons”, cit., p. 132. Fala-se de um “complexo privado industrial-prisional”, realidade especialmente visível na entidade *Corrections Corporation of America* (CCA), a maior prisão privada contratante com as autoridades públicas norte-americanas. Com enorme impacto mediático nos Estados Unidos da América, no caso *The “Kids for Cash” Scandal* (2008), Luzerne County Court of Common Pleas em Wilkes-Barre, Estado da Pennsylvania, dois juízes (President Judge Mark Ciavarella e Senior Judge Michael Conahan) foram condenados por corrupção e fraude agravada por terem recebido avultadas quantias em dinheiro do proprietário de um determinado centro juvenil de correção, em troca da negociação de sentenças condenatórias, do tempo de encarceramento e do respetivo local de cumprimento das penas.

<sup>920</sup> Pode, inclusive, condenar o recluso ao cumprimento de um período de “pena solitária”, segregando-o dos restantes.

<sup>921</sup> Nos EUA, essa função é realizada, em parte, pela *American Correctional Association* (ACA), que fixa os *standards* em matéria de qualidade das instalações penitenciárias e monitoriza os serviços prestados pelos parceiros privados. Mesmo estando em franca expansão nos ordenamentos jurídicos ocidentais, quanto a nós, o problema da *privatização do sistema prisional* pode não resistir ao veredicto da *inconstitucionalidade* e revelar-se inconsistente com a realização de “valores públicos”. Entre nós, a questão nunca foi colocada ao Tribunal Constitucional, mas o mesmo já ocorreu no Estado de Israel. A questão foi apreciada em novembro de 2009 pelo Supremo Tribunal de Israel, que considerou o modelo de privatização dos estabelecimentos prisionais contrário à Constituição, sustentando que a gestão privada visa legitimamente a obtenção de lucros, objetivo que, em abstrato, é potencialmente lesivo dos direitos fundamentais dos reclusos e da dignidade da pessoa humana. Além disso, o modelo de gestão do sistema prisional, quando “privatiza” a guarda prisional e abrange o exercício de poderes de autoridade sobre os reclusos, mostra-se suscetível de violar a “reserva de administração”. Por último, o Supremo Tribunal afirmou que os poderes de usar a *força* em geral e de *encarcerar* integram a “reserva de soberania” do Estado e não podem ser transferidos para uma empresa privada cujo propósito é ganhar dinheiro – cfr. LINDSEY CAMERON/VINCENT CHETAIL, *Privatizing War, Private Military and Security Companies Under Public International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 117. Com base nesta *argumentatio*, entendemos que, se questão semelhante fosse colocada à apreciação do Tribunal Constitucional português, muito provavelmente, à luz da interpretação que tem sido feita das regras e dos princípios da Constituição Portuguesa, o veredicto seria o da inconstitucionalidade.

### 25.4.7.2. Contratação pública e segurança das fronteiras

A contratação no âmbito da gestão de estabelecimentos prisionais, que se encontra em expansão em diversas democracias ocidentais, não se confunde com outras formas de contratação em “funções críticas”, que visam, em geral, a manutenção da ordem pública, tais como o *controlo fronteiriço* e a *segurança privada dos cidadãos*.

A atividade de controlo do espaço fronteiriço, para além de constituir uma tarefa pública, diz respeito à realização de funções de soberania do Estado. A linha fronteiriça, sendo internacionalmente reconhecida, delimita o espaço sobre o qual o Estado pode exercer poderes de soberania. O território do Estado é um território cercado e delimitado, com fronteiras demarcadas e reconhecidas: nessa medida, para além de separar geograficamente territórios distintos, a demarcação de fronteiras responde, frequentemente, a um estado de equilíbrio entre “forças estaduais” vizinhas e opostas (v.g., por razões políticas ou ideológicas, de controlo da emigração; por motivos relacionados com a prática de crimes ou de ilícitos de outra natureza; e, ainda, pela necessidade de proteção de recursos naturais, marinhos ou geológicos).

Tal como ocorre noutros domínios, para assegurar a realização de tarefas públicas, o Estado promove, através da contratação pública, a colaboração com o setor privado. Num primeiro de nível (*contracting out*), regista-se a compra e a aquisição pública de equipamento tecnológico pelas entidades adjudicantes para assegurar o controlo e patrulhamento do espaço fronteiriço (*contracting out National Security at the Border*), circunstância que submete os agentes públicos às regras privadas de formação e utilização de equipamentos e demanda o acompanhamento constante por parte do Estado da tecnologia privada (*custo trade-off*). Num segundo nível, o controlo do espaço fronteiriço exige o *outsourcing* e a cessão de mão de obra privada para ações de vigilância e de segurança das fronteiras, incluindo a captura de emigrantes ilegais e o exercício da coação física – funções típicas de soberania estadual<sup>922</sup>.

### 25.4.7.3. Contratação pública, polícia privada e investigação criminal privada

Nos ordenamentos jurídicos norte-americano, canadiano e britânico, o contrato público conheceu um desenvolvimento importantíssimo ao ser erigido em instrumento

---

<sup>922</sup> Para um enquadramento desta contratação, promovida pelo *Department of Homeland Security* (DHS) e utilizada recorrentemente nas fronteiras dos EUA com o México, cfr. PAUL VERKUIL, *Outsourcing Sovereignty*, cit., pp. 33-37; e NINA MENDELSON, “Six Simple Steps to Increase Contractor Accountability”, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, cit., pp. 241-244.

privilegiado de atuação nos domínios da segurança dos cidadãos e da investigação criminal. Efetivamente, abandonada a crença na plenitude da operacionalidade e no automatismo dos serviços estaduais de segurança pública, nos EUA, a *polícia privada* (*private police*) tem vindo a constituir um *complemento* à polícia pública e, em valores quantitativos, suplanta já o número de agentes das polícias públicas federais, estaduais e locais. A polícia privada é pertença das agências de segurança privadas (*private security agencies*), sendo, na maior parte dos casos, contratada por atores privados, que recorrem aos serviços de segurança privada para proteger a sua propriedade e a sua integridade física (trata-se, aqui, de contratos de direito privado com fins de segurança de pessoas e bens).

No entanto, as agências governamentais (v.g., o *U.S. Department of Defense*) também recorrem ao *outsourcing* para a execução de tarefas de *segurança* e *patrulhamento* das cidades (*private police*) e de *investigação criminal* (*private investigators*). Como é perceptível, este fenómeno suscita vários problemas relacionados com o *estatuto jurídico*, *poderes de atuação* (de *law enforcement*), *responsabilidade* e *accountability* dos “polícias privados” no exercício de funções, que não podem ser analisadas, em detalhe, neste estudo<sup>923</sup>.

Não obstante a amplitude dos poderes da polícia e dos investigadores privados não se revelar uniforme em todos os Estados norte-americanos, é possível afirmar que tanto os contratos celebrados como a atuação das polícias privadas estão sujeitos a regulação pública e ao cumprimento de *standards* regulatórios (*hard regulation*). Para além das agências federais com poderes regulatórios (*Department of Homeland Security*), em regra, são os próprios departamentos e órgãos de polícia criminal estaduais que são investidos de poderes regulatórios no que respeita às atividades das empresas que prestam serviços de polícia privada e de investigação privada e, bem assim, organizam procedimentos de atribuição concorrencial de licenças e autorizações para exercer essas atividades<sup>924</sup>. Tendo em conta

---

<sup>923</sup> Sobre estes problemas, cfr. as considerações de CHARLES NEMETH, *Private Security and the Investigative Process*, CRC Press, 2010, pp. 1-16, e *Homeland Security*, CRC Press, 2013, pp. 1-28, que estende a sua investigação às tarefas de *coordenação*, *commando e controlo* de atividades de segurança nacional e de segurança interna prosseguidas pela *National Security Agency* (NSA) e pelo *Department of Homeland Security* (DHS). Cfr., ainda, PAUL VERKUIL, *Outsourcing Sovereignty*, cit., pp. 38-39.

<sup>924</sup> A título de exemplo, cfr. o *The Arkansas Private Investigators and Private Security Agencies Act* (ACA §17-40-101 - 107 & other associated statutes), que designa o *Arkansas State Police* como agência reguladora nas matérias elencadas (“*an administering agency to regulate private investigators, private security agencies and individuals or businesses offering security or investigative services*”). Na mesma linha, cfr. o *The California Private Investigator Act* de 1994. Quanto aos requisitos legais para a atribuição de licenças aos investigadores privados, que, em regra, incluem a realização de provas de aptidão científica, a realização de exames de polígrafo e um período mínimo de dois anos consecutivos de experiência de investigação em agências públicas ou empresas privadas, cfr. KEN EWELL, *The Private Investigator*, iUniverse, 2014, pp. 11-27; e PHILIP A. BECNEL, *Introduction to Conducting Private Investigations: Private Investigator Entry Level (02E)*, Coventry House Publishing, 2013, pp. 11-31.

que este modelo se encontra em franca expansão no mundo anglo-saxónico, é previsível que, nos próximos anos, pelo menos nos ordenamentos jurídicos assinalados, se assista a uma verdadeira “fúria privatizadora” dos serviços de polícia (*mass police privatisation*), que visam assegurar a boa ordem, a segurança, a tranquilidade e a salubridade públicas.

#### **25.4.7.4. O problema do *outsourcing* de funções de soberania e da terceirização de agentes privados em ações de defesa militar e de segurança do Estado**

##### **25.4.7.4.1. Sentido dos conceitos em presença**

O problema do *outsourcing* e da *terceirização* de agentes privados em ações de defesa militar e de segurança do Estado coloca-se em moldes distintos relativamente aos módulos contratuais já perscrutados, envolvendo questões ainda mais sensíveis (e perturbadoras) suscetíveis de colocar em risco a arquitetura do Estado de direito. Aqui, o emprego do contrato, além de conduzir ao desenvolvimento de atuações privadas em funções de soberania (“*contracting key functions of government*”<sup>925</sup>), mostra-se, também, passível de provocar uma transmutação configurativa das regras e princípios do *direito da responsabilidade penal internacional*. Por essa razão, esta temática, que se encontra na ordem do dia para a ciência publicista norte-americana<sup>926</sup>, foi batizada como “*outsourcing sovereignty*”, ou, numa designação que julgamos mais compatível com a nomenclatura euro-continental, a *terceirização de funções de soberania*, colocando-se no centro da discussão a sua compatibilidade com o princípio do Estado de Direito.

<sup>925</sup> Cfr. PAUL VERKUIL, *Outsourcing Sovereignty*, cit., p. 9.

<sup>926</sup> São incontornáveis, neste domínio, as obras de JEREMY SCAHILL, *Blackwater: The Rise of the World's Most Powerful Mercenary Army*, Profile Books, 2011, e *Dirty Wars: The World Is a Battlefield*, Nation Books, 2013. Quem era a *Blackwater Security USA*? Tratava-se de uma grande empresa militar privada, membro da Associação de Empresas de Segurança Privada do Iraque (*Private Security Company Association of Iraq*, associação que era constituída por cerca de 40 empresas, como a *Halliburton*, a *CACI*, a *M.P.R.I.* ou a *Titan Corp.*), contratada para executar funções de segurança e de defesa militar no território iraquiano. Essa empresa privada militar foi renomeada e é conhecida, desde 2011, como *Academi*. Também sobre esta temática, cfr. PAUL VERKUIL, *Outsourcing Sovereignty*, cit., pp. 1-30, 140-157 e 187-198; MARTHA MINOW, “Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability, Professionalism, and Democracy”, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, cit., pp. 110-127; CHRISTOPHER KINSEY, *Private Contractors and the Reconstruction of Iraq: Transforming Military Logistics*, Routledge, 2009; CHRISTOPHER KINSEY/MALCOLM PATTERSON, *Contractors and War: The Transformation of United States' Expeditionary Operations*, Stanford University Press, 2012; LAURA ANNE DICKINSON, *Outsourcing War and Peace: Preserving Public Values in a World of Privatized Foreign Affairs*, Yale University Press, 2011; JENNIFER K. ELSEA, *Private Security Contractors in Iraq and Afghanistan: Legal Issues*, Diane Publishing, 2010; ALLISON STANGER, *One Nation Under Contract: The Outsourcing of American Power and the Future of Foreign Policy*, Yale University Press, 2009; ALAN AXELROD, *Mercenaries: A Guide to Private Armies and Private Military Companies*, CQ Press, 2014; MOSHE SCHWARTZ, *Department of Defense Contractors in Iraq and Afghanistan: Background and Analysis*, Diana Publishing, 2010; DAVID ISENBERG, *Shadow Force: Private Security Contractors in Iraq*, ABC-CLIO, 2009; e os contributos em *Contractors in Iraq and Afghanistan: Background and Issues*, ed. Christopher Moore, New York, 2010.

O *outsourcing* constitui um tipo contratual autónomo, normalmente utilizado na cadeia de produção e/ou de distribuição de um determinado produto ou serviço. Mediante o recurso ao contrato de *outsourcing*, o Estado confia a empresas privadas (“externalização”) a realização de trabalhos e prestações de serviços importantes para a prossecução das suas atribuições, em princípio, com cessão de mão de obra. Acompanhando de perto MARTHA MINOW, por via do *outsourcing*, o Estado visa alcançar determinados *fins estratégicos*, a grande maioria relacionados com ganhos de eficiência e com a redução de despesas orçamentais: o *downsizing* de estruturas e departamentos e a redução do contingente de agentes públicos militares efetivos; o aproveitamento dos recursos privados ao nível da gestão e organização de atividades instrumentais (v.g., transportes, alimentação, vigilância, planeamento); a necessidade de libertar as tropas militares para o desempenho das suas tarefas essenciais; a aquisição no mercado de maior especialização na execução de tarefas; e a obtenção do equipamento tecnológico mais moderno e de formação para a sua utilização adequada<sup>927</sup>. Contudo, nos recentes teatros de guerra (Afeganistão e Iraque), as empresas militares e de segurança contratadas foram incumbidas de tarefas que extravasam atividades meramente instrumentais, sendo responsáveis pela segurança de edifícios e de pessoas e até pela realização de interrogatórios aos prisioneiros.

#### **25.4.7.4.2. Funções exercidas pelos militares contratados**

Desde o 11 de Setembro de 2001, assistiu-se à proliferação de empresas militares privadas norte-americanas que, na sequência das intervenções militares no Afeganistão e no Iraque, realizam atividades no teatro de guerra através da cedência de mão de obra. Para além de prestarem serviços que se situam na cadeia de produção e de distribuição de bens utilizados pelas forças militares (serviços de lavandaria, alimentação, transporte), os contratados são incumbidos da *gestão de equipamentos, armas e sistemas de comunicações militares*. PAUL VERKUIL refere que vários contratados foram incumbidos de interrogar prisioneiros e de, no campo de batalha, fazer a escolta de líderes políticos e de comboios de transporte de armas e munições<sup>928</sup>.

Por essa razão, nunca as empresas privadas estiveram tão envolvidas no planeamento e execução de tarefas militares e de manutenção da segurança como até

---

<sup>927</sup> “Outsourcing Power: How Privatizing Military. Efforts Challenges Accountability, Professionalism, and Democracy”, cit., pp. 110-114. Sobre o número de *private contractors* a operar, mais recentemente, em teatros de guerra, cfr. ob. cit., notas 6 e 10.

<sup>928</sup> *Outsourcing Sovereignty*, cit., p. 27.



agora<sup>929</sup>. Mais, em cenários de guerra, do ponto de vista da população civil, não é possível traçar qualquer linha divisória entre um agente público militar e um agente militar privado. O mesmo sucede quanto à separação entre *tarefas de combate stricto sensu* (que cabem aos militares e oficiais públicos) e *tarefas de segurança e de vigilância* (que competem aos militares contratados). Na prática, os militares contratados envolvem-se em conflitos armados como se tropas regulares fossem. Por isso, “os militares contratados que intervieram no Iraque faziam parte das missões de combate”<sup>930</sup>.

#### **25.4.7.4.3. Crítica à terceirização de funções de soberania no domínio da defesa nacional**

Como facilmente se depreende, o *outsourcing* de tarefas no domínio da Defesa Nacional mostra-se suscetível de gerar um quadro debilitador do modo como as funções de soberania são intrinsecamente prosseguidas num Estado de Direito democrático, colocando em risco a defesa do interesse nacional e comprometendo ou diluindo alguns dos mais fundamentais “valores de direito público”. Entre os vários problemas associados à utilização deste modelo contratual, cumpre-nos destacar os seguintes:

a) Descaraterização do monopólio estadual do emprego legítimo da força (“*Gewaltmonopol*”). O recurso ao *outsourcing* nas funções militares de defesa e segurança nacional não apenas faz com que o contrato se assuma como um *veículo de exercício (privado) da soberania* em nome do Estado, como fundamenta o uso da *força* sobre os civis, verificando-se uma transferência (indevida) do *poder de coação legítima* do Estado para as mãos dos privados;

b) Observa-se a violação das regras e princípios de direito internacional público. A utilização de militares contratados em zonas internacionais de conflito armado é considerada análoga à “contratação de mercenários” e tem reflexos ao nível da responsabilidade penal internacional e do direito internacional dos conflitos armados, visando-se por este meio alcançar uma “fuga à responsabilidade internacional”<sup>931</sup>. A isto acresce o facto de os EUA e do Reino Unido não serem signatários da *United Nations*

---

<sup>929</sup> Cfr. MARTHA MINOW, “Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability, Professionalism, and Democracy”, cit., pp. 111-114.

<sup>930</sup> Cfr. PAUL VERKUIL, *Outsourcing Sovereignty*, cit., p. 27.

<sup>931</sup> Cfr. MARTHA MINOW, “Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability, Professionalism, and Democracy”, cit., pp. 111-112.

*Mercenary Convention* de 1989, que proíbe a utilização de mercenários em zonas internacionais de conflitos armados<sup>932</sup>;

c) O *outsourcing* interfere com a disciplina militar (os contratados no Afeganistão e no Iraque não estavam sujeitos ao *Uniform Code of Military Justice*<sup>933</sup>), com a integridade e efetividade das forças armadas e com a percepção pública (*public review*) da conduta das forças militares em teatros de guerra. A percepção de que os militares contratados estão submetidos a regras de disciplina diferentes em relação aos militares efetivos pode degenerar em práticas abusivas, atrocidades (tortura) e risco de desvio de poder;

d) O exercício de funções de soberania estadual por agentes privados, que carecem de legitimidade, produz consequências no direito interno ao nível da prestação de contas (*accountability*), na confidencialidade ou secretismo dos serviços e na falta de transparência (*arcana imperii*). Os militares privados podem cometer crimes e praticar atos ilícitos. O Estado utiliza os recursos públicos para contratar os referidos serviços, mas as empresas privadas podem incorrer em incumprimento contratual na execução dos contratos (por vezes, na gestão de serviços essenciais ao contingente militar)<sup>934</sup>;

e) O *outsourcing* de agentes de segurança pública e contingentes das Forças Armadas indiciou, no caso norte-americano, má gestão dos recursos públicos, na medida em que uma parte substancial dos contratados foram treinados e formados pelas Forças Armadas norte-americanas – que investiu na sua formação avançada e, posteriormente, os

---

<sup>932</sup> Os contratados tornaram-se tão vitais para o setor da defesa do Estado que há quem alegue que o Governo Federal já não é mais capaz de proteger os cidadãos sem eles. O recurso ao *outsourcing* nas funções de defesa nacional começou timidamente com a Administração de Ronald Reagan, foi desenvolvida parcialmente com a Administração de Bill Clinton, tendo conhecido um forte impulso com a Administração de George W. Bush. MARTHA MINOW, “Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability, Professionalism, and Democracy”, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, cit., p. 110, relata, a este propósito, um episódio que terá ocorrido em Maio de 2006, quando um estudante perguntou ao Presidente George W. Bush “que lei regula os atos praticados por militares privados contratados no Iraque? O Presidente Bush riu-se, embaraçadamente, e disse que iria perguntar ao Secretário da Defesa Donald Rumsfeld”.

<sup>933</sup> Em 2007, o *Uniform Code of Military Justice* foi alterado, prevendo a acusação dos militares contratados por atos praticados em operações de guerra ou em operações de contingentes das forças armadas. MARTHA MINOW, “Outsourcing Power: How Privatizing Military Efforts Challenges Accountability, Professionalism, and Democracy”, cit., p. 125, mostra-se céptica quanto aos efeitos que esta alteração possa produzir.

<sup>934</sup> Cfr. o *Transparency and Accountability in Military and Security Contracting Act* de 2007 (S. 674). MARTHA MINOW, “Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability, Professionalism, and Democracy”, cit., pp. 114-127, propõe, por isso, a submissão dos militares contratados ao mesmo estatuto legal e disciplinar dos militares efetivos; a constituição de entidades específicas para o acompanhamento da execução dos contratos; o aperfeiçoamento da legislação criminal; a aplicação do direito internacional; e a realização de audições no Congresso para exercício do controlo democrático.

dispensou das fileiras castrenses –, obtendo as empresas militares privadas um duplo rendimento à custa do erário público<sup>935</sup>;

f) Por força do recurso ao *outsourcing*, opera-se a atribuição a entes privados de tarefas exclusivas e ensejadoras da soberania de Estado. Tarefas de soberania que, antes, o sistema público assegurava são, agora, confiadas a privados. O perigo do uso excessivo de contratos desta natureza teve o efeito perverso de deslegitimar a ação internacional do Estado. MARTHA MINOW sustenta que “o recurso massivo ao *outsourcing* de tarefas militares colocou os cidadãos, os militares e a própria democracia sob um risco inaceitável”<sup>936</sup>, sendo urgente recuperar a *Constituição perdida* (*the Lost Constitution*). Por sua vez, PAUL VERKUIL defende que o *outsourcing* de funções de soberania de agentes de segurança pública e contingentes das forças armadas é formal e substancialmente contrário à Constituição Federal norte-americana<sup>937</sup>. A execução dessas tarefas e a resolução de

---

<sup>935</sup> Cfr., neste sentido, MARTHA MINOW, “Outsourcing Power: How Privatizing Military Efforts Challenges Accountability, Professionalism, and Democracy”, cit., p. 124. No entanto, entendemos que esse aspeto representa apenas uma das “faces da moeda”, já que a redução do pessoal efetivo – que as estratégias de *downsizing* pretendem atingir – esconde *políticas* de médio/longo prazo de controlo de custos avultados: não apenas o Estado visa a diminuição dos gastos no presente, mas sobretudo a redução drástica de custos associados às pensões e ao sistema de previdência das forças armadas (“redução dos encargos com as gerações futuras”).

<sup>936</sup> Cfr. MARTHA MINOW, “Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability, Professionalism, and Democracy”, cit., p. 127.

<sup>937</sup> PAUL VERKUIL, *Outsourcing Sovereignty*, cit., pp. 15-16, 145-146 e 187-188, recorre à *ideia de contrato* ínsita na Constituição Federal Norte-Americana para impor limites ao *outsourcing* e à delegação de poderes administrativos de autoridade a entidades privadas quando em causa estejam funções de soberania. A sua fundamentação assenta em bases sólidas e consistentes, articulando a “Teoria do Contrato Social” (*Contract Theory supports constitutional government*) com a “Teoria do Principal e do Agente” (*Principal and Agent Theory*). No quadro constitucional, os processos de interação e de relacionamento entre os órgãos supremos do Estado (o Congresso e o Executivo) e os cidadãos (*We the People*) podem ser vistos como processos *análogos* a contratos e a relações contratuais. Isto porque a Constituição Federal institui um sistema que pode reconduzir-se a uma relação entre o *principal* (ou comitente) e o *agente* (ou comissário). Na teoria administrativa da agência, que se aplica aos sistemas institucionais de heterorregulação pública, as autoridades reguladoras são verdadeiras agências (comissários) que dependem de um principal (o Congresso ou o Executivo, quando legislador) – para mais desenvolvimentos sobre a “Teoria do Principal e do Agente” (*Principal and Agent Theory*), cfr. JAN-ERIK LANE, *Comparative Politics: The Principal-Agent Perspective*, Routledge, 2008, pp. 1-32 e 281-305. Todavia, como salienta PAUL VERKUIL, *Outsourcing Sovereignty*, cit., pp. 145-146, numa leitura constitucional (à luz do Preâmbulo e dos artigos 1.º e 2.º da Constituição Federal), “o povo é o principal (comitente) e o Presidente o agente (comissário)”. De facto, à luz do artigo 1.º da referida Constituição, quando o Presidente delega a execução de funções de autoridade, o Congresso deve intervir em representação do Povo, limitando essa delegação a entidades ou agentes oficiais públicos (*officers of the United States*). Cfr. o *Presidential Subdelegation Act* de 1950, que opera dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. Deste modo, “a Constituição Federal, que se perfila como um contrato entre o Povo e os seus representantes (o Executivo e o Congresso), estabelece limites à delegação de poderes a entidades privadas (*third parties*) [...], proibindo o exercício de funções de soberania por militares contratados”. Para PAUL VERKUIL, ob. cit., p. 188, “o texto constitucional atribuiu a responsabilidade pela execução daqueles deveres ou tarefas aos agentes oficiais públicos [...], os quais prestam juramento que irão defender a Constituição”. Consequentemente, “o *outsourcing* de funções de soberania é uma verdadeira contradição constitucional” (*outsourcing sovereignty is a constitutional oxymoron*) – ob. cit., p. 16.

conflitos armados não é remetida pela Constituição para o “espaço social”, “não estadual” ou para a “autonomia privada”. Logo, a ideia de “*outsourcing* de funções de soberania” não encontra qualquer respaldo nas constituições políticas democráticas, tornando-se, por isso, sob ponto de vista jurídico, uma impossibilidade lógica, um oxímoro ou uma *contradictio in adjecto*.

Se fosse aplicada no ordenamento jurídico português, julgamos que aquela figura não resistiria ao veredicto da *inconstitucionalidade*, desde logo por violação dos artigos 3.º, n.º 1 (a soberania é “una e indivisível”), e 111.º, n.º 2 (“não delegação do poder de soberania”), da CRP. Não apenas o *outsourcing* traduziria uma conceção da soberania como *divisível* ou *fracionável*, como expressaria uma *delegação de poder* contrária à Constituição. Se a Lei fundamental não admite como regra a delegação de poderes públicos entre órgãos de soberania, *a fortiori* veda qualquer delegação de poderes de soberania em entidades privadas (artigo 111.º, n.º 2, da CRP).

## 26. Esboço de uma compreensão pan-contratualista da ação pública

### 26.1. O contrato administrativo como instituição fundamental do Estado Administrativo Cooperativo

Num mundo de *mobilidade constante* e em que a tradicional *ordem axiológica do direito administrativo* é permanentemente questionada, vem-se observando um processo evolutivo (contínuo) de reforço da participação e da colaboração dos particulares na atividade administrativa, que culminou com a centralidade da instituição contratual no plano das formas jurídicas da ação administrativa (*Handlungsformenlehre*)<sup>938</sup>. Todas as considerações até agora formuladas têm subjacente o facto de o moderno Estado Administrativo se ter convertido num “*Contracting State*”, isto é, num Estado que interiorizou a “cultura do contrato” como um instrumento ao serviço da realização dos seus fins institucionais<sup>939</sup>. Neste contexto, o contrato administrativo não se apresenta apenas como um instrumento normal de atuação das administrações públicas, mas como uma *instituição central* do direito administrativo do nosso tempo artigos (artigos 200.º a 202.º do CPA, 1.º, n.º 6, e 278.º e segs. do CCP). Representando um processo de agir próprio da

<sup>938</sup> Sobre esta evolução recente ao nível da “teoria das fontes” e da decisão jurídica administrativa, cfr. KATJA LEHR, *Staatliche Lenkung durch Handlungsformen*, cit., pp. 220-224.

<sup>939</sup> Cfr. JODY FREEMAN, “The Contracting State”, *Florida State University Law Review*, cit.. E, como vimos, mais de que um Estado Contratante, fala-se, hoje, de uma inteira Nação sob o domínio da esfera ou da lei do contrato – cfr. ALLISON STANGER, *One Nation Under Contract*, cit., *passim*.

administração, o contrato foi elevado a mecanismo primacial da ação administrativa<sup>940</sup>, na medida em que constitui uma forma de atuação que serve a prossecução de inúmeras finalidades públicas (podemos dizer, *essenciais* das funções do Estado sob ponto de vista constitucional).

Com efeito, a confluência de grande parte das proposições que sustentámos em defesa da instituição contratual é particularmente visível naquilo que designamos por uma compreensão *pan-contratualista da ação pública*<sup>941</sup>. A este movimento irreduzível de expansão do contrato na generalidade dos domínios da atividade administrativa corresponde a marcha triunfal da *participação* dos particulares na função administrativa e a assunção da indispensabilidade da *colaboração* com o setor privado para a satisfação de fins públicos. Na nossa visão, o contrato deixou de ser, portanto, uma simples expressão das formas de atuação do Estado Administrativo contemporâneo, para passar a ser um “princípio orientador da ação pública” e da reforma administrativa e social.

No interior da esfera administrativa, o contrato garante *unidade e eficácia* da ação administrativa, estando ligado à autonomia de gestão dos serviços, à fixação dos resultados que se pretende que aqueles venham a atingir e à transferência de recursos e de competências. Mas o contratualismo corresponde, também, a exigências profundas da estrutura económica do capitalismo contemporâneo e ajusta-se às necessidades das forças do mercado. Isto porque se conclui ser possível, recorrendo à instituição contratual, *conjuguar* Mercado e Estado, quer porque o contrato passou a constituir um instrumento de ligação da sociedade à administração pública na partilha de responsabilidades, quer porque o contratualismo pode ser utilizado na definição e implementação de políticas públicas (de fomento económico e social, de ativação de condutas privadas, de investigação e desenvolvimento, de inovação tecnológica, etc.).

Deste modo, mais do que um simples instrumento da ação administrativa, o contratualismo transformou-se num modelo regulativo da governação pública que, quanto a nós, permanecerá como *ideologia administrativa* da pós-modernidade<sup>942</sup>.

---

<sup>940</sup> Cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 11-13. Isso não quer dizer que o contrato seja o mecanismo primacial ou a instituição central do direito administrativo do nosso tempo. A expansão do consenso na ação administrativa, se é verdade que criou as condições para o alargamento da aplicação do contrato nas relações jurídicas públicas, está muito longe de implicar a abolição do ato administrativo. O que se pretende vincar é tão-só que, nestes últimos anos, o contrato ganhou uma preponderância *sem precedentes* na atividade administrativa.

<sup>941</sup> A expressão é de FRANCK MODERNE – cfr. FRANCK MODERNE, “L’Évolution Récente du Droit des Contrats Administratifs: les Conventions entre Personnes Publiques”, *RFDA*, 1984, p. 14, e *Les Quasi-Contrats Administratifs*, Paris, 1995, *passim*. Cfr., também, LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 47.

<sup>942</sup> No entanto, existe, também, um outro lado (perigoso) do contratualismo, que toma um sentido mais radical ou mais próximo de uma raiz libertária, e que importa conter. Por um lado, o desempenho de

Ora, muitas das transformações que assinalámos – fundamentais para entrarmos no tema da contratualização do poder público – apenas podem ser verdadeiramente compreendidas no quadro de transição de um Estado Administrativo de regulação vertical e unilateral para um *Estado Administrativo Cooperativo* (*kooperative Verwaltungsstaat*). De facto, desde os últimos anos do século XX, o Estado Administrativo vem-se assumindo, cada vez mais, como um “*kooperative Staat*”, surgindo como interlocutor junto de diversos grupos de interesses económicos e sociais, aos quais, nuns casos, confere um estatuto de participantes na conformação das medidas do poder público e, noutros, delega a execução de numerosas tarefas públicas nas mãos de entidades privadas.

O conceito de “*kooperative Staat*” foi desenvolvido pela ciência administrativa alemã nos anos oitenta do século XX, primeiro no domínio da administração económica por HERBERT KRÜGER<sup>943</sup>, tendo posteriormente sido cunhado por ERNST-HASSO RITTER<sup>944</sup> que o aplicou à Teoria do Estado Administrativo com o intuito de captar o sucessivo alargamento do exercício conjunto ou partilhado de tarefas estaduais pelo setor público e pelo setor privado.

Seguindo de perto F. BECKER<sup>945</sup>, o Estado Cooperativo representa um conceito oposto ao de Estado Administrativo de regulação vertical e unilateral, sugerindo a *participação* de particulares na atividade administrativa e a *integração* dos mesmos (v.g., associações, fundações, empresas societárias) na execução de tarefas públicas. Deste modo, Estado e sociedade cooperam na realização de fins públicos, partilham responsabilidades, efetuam uma divisão de trabalho segundo critérios de especialidade e estabelecem uma regulação jurídica baseada em contratos e em normas consentidas. Note-se que o Estado Cooperativo não designa uma tarefa material, mas antes uma *forma de exercício* ou de

---

funções estaduais e de prestação de serviços públicos tem conhecido uma progressiva e célere contratualização no contexto mais alargado de “privatização” e que coloca o Estado na dependência dos *contractors*. Naturalmente, aqui o excesso de contratualismo pode degenerar em práticas abusivas e diluir ou confundir questões de *legitimidade* e de *responsabilização*. Por outro lado, pode gerar-se a convicção de que todos os tipos de relações jurídico-administrativas são passíveis de uma solução negociada e contratual entre os sujeitos envolvidos (autosuficiência), dispensando heterotutelas, salvo em casos raros. É essa uma nota essencial para se resistir à tentação de construir um sistema em que a regulação pública unilateral e vertical (*top-down*) deixa de existir, tendo sido *substituída* por um modelo de governação partilhada (*bottom-up*), à luz do qual todas as decisões públicas são passíveis de ser objeto de negociação entre atores públicos e privados.

<sup>943</sup> *Allgemeine Staatslehre*, W. Kohlhammer, 1966, p. 612.

<sup>944</sup> “Der kooperative Staat”, *AöR*, 104 Jhrg., 1979, p. 389.

<sup>945</sup> *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 55-64, referindo que, sob ponto de vista filosófico-jurídico, o Estado Cooperativo é tributário das conceções contratualistas e organicistas de OTTO VON GIERKE (p. 56).

*cumprimento* de tarefas estaduais: a unilateralidade é substituída pela bilateralidade e pela formulação de um “princípio da cooperação”<sup>946</sup>.

Por essa razão, o Estado Contratante apresenta-se como um subtipo do Estado Cooperativo, porquanto a forma contratual intervém como *modus agendi* e como *modus operandi* da realização de tarefas públicas em cooperação com o mercado. A este nível, o Estado Cooperativo supõe a produção de sistemas ou de redes descentralizadas de cooperação entre atores públicos e privado, que conduziram ao alargamento da aplicação do contrato na disciplina de relações jurídico-públicas<sup>947</sup>. Além disso, a utilização do contrato administrativo (regulado nos §§54 e segs. da *Verwaltungsverfahrensgesetz*) como instrumento de cooperação com o setor privado também se repercute no domínio normativo, em especial no processo de feitura de regulamentos administrativos. A participação dos privados nas “estruturas cooperativas e consensuais de normação” (*kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung*) engloba, contudo, dois tipos contratuais distintos: o contrato sobre o exercício do poder normativo (*Normsetzungsvertrag*) e o contrato de normação (*Normenvertrag*). Através do primeiro, o particular colabora no procedimento de elaboração do regulamento administrativo (imputando-lhe um certo conteúdo), mas sem que isso signifique a partilha do poder decisório entre ele e o ente administrativo. O poder de elaboração (ou de não elaboração) do regulamento com um certo conteúdo continua a pertencer exclusivamente à administração pública. Por meio do segundo, o processo de criação normativa é da responsabilidade conjunta do ente administrativo e do ente privado (*codecisão*), aplicando-se as regras gerais e abstratas negociadas a terceiros que não subscreverem o instrumento contratual<sup>948</sup>. O contrato assume neste último sentido uma função substitutiva do regulamento administrativo.

---

<sup>946</sup> F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., p. 56. Sublinhe-se que o conceito de Estado Cooperativo é, por vezes, ampliado às relações jurídicas internacionais, designando-se nesse plano por “Estado Constitucionalmente Cooperativo” («kooperative Verfassungsstaates»), representando a abertura da “estadualidade à cooperação internacional” – ob. cit., pp. 55 em nota e 59. A densificação deste último conceito conduz BECKER à conclusão de que o *princípio da cooperação*, seja entre o setor público e o setor privado, seja entre Estados democráticos da comunidade internacional, encontra-se consagrado na Constituição alemã.

<sup>947</sup> F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., p. 62, referindo que o aspeto mais nítido da relevância da cooperação entre Estado e sociedade diz respeito ao alargamento do campo de aplicação do contrato administrativo.

<sup>948</sup> F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 63-64. mencionando que o *Normenvertrag*, ao contrário do *Normsetzungsvertrag*, não obriga apenas à emissão da norma com um certo conteúdo, já que ele contém em si mesmo a normatividade. Por essa razão, a obra de F. BECKER analisa, sob ponto de vista jurídico-constitucional, o problema das estruturas cooperativas ou contratuais de normação público-privadas dentro do fenómeno que o Autor designa por “estadualidade cooperativa” (*Phänomen kooperativer Staatlichkeit*).

Por essa razão se pode afirmar que o contrato administrativo é considerado *o eixo em torno do qual gira* a ação administrativa do Estado Cooperativo (o seu núcleo central ou instituição fundamental). Neste sentido, WOLFF/BACHOF/STOBER sustentam que “o contrato administrativo concretiza o princípio da cooperação como linha de orientação da ação da administração pública”<sup>949</sup>. O princípio da colaboração assume-se como *Leitprinzip* da colaboração entre a administração contratante e os particulares na prossecução de tarefas públicas, colaboração essa que se projeta simultaneamente nas formas de ação administrativa e na teoria das fontes.

Reconhecendo-se que, em vários domínios setoriais, o Estado (*lato sensu*) passou a configurar-se, cada vez mais, como um Estado Cooperativo, ao nível jurídico-administrativo, foi visível, nas últimas décadas, o desenvolvimento e consolidação de uma “administração concertada” e “de uma “administração por contrato”, em que público e privado colaboram na execução de tarefas públicas, na formação e implementação de decisões administrativas, na gestão de serviços públicos, na implementação de políticas públicas, etc.. O ambiente que vimos descrevendo, caracterizado pelo visível reforço da contribuição privada para a governação pública e pela cooperação institucional e sistemática entre atores públicos e privados (*Kooperationsfunktion*), enquadra-se, dogmaticamente, no campo do *direito administrativo da cooperação (Verwaltungskooperationsrecht)*<sup>950</sup>.

Nesta fórmula está implícita a adoção de um trabalho conjunto na realização do bem comum entre atores públicos e privados, a partilha de responsabilidades pela execução de tarefas públicas e a expansão das relações administrativas baseadas em contratos e parcerias, a convocação de *inputs* provenientes da colaboração privada sobretudo em face do carácter técnico que determinadas matérias encerram e da elevada dependência de

---

<sup>949</sup> *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 201.

<sup>950</sup> Cfr. ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 1-7; GUIDO PÖLLMANN, *Kooperativer Staat und Parteiendemokratie*, Galda & Wilch, 2007, pp. 81-93; HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, “Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie”, *DVB1*, 1994, pp. 657-671; HARTMUT BAUER, “Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts”, Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und «schlankem» Staat*, 1999, Nomos, pp. 251-252; ARTHUR BENZ, *Kooperative Verwaltung*, Nomos, 1994, pp. 41-63; FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 55-74; GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, “Selbstverwaltung als Beteiligung Privater an der Staatsverwaltung?” *Festgabe zum 70. FS v. Unruh*, Heidelberg, 1983, pp. 183-205; e MATTHIAS JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung: Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie*, cit., pp. 76-79. O direito administrativo da cooperação propõe-se estudar formas de atuação cooperativas que possibilitam alcançar soluções mais eficientes para a execução de tarefas administrativas, designadamente a *elaboração cooperativa de normas e de regulamentos*, a *execução conjunta de tarefas públicas*, a *assunção de compromissos para a execução de projetos de interesse coletivo* e a *cooperação económica e social*. Sobre o problema da regulamentação jurídica dos *kooperation-rechtlicher Verträge* na *Verwaltungsverfahrensgesetz*, *infra* 32.3..



conhecimentos científicos (v.g., energias renováveis, petróleo, energia nuclear)<sup>951</sup>. Permitindo vislumbrar a formulação de um “princípio da cooperação”<sup>952</sup>, a ideia de Estado Cooperativo, quanto a nós, é aquela que se encontra em harmonia com aqueles valores primordiais que constituem a razão de ser (*ratio*) do teorema do contrato, pacto ou consenso social.

O *direito administrativo da cooperação* abarca, ainda, outros ingredientes ou matérias que representam a essência do direito administrativo contemporâneo, como a participação dos particulares na atividade administrativa (sob as formas de participação orgânica, autoadministração, coadministração, administração partilhada, administração em condomínio<sup>953</sup>), a cooperação com o terceiro setor e a delegação de funções públicas em entidades privadas. Algumas destas figuras (e instrumentos de ligação do Estado à sociedade) constituem uma *alternativa* ao desdobramento e fragmentação da administração pública, já que permitem a *integração* de entidades privadas nas “redes de prestação de serviços”, bem como a execução de tarefas públicas em áreas predominantemente sociais.

## 26.2. Princípio de preferência constitucional e legal por formas administrativas contratuais

Quem defende uma compreensão pan-contratualista da ação pública vê no contrato administrativo uma instituição central do direito administrativo do nosso tempo. Questão diversa é a de saber se, à luz de um determinado ordenamento jurídico, se pode afirmar a

---

<sup>951</sup> Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., pp. 35-36.

<sup>952</sup> Cfr. UDO DI FABIO, “Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts”, *NVwZ*, 1999, pp. 1153-1158; HEINZ KLEGER, “Verhandlungsdemokratie”, Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Der Kooperative Staat*, Baden-Baden, 1995, pp. 93-95; CHRISTIAN SCHRADER, “Das Kooperationsprinzip – ein Rechtsprinzip?”, *DÖV*, 1990, pp. 326-331; HANS-JÜRGEN MÜGGENBORG, “Formen des Kooperationsprinzips im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland”, *NVwZ*, 1990, pp. 909-916; e HANS-WERNER RENGELING, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, C. Heymann, 1988, *passim*. ARTHUR BENZ, *Kooperative Verwaltung*, cit., p. 59, oferece-nos uma fórmula que sintetiza as finalidades inerentes à ação administrativa cooperativa: “a ação administrativa cooperativa é a solução que contribui de forma mais eficaz para a salvaguarda da capacidade de ação do Estado num ambiente de crescente complexidade das matérias sociais, de insegurança e de escassez de recursos”.

<sup>953</sup> MATTHIAS JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, cit., pp. 76-77, enquadra a “administração em condomínio” na dogmática da “administração de cooperação”, uma vez que em causa está a participação de interessados e de grupos sociais em órgãos administrativos decisórios, de composição mista (órgãos paritários), que se dedicam à prossecução de interesses gerais (*rectius*, “de interesses que não podem ser realizados sem uma política pública estadual”), produzindo “decisões conjuntas” que traduzem “um condomínio entre o Estado e a sociedade” (*idem*, p. 79).

As formas de participação dos particulares na atividade administrativa – que concretizam uma parte substancial do modelo de Estado Cooperativo – serão objeto da nossa atenção, *infra*, Parte II, 39.. A exposição dessa matéria neste Capítulo seria desarmoniosa e imprópria, pelo que, por razões de sistematização, remetemos tais desenvolvimentos para mais tarde.

existência de um *princípio de preferência constitucional e legal por formas administrativas contratuais*. A preterição da unilateralidade decisória e a utilização preferencial de formas jurídicas contratuais na disciplina de relações jurídico-públicas carecem de uma adequada perspetivação no plano jurídico-constitucional. Quer isto significar que o sentido e o alcance do *consenso e do contrato* na função administrativa, em cada Estado democrático, dependem, em último termo, da *estrutura jurídica fundamental* que a *Constituição e os atos normativos públicos* aí estabelecerem e definirem quanto aos *limites*, aos *meios* e às *formas* que esse consenso terá de assumir para valer jurídico-positivamente.

Deste modo, sob ponto de vista jurídico-constitucional, sempre se poderá afirmar que um *princípio de preferência constitucional pelo contrato em detrimento de formas jurídicas unilaterais* é o que melhor realiza ou se coaduna com o princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP) e à dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP), na medida em que trata o administrado como *sujeito* (ou *sui iuris*) e não como *objeto* das decisões administrativas. A própria ideia (renovada) de *contrato social* aponta, como dissemos, para um modelo colaborativo e de ação concertada entre o setor público e privado em ordem à realização de objetivos públicos. Por um lado, a colaboração do particular na feitura das decisões administrativas contribui para a adequação da atividade administrativa às circunstâncias sociais, económicas e jurídicas relevantes. Por outro, a administração obtém a aceitação voluntária de obrigações jurídicas acordadas com os particulares. O mesmo se pode dizer relativamente à abertura e estímulo à participação administrativa, enquanto premissas fundamentais de uma *administração pública democrática e recetiva à cidadania* [artigos 9.º, c) e 267.º, da CRP].

Entre nós, PAULO OTERO defende que é “mesmo possível encontrar na Constituição um fundamento justificativo da tendência para a contratualização das decisões administrativas, visível, aliás, a três níveis argumentativos: (i) consubstancia um aprofundamento da democracia participativa, fazendo dos particulares colaboradores da administração na busca de uma melhor prossecução do interesse público dentro da ideia de subordinação da decisão a um princípio de boa administração; (ii) revela, segundo decorre dos postulados do princípio da coexistência entre o setor público e o setor privado de propriedade dos meios de produção, um processo de associação ou colaboração da iniciativa económica privada com a administração na concretização conciliatória de um modelo de Estado de bem-estar no contexto de uma economia mista; (iii) reforçando o princípio da participação dos administrados nas decisões e deliberações que lhes dizem respeito, traduz, ainda, uma manifestação de um modelo de administração pública aberta à colaboração dos

particulares, conduzindo ao «eivar do particular à categoria de parceiro da administração na celebração do contrato administrativo»<sup>954</sup>.

Problematizando as considerações expostas, entendemos, no entanto, que somente se pode falar num *princípio de preferência constitucional pelo contrato em detrimento de formas jurídicas unilaterais* enquanto “diretriz” que irradia especificamente do *princípio do Estado de Direito* e orienta a ação do poder público. Mas já não enquanto *princípio constitucional cogente e dimensão material do princípio do Estado de Direito* vinculativo do legislador e da administração pública, capaz de fundamentar autonomamente direitos e pretensões dos cidadãos ao contrato e de justificar a incompatibilidade de atos normativos ou de atos concretos violadores do conteúdo daquele princípio. Se assim fosse, a violação pela lei do princípio de preferência pelo contrato em detrimento de formas jurídicas unilaterais *equivaleria* à violação da Constituição (inconstitucionalidade material da lei). Também julgamos que não seria apropriado considerar inconstitucional um ato administrativo por violação do princípio de preferência constitucional pelo contrato.

Por conseguinte, o princípio da preferência constitucional pelo contrato em detrimento de formas jurídicas unilaterais, quando muito, dirige-se ao legislador ordinário e à administração como um “princípio orientador” da ação do poder público, mas não estabelece, de forma vinculada e rigorosa, um *dever* que é imposto às entidades públicas. Quer dizer, trata-se de um subprincípio do Estado de Direito<sup>955</sup> com mais valia programática do que sancionabilidade jurídica.

Já num plano diferente, quando a administração goza de liberdade de escolha optativa entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais, questiona-se a existência de uma tese de *preferência legal pelo contrato administrativo em detrimento do ato administrativo* no nosso ordenamento jurídico. Também aqui julgamos que, em face dos dados normativos constantes dos artigos 127.º e 200.º, n.º 3, do Código de Procedimento Administrativo e 278.º do Código dos Contratos Públicos, apenas se pode falar, com propriedade, no quadro da autonomia pública contratual, num “princípio de fungibilidade ou alternatividade entre ato e contrato administrativo” e não num princípio de *favor* por formas jurídicas contratuais no exercício do poder administrativo (*favor contractus*). Isso não invalida que, na esteira do que alguma doutrina italiana vem sustentando – atribuindo maior relevância à “função administrativa” do que propriamente à ideia de “autoridade”<sup>956</sup> –, não se possa concluir pela

<sup>954</sup> *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 838.

<sup>955</sup> Assim, cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 103-108.

<sup>956</sup> Como sustenta BRUTI LIBERATI, *Consensus e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, p. 43, o modelo tipológico de administração passa de *autoridade a função* e o poder administrativo caracteriza-se eminentemente pela *funcionalização* e não tanto pela autoridade.

existência de uma preferência legal pelo contrato em detrimento do ato administrativo válida para certos domínios ou em determinados contextos, com base em três argumentos: *primo*, sempre que habilitações legais específicas estabeleçam essa preferência<sup>957</sup>; *secundo*,

---

No direito italiano, defendendo um princípio de preferência legal por formas jurídicas contratuais, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, pp. 175-183.

<sup>957</sup> Existem setores jurídicos em que se pode afirmar um princípio de subsidiariedade do ato administrativo por relação ao contrato. É o que sucede, por exemplo, em matéria de *expropriações* (artigo 11.º do Código das Expropriações). Embora a expropriação clássica, cuja credencial constitucional se encontra no artigo 62.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, e), da CRP, se apresente como “um ato (unilateral) de privação ou de subtração de um direito de conteúdo patrimonial e na sua transferência para um sujeito diferente, para a realização de um fim público”, o legislador estabelece, com fundamento no *princípio da proporcionalidade*, uma obrigatoriedade de a entidade expropriante diligenciar no sentido de aquisição do bem por via contratual. Aqui o contrato de direito privado é alternativo ao procedimento expropriativo e torna desnecessário o início da tramitação do mesmo. Verifica-se uma situação de *preferência pelo contrato* no âmbito dos sistemas (de *compensação ou de iniciativa dos interessados e de cooperação*) de execução de planos municipais de ordenamento do território (artigos 149.º e 150.º do RJGT), constituindo o sistema de imposição administrativa uma solução de *extrema ratio*, de forma a serem cumpridas as determinações previstas no instrumento de planeamento urbanístico.

Contudo, não se deve confundir a enunciação de um *princípio de preferência legal pelo contrato administrativo* com a questão da *imposição de forma jurídica contratual obrigatória*. Na situação da aquisição do bem por via contratual (artigo 11.º do Código das Expropriações), há uma *imposição legal da forma contratual*, que resulta de, nos termos da lei, uma dada relação jurídica *ter de ser* constituída, modificada ou extinta por contrato. Neste sentido, fixa-se no artigo 11.º um pressuposto geral da legitimidade da expropriação: esta só pode ter lugar após o esgotamento da possibilidade de aquisição do bem ou direito a expropriar pela via do direito privado, salvo nos casos de expropriação urgentíssima (artigo 16.º do Código). O Código das Expropriações encara, assim, sem qualquer subterfúgio, a expropriação como a *ultima ratio*, isto é, como um instituto de carácter subsidiário em relação aos instrumentos jurídico-privados de aquisição de bens. É, neste sentido, que o artigo 12.º, n.º 1, b), exige que o requerimento da declaração de utilidade pública, remetido, conforme os casos, ao membro do Governo ou ao presidente da assembleia municipal competente para a emitir, seja instruído, entre outros documentos, com “todos os elementos relativos à fase de tentativa de aquisição por via de direito privado quando a ela haja lugar e indicação das razões do respetivo inêxito”.

Outras hipóteses de *contratualização necessária* podem ser vistas, designadamente: no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 294/94 de 19 de novembro (contrato administrativo no âmbito da concessão de exploração e gestão de sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos); no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 319/94 de 24 de dezembro (contrato administrativo no âmbito da concessão de exploração e gestão de sistemas municipais de recolha, tratamento e distribuição de água para consumo público); e, ainda, a própria concessão de obras públicas, que, decorrência do regime estabelecido nos artigos 407.º e segs. do CCP, parece revestir necessariamente a forma de contrato administrativo.

Por seu turno, no âmbito dos sistemas de *compensação e de cooperação* de planos municipais de ordenamento do território (artigos 149.º e 150.º do RJGT), efetivamente, existem indícios de uma *preferência pelo contrato* (administrativo ou jurídico-privado), como decorrência de um regime jurídico desenhado pelo legislador que orienta a administração numa tentativa de alcançar sinergias e celebrar contratos de urbanização com vista à execução do plano municipal de ordenamento do território. O mesmo se pode dizer, relativamente à *concessão da gestão de infraestruturas e espaços que integrem o domínio municipal e aos acordos de colaboração* na gestão desses bens (artigos 46.º e 47.º do RJUE). No contexto das operações de loteamento, a gestão das infraestruturas e dos espaços verdes e de utilização coletiva pode ser confiada a moradores ou a grupos de moradores das zonas loteadas e urbanizadas, mediante celebração com o município de *acordos de cooperação* ou de *contrato administrativo de concessão do domínio municipal*. Os primeiros podem incidir, nomeadamente, sobre limpeza e higiene, conservação de espaços verdes existentes, manutenção dos equipamentos de recreio e lazer e vigilância da área, de forma a evitar a sua degradação. Os segundos devem ser celebrados sempre que se pretenda realizar investimentos em equipamentos de utilização coletiva ou em instalações fixas e não desmontáveis em espaços verdes, ou a manutenção de infraestruturas.

como decorrência da subordinação da decisão administrativa a um *princípio de boa administração (good governance)*<sup>958</sup>; *tertio*, em resultado da aplicação, em concreto, dos *princípios gerais* que condicionam a atividade administrativa<sup>959</sup>.

No que toca à questão de saber se é possível afirmar um *princípio de preferência legal pelo contrato administrativo* em detrimento do ato administrativo no ordenamento jurídico português, cumpre tecer as seguintes considerações. A formulação de um princípio geral de preferência pelo contrato em matéria de procedimento administrativo depende, naturalmente, do *regime jurídico* definido pelo legislador ordinário. Entre nós, o legislador não tomou essa opção<sup>960</sup>.

---

<sup>958</sup> No plano legal, o novo Código do Procedimento Administrativo consagra, no artigo 5.º, o *princípio da boa administração*, associado aos princípios da participação dos particulares nas decisões administrativas, à colaboração, à transparência e à eficiência da ação administrativa, os quais podem fundamentar o recurso ao contrato quando esta forma de ação seja passível de conferir maior legitimidade à atuação da administração. Nestes termos, deve preferir-se a forma contratual quando se possa concluir que a sua escolha garante no procedimento administrativo maior racionalidade do agir administrativo ou quando assegure de forma mais adequada (otimização de meios) a efetividade da atuação administrativa. No direito europeu, já se consagrava o “direito a uma boa administração” (*right to good administration*) – cfr. artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, embora aí se acentuasse apenas os aspetos da informação e da participação dos administrados. Cfr., também, o princípio geral de “boa administração”, plasmado no *Commission White Paper on European Governance [European Governance: A White Paper] COM (2001) 428 final, 25/7/01*. Para mais desenvolvimentos, cfr. TRIMARCHI BANFI, “Il diritto a una buona amministrazione”, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Vol. I, cit., pp. 45-86; e, entre nós, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular”, *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, 2015, pp. 151-188.

<sup>959</sup> Esta perspetiva é adotada por WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., pp. 67-68, sustentando que o recurso à forma contratual pode decorrer dos princípios gerais que condicionam a atividade administrativa, como o *princípio da igualdade*, suscetível de “fundamentar a obrigação de contratar para o órgão administrativo que faça um uso «recorrente» do contrato”. Do mesmo modo, pode ser tida como preferível a forma contratual com fundamento no *princípio da proporcionalidade*, quando se conclua que a via contratual se revela menos gravosa ou onerosa para o particular e desde que o interesse público não saia comprometido por essa opção (v.g., em matéria de expropriação, de cumprimento de normas ambientais) – cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 204, referindo que o princípio da proporcionalidade pode “produzir uma redução da discricionariedade a zero e, por vezes, fazer nascer uma pretensão jurídica do particular à celebração de um contrato administrativo”. De raiz germânica, a figura da “redução da discricionariedade a zero” foi inicialmente utilizada no campo da proteção dos direitos fundamentais, sendo posteriormente identificados pela jurisprudência e pela doutrina outros domínios em que, por força do respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da imparcialidade, a administração poderia ficar obrigada, naquele caso concreto, e apesar de lhe ser abstratamente reconhecido um poder discricionário, a atuar de uma determinada forma, sem possibilidade de optar por outra conduta. Cfr., a este respeito, a síntese de ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 275-277.

<sup>960</sup> Não é sequer visível, nos trabalhos preparatórios, que essa questão tenha sido discutida com profundidade. Mas o mesmo não se pode dizer na órbita do direito italiano, aquando da aprovação da Lei italiana n.º 241/1990, de 7 de agosto – *Legge sul Procedimento Amministrativo*. Seguindo de perto PIER LUIGI PORTALURI, *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali*, cit., pp. 18-19 e 25-43, no anteprojeto da Comissão Nigro, consagrava-se um princípio geral da contratualização no procedimento administrativo, um “*favor contractus* [...]”, com o objetivo de acelerar os tempos de desenvolvimento da ação administrativa, mas também (e sobretudo) de assegurar a *estabilidade* dos direitos e obrigações recíprocas das partes”. Além disso, o texto da Comissão Nigro apontava para a consagração em termos muito amplos do princípio da autonomia

A defesa de um princípio geral de preferência legal pelo contrato em detrimento do ato administrativo poderia, em boa verdade, constranger a administração, conduzindo-a a procurar sistematicamente o acordo com os particulares (o que degradaria a sua *posição negocial*), somente podendo recorrer a atuações unilaterais em situações de manifesta impossibilidade ou inconveniência de utilização do contrato. Tal redundaria numa *deslegitimação* do instrumento contratual, artificialmente promovido com base num princípio geral de preferência e não por intermédio da sua funcionalidade e utilidade ao serviço de fins públicos. Além disso, também o próprio ato administrativo, como se sabe, pode ser o produto de um consenso, revelando-se, afinal, uma figura dúctil que pode refletir uma “imagem negocial” da administração pública. O *princípio da otimização* da ação administrativa exige que às autoridades administrativas sejam conferidas *alternativas procedimentais e liberdade de escolha* de formas de atuação para a definição do direito aplicável às concretas relações jurídico-públicas. Na nossa perspetiva, em geral, são critérios de discricionariedade que influem sobre a decisão de eleição de uma determinada forma jurídica de atuação<sup>961</sup>.

No contexto da discricionariedade administrativa, a administração pública deve gozar de liberdade para escolher o instrumento de atuação que se revele mais eficaz e consentâneo com a obtenção de um resultado, podendo utilizar formas jurídicas imperativas e unilaterais (ato ou regulamento), recorrer ao contrato administrativo e, em certos casos, utilizar meios e formas de direito privado. E, quando não for possível obter o consenso dos particulares, a administração há-de continuar a estar em condições, por força do princípio da

---

pública contratual, prevendo a celebração de contratos integrativos e substitutivos de atos administrativos sem necessidade de habilitação legal específica. Tanto a eliminação do designado princípio da contratualização, como a limitação do alcance dos *accordi procedimentali* deveram-se ao *Consiglio di Stato*, que entendeu não dever a *Legge sul Procedimento Amministrativo* ir tão longe ao ponto de estabelecer um princípio da subsidiariedade do ato administrativo por relação ao contrato, o que poderia implicar o surgimento na esfera jurídica dos particulares de um *interesse legítimo pretensivo ao contrato* no procedimento administrativo. O próprio MARIO NIGRO, “Conclusioni”, Atti del Convegno, *L'accordo nell'azione amministrativa*, a cura di Masucci, Roma, 1988, p. 84, escrevia: “compreendo as razões dessa supressão, mas não posso deixar de lamentá-la [...]. Consagrar o princípio que se encontrava previsto, atribuindo efetividade ao contrato, significava, entre outras coisas, contribuir para a moralização da administração”. Para mais desenvolvimentos, cfr. MARIO NIGRO, “Il procedimento amministrativo fra inerzia amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno)”, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni amministrative*, Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988, a cura di F. Trimarchi, 1990.

<sup>961</sup> Idêntica situação se verifica no direito alemão, referindo WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 203-204, que existe liberdade de escolha de formas de ação (*Formenwahlfreiheit*) e equiparação entre ato e contrato administrativo. Contudo, defendem os citados Autores que, à luz do ordenamento jurídico alemão, não se pode falar numa preferência jurídica geral pelo contrato administrativo (“*einer prinzipiellen rechtlichen Präferenz des Vertrages sprechen*”), nem de subsidiariedade do ato administrativo face ao contrato. Pronunciando-se, também, em sentido contrário à existência de um princípio legal de preferência pelo contrato administrativo no direito alemão, cfr. WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., p. 67.

prevalência do interesse público, de *impor* o direito da situação concreta. Neste aspeto, o novo Código do Procedimento Administrativo não alterou a regulação jurídica anterior. O nosso sistema continua a configurar-se fundamentalmente como um sistema de administração executiva.

## 27. Funções do Estado e contratualização da juridicidade

A tendência dos tempos modernos para a *contratualização decisória pública*, enquanto reflexo do alargamento da aplicação do contrato na ação pública, confere aos atores privados e aos grupos de interesses um poder de intervenção na configuração da legalidade, sendo passível de gerar mecanismos de codecisão ou contratualização da juridicidade. O protagonismo conferido aos privados e aos grupos de interesse, fazendo-os participantes no exercício das funções do Estado, acaba por lhes conferir uma intervenção negocial que transforma a própria *obediência às medidas do poder público num objeto de negociação*<sup>962</sup>.

Efetivamente, o tópico do *government by contract* não se limita ao universo do Estado-Administração, abrangendo também o próprio *Estado-Legislador*<sup>963</sup>. Em sentido não muito diferente, a *contratualização da vinculação internacional* mostra-se, também, passível de gerar efeitos sobre o sentido da juridicidade<sup>964</sup>. Finalmente, a *contratualização da função jurisdicional*, manifestando formas extra-judiciais e consensuais de resolução de conflitos, produz efeitos quanto à escolha do direito regulador (em termos substantivos e

<sup>962</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 141.

<sup>963</sup> Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 33.

<sup>964</sup> Podemos afirmar, *lato sensu*, que o contrato de direito público – entendido como “contrato do Estado” (*Staatsvertrag*) – constitui uma categoria histórica da governação pública. Tomada em sentido jurídico-positivo, não se reduz ao âmbito estritamente administrativo (*scilicet*, regulando a vida administrativa das entidades públicas e suas relações com os particulares), pertencendo, substantivamente, desde logo, também ao *direito constitucional*, isto é, “ao ordenamento jurídico superior do Estado”, querendo com isto significar que abrange “acordos cujo objeto e efeitos hão de pertencer ao direito constitucional” – cfr. S. MARTIN-RETORTILLO, “La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, *Studi in Memoria di Guido Zanobini*, Milano, 1965, p. 228, observando que o direito administrativo desenvolve a figura do contrato jurídico-público na medida em que “participa nesse ordenamento jurídico superior do Estado, isto é, na medida em que o *Verwaltungsrecht* está compreendido no *Staatsrecht*”. Por isso, o contrato administrativo, associado a uma relação jurídica administrativa, constitui apenas uma categoria de contratos de direito público. Quando nos referimos ao *contrato de direito público* não queremos para já visar diretamente a estrita categoria assim chamada pelos publicistas alemães – o *öffentlich-rechtlichen Vertrag*. Em rigor, estamos a aludir a um *Oberbegriff*, comportando níveis de regulação diferenciados, que enquadra os contratos de direito administrativo (o *contrat administratif* francês e o *öffentlich-rechtlichen Vertrag* alemão), os contratos de direito constitucional e os contratos de direito internacional público. Trata-se, assim, de um “superconceito” ou de um “conceito-quadro”, que visa acentuar que o *government by contract* não se limita ao universo do Estado-Administração, abrangendo também o próprio Estado-Legislador e o Estado nas relações internacionais.

processuais) aplicável ao caso *sub judice*, criando uma ideia de “disponibilidade” do direito aplicável à resolução do caso concreto.

Recorde-se que a criação de três órgãos de soberania no topo do Estado, distintos e funcionalmente separados entre si – o Legislativo, o Executivo e o Judicial – implicou a necessidade de a atividade global do Estado ser repartida em três domínios com *caraterísticas materiais próprias*, correspondentes às três *funções soberanas (trias politica)* – a legislação, a administração e a jurisdição. O perímetro da figura de que nos ocupamos (o *exercício contratual de poderes administrativos*) está, como referimos, circunscrito à função administrativa. Fica, assim, claro que nela não se integram as hipóteses de contratualização no exercício de outras funções públicas estaduais (de autoridade). Apesar disso, parece-nos que, pela sua relevância, a questão de saber se é admissível falar de contratualização (ou de consensualidade decisória) noutras funções públicas estaduais não pode nem deve ser ignorada no presente trabalho. Para além do relevo intrínseco deste problema, importa, de forma sintética, indagar, *se e em que medida*, nas funções estaduais político-legislativa, político-internacional e jurisdicional, se verifica qualquer “contacto jurídico” entre o exercício do poder público e a instituição contratual<sup>965</sup>.

Coloca-se aqui, também, em discussão a questão de saber se o exercício da função legislativa se encontra adstrito a respeitar vinculações assumidas pelo poder administrativo sob a forma contratual, expressando uma manifestação do *princípio da contra-corrente* e uma inversão do sentido vinculativo típico e tradicionalmente cunhado pela doutrina.

---

<sup>965</sup> Convém assinalar que não é propósito deste trabalho desenvolver um estudo sobre as múltiplas interferências entre o contrato e o exercício de outras funções públicas estaduais. Sem preocupações de exatidão e apenas com o objetivo de assinalar, em termos exemplificativos, o modo como o contrato se tornou um veículo de predeterminação do sentido da juridicidade, ficam, naturalmente, excluídas outras dimensões que não cumprem a finalidade que pretendemos vincar. Referimo-nos a *outros contratos de direito público*, cujo objeto não se integra na função administrativa, relevando antes do direito europeu e do direito internacional público (assim, cfr. LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Os Contratos de Direito Público da União Europeia no Quadro do Direito Administrativo Europeu*, Vols. I e II, Coimbra, 2012); e aqueles que são celebrados no âmbito do direito constitucional (*verfassungrechtlichen Verträge* – contratos cujo “objeto e efeitos hão de pertencer ao direito constitucional”), como são entendidos na Alemanha os *Staatsverträge* entre a Federação e os *Länder*, ou entre os próprios *Länder*, devendo neles participar o parlamento sempre que versem sobre matérias legislativas, acarretem despesas não orçamentadas ou criem pessoas de direito público que podem atuar com eficácia externa. Sobre esta temática, com diversas referências bibliográficas, cfr. G. FALCON, *Le Convenzioni Pubblicistiche: Ammissibilità e Caratteri*, cit., pp. 37-40, referindo que esses contratos estão sujeitos à jurisdição do *Bundesverfassungsgericht*, ao passo que os *Verwaltungsabkommen* (*Regierungsabkommen* e *Ressortabkommen*) estão sujeitos à jurisdição do *Bundesverwaltungsgericht*, já que o seu conteúdo é, em regra, administrativo e não político-legislativo.



### 27.1. Negociação legislativa e contratualização política

Excluindo os casos de “direito de petição” e de “iniciativa legislativa dos cidadãos”<sup>966</sup>, existem hipóteses expressamente previstas na Constituição e na lei para certo tipo de leis de *participação* de particulares no procedimento legislativo destinadas a individualizar e a fixar o conteúdo das normas a aprovar. Tal sucede por força da admissibilidade da participação de entidades defensoras e representativas de interesses setoriais nos diplomas legislativos em preparação ou, em geral, na definição, planificação e implementação das políticas económicas e sociais que serão vertidas em lei. Na realidade, consideráveis domínios da lei são, cada vez mais, o resultado final de processos negociais e contratualizados entre os “parceiros sociais” e o poder executivo, encontrando-se a legitimidade das decisões normativas no *diálogo* e na *concertação social* típicas de procedimentos neocorporativos. Nesta nova visão orgânica, qualificada por alguma doutrina como “neocorporativismo”, “corporativismo contratual” ou “corporativismo democrático”<sup>967</sup>, o executivo, visando obter o consenso dos parceiros sociais, troca o estilo autoritário e unilateral por um estilo negociador, promotor e de intermediação de interesses (designadamente, com as confederações sindicais, confederações patronais, grupos representativos de setores económicos e sociais)<sup>968</sup>. O processo de predeterminação negocial ou contratual da lei, produzindo a intervenção de novos agentes no processo decisório, revela-se suscetível não apenas de gerar uma transmutação configurativa das fontes da legalidade administrativa, como de provocar um quadro debilitador da tradicional

---

<sup>966</sup> Em causa estão formas de participação dos particulares no procedimento legislativo: no caso do *direito de petição*, trata-se de um pedido ou de uma proposta a um órgão de soberania no sentido de que este adote ou proponha determinadas medidas legislativas (cfr. artigo 52.º da Constituição e Lei n.º 43/90, de 10 de agosto, alterada pela Lei n.º 6/93, de 1 de março, pela Lei n.º 15/2003, de 4 de junho e pela Lei n.º 45/07, de 24 de agosto); na hipótese de *iniciativa legislativa dos cidadãos*, tal forma de participação destina-se a influenciar a adoção pelos órgãos de soberania de medidas legislativas, pois a iniciativa dos cidadãos coloca o órgão legislativo na obrigação de dar sequência ao procedimento, tomando posição sobre a proposta que lhe é apresentada [isto é, aprovando-a, rejeitando-a ou modificando-a (cfr. o artigo 167.º da CRP e a Lei n.º 17/2003, de 4 de junho, alterada pela Lei n.º 26/2012)]. Todavia, em ambas as situações, trata-se de formas de participação dos cidadãos no procedimento legislativo, destinadas a influenciar uma determinada regulação legal, mas desprovidas da faculdade de *negociar* e de *conformar o conteúdo* da norma a aprovar.

<sup>967</sup> Entre nós, cfr. J. BAPTISTA MACHADO, “A Hipótese Neocorporativa”, cit., pp. 449-465; MANUEL DE LUCENA, “Neocorporativismo? — Conceito, interesses e aplicação ao caso português”, *Revista Análise Social*, Vol. XXI, 1985, pp. 819-865; VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, cit., pp. 144-167; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Da Justiça Administrativa em Portugal*, cit., pp. 607-612; e PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., pp. 139-143, e *A Democracia*, cit., pp. 220-226.

<sup>968</sup> Sobre o conceito de *corporate bargaining State*, cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., p. 56; e W. FUNK, “Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest”, *Duke Law Journal*, vol. 46, 1997, pp. 1351-1388.

separação de poderes entre executivo e legislativo, acentuando a preponderância do executivo<sup>969</sup>.

No nosso regime constitucional vigora a participação interna de particulares em organizações representativas de interesses sociais nos *conselhos consultivos económicos*, onde a administração visa obter o acordo dos “parceiros sociais”, sobretudo nas matérias económica e social, designadamente abrangendo as políticas públicas fiscais, laborais, de formação profissional, de segurança social e de emprego público. Este tipo de incorporação de representantes de interesses em órgãos colegiais consultivos acentua a preponderância de um *modelo pluralista cooperativo e negociador* na adoção de medidas e decisões públicas, em que o governo, recorrendo a formas de *representação e de intermediação de interesses*, surge como interlocutor junto dos diversos grupos de pressão e de interesses económicos, sociais e culturais<sup>970</sup>.

Nestes termos, a *negociação corporativa devolve a centralidade política à sociedade civil e aos grupos* (isto é, aos representantes dos interesses afetados pelas medidas de regulação), fazendo-os participantes do processo de decisão pública, ficando para o Estado o papel de definição de orientações de medidas de política económica e social e, bem assim, de mediador e de árbitro entre grupos económicos<sup>971</sup>.

O conjunto de tais manifestações de participação e de concertação social permite vislumbrar que a atuação dos órgãos públicos não decorre apenas da lei, encontrando-se a legitimidade das decisões normativas em esquemas negociais e contratuais com as organizações económicas: assim sendo, o dever de audição dos interessados constitui uma forma de *participação dos particulares na formação da vontade política dos órgãos legislativos*<sup>972</sup>. As formas de participação das organizações representativas de interesses na

---

<sup>969</sup> Esta ideia é enfatizada por PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., pp. 139-143 e 516-518, para quem a legalidade administrativa é produto de uma confluência de interesses entre os atores neocorporativos e o órgão executivo central.

<sup>970</sup> Cfr. PHILIPPE SCHMITTER, “Still the Century of Corporatism?”, *Trends toward Corporatist Intermediation*, Philippe Schmitter/G. Lehbruch (eds.), London, 1979, pp. 7-52; e “Neo-corporatism and the State”, *The Political Economy of Corporatism*, ed. Wyn Grant, London, pp. 32-62. Cfr., ainda, as considerações de M. VASSEUR, “Un Nouvel essor du concept contractuel”, cit., Sirey, pp. 5-48; e de HANS-GEORG DEDERER, *Korporative Staatsgewalt: Integration privat organisierter Interessen in die Ausübung von Staatsfunktionen*, Mohr Siebeck, 2004, pp. 93-97.

<sup>971</sup> Assim, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1417.

<sup>972</sup> Ilustram estas formas de intervenção procedimental de particulares na formação da vontade política dos órgãos legislativos: o *direito das comissões de trabalhadores, das associações sindicais e das associações patronais de participar na elaboração da legislação do trabalho* [artigos 54.º, n.º 4, d), e 56.º, n.º 2, a), da CRP, e quanto às associações patronais, os artigos 469.º a 475.º do Código de Trabalho]; o *direito das associações de trabalhadores de representar os consumidores no processo de consulta e audição públicas a realizar no decurso da tomada de decisão suscetíveis de afetar os direitos e interesses daqueles* [artigo 18.º, n.º 1, c), da Lei n.º 24/96 de 31 de julho, alterada pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro]; e o *direito de consulta das organizações representativas dos utentes de serviços públicos essenciais quanto aos atos legislativos de*

definição e execução da política económica geram uma “«economia concertada» ou «contratual»” e uma “*regulação participada*”<sup>973</sup> entre o Estado e as organizações de capital e de trabalho, que corresponde a exigências profundas da estrutura económica das democracias capitalistas avançadas.

Primeiro, através da *participação das organizações económicas na definição e/ou execução de orientação de medidas de política económica e social*, circunstância que implicou a criação de instâncias políticas e administrativas de representação de interesses organizados com funções de consulta e de articulação de interesses<sup>974</sup>. Trata-se de uma forma de “participação interna”, em que as organizações de interesses setoriais obtêm representação no interior da própria administração em órgãos colegiais consultivos – nesta linha, o artigo 92.º da nossa Constituição instituiu um órgão específico de “consulta e de concertação” no domínio das políticas económica e social, o *Conselho Económico e Social*<sup>975</sup>, que funciona em plenário e em comissões especializadas, permanentes ou temporárias.

---

*definição do enquadramento jurídico dos serviços públicos* [artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, alterada pela Lei n.º 10/2013, de 28, de janeiro].

<sup>973</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, cit., pp. 57 e 146.

<sup>974</sup> Entre nós, a concertação social tende a ser permanente e institucionalizada. Em 1974 foi criado o Conselho Permanente de Concertação Social, o qual foi extinto com a entrada em funções do Conselho Económico e Social, criado pela segunda revisão constitucional. Na sua fase inicial, a concertação incidiu na política de rendimentos e na regulamentação das condições de trabalho. Mas o seu âmbito alargou-se aos domínios do emprego, da formação profissional e da segurança social. Foram concluídos acordos de concertação social relativos aos anos de 1987, 1988, 1990, 1996 e o acordo de concertação estratégica que abrangeu o período de 1997-1999. Em fevereiro de 2001, foram concluídos dois acordos envolvendo o Governo, as confederações sindicais CGTP e UGT e as confederações patronais CAP, CIP e CCP sobre “Condições de Trabalho, Higiene e Segurança no Trabalho e Combate à Sinistralidade”, “Política de Emprego, Mercado de Trabalho, Educação e Formação” e “Introdução de Limites Opcionais às Contribuições para o sistema de Repartição”. Em 2005 e 2006, foi concluído um acordo envolvendo o Governo, as confederações sindicais CGTP e UGT e as confederações patronais CAP, CIP e CCP visando a “Dinamização da Contratação Coletiva” (2005) e acordos sobre “Formação Profissional”, “Linhas Estratégicas de Reforma da Segurança Social”, “Reforma da Segurança Social” e “Fixação e Evolução da Remuneração Mínima Mensal Garantida (RMMG)”. Em 2008 foi celebrado um acordo tripartido para um novo “Sistema de Regulação das Relações Laborais, das Políticas de Emprego e da Proteção Social em Portugal”. Em 2011 e 2012, em pleno período de austeridade e de ajustamento orçamental, foi celebrado um “acordo tripartido para a Competitividade e Emprego” entre o Governo, a confederação sindical UGT e as confederações patronais CAP, CCP, CIP e CTP, no ano de 2011, e, no ano de 2012, foi celebrado um acordo tripartido entre o Governo, a confederação sindical UGT e as confederações patronais CAP, CIP, a CTP e CCP, designado “Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego”. Os temas abrangidos foram a política de emprego, o mercado de trabalho, a reprogramação dos fundos comunitários estruturais, a formação profissional, as condições de trabalho, a higiene e segurança no trabalho e o combate à sinistralidade.

<sup>975</sup> Para além de outras funções que lhe sejam atribuídas por lei, participa na elaboração das propostas das grandes opções e dos planos de desenvolvimento económico e social. A sua composição é definida por lei, mas dele deverão fazer parte, designadamente, representantes do Governo, das organizações representativas dos trabalhadores, das atividades económicas e das famílias, das regiões autónomas e das autarquias locais (cfr. a Lei n.º 108/91, de 17 de agosto, alterada pelas Leis n.ºs 80/98, de 24 de novembro, 128/99 de 20 de agosto, 12/2003, de 20 de maio, e 37/2004, de 13 de agosto).

Segundo, por intermédio da técnica da *concertação social*, reconhecida ou imposta pelos poderes públicos – que dela também são parte –, e da eficácia dos *acordos de concertação* celebrados entre os interlocutores sociais, designadamente as confederações sindicais e patronais, ou entre eles e o Estado, essencialmente em matéria económica e laboral (*pactos tripartidos*)<sup>976</sup>. Observe-se que os “parceiros sociais” (governo, confederações patronais e confederações sindicais) integram a Comissão Permanente de Concertação Social, cuja principal atribuição é a promoção do diálogo e da concertação social, com vista à celebração de acordos, estando previsto que as suas deliberações não careçam de aprovação pelo plenário do Conselho. À Comissão Permanente de Concertação Social compete, designadamente, pronunciar-se sobre as políticas de reestruturação e de desenvolvimento socioeconómico, bem como sobre a execução das mesmas; propor soluções conducentes ao regular funcionamento da economia, tendo em conta, designadamente, as suas incidências no domínio sócio-laboral e de controlo da inflação; e apreciar os projetos de legislação respeitantes a matérias de âmbito sócio-laboral, designadamente de legislação de trabalho. Há, ainda, matérias que são objeto de parecer obrigatório por parte da Comissão Permanente de Concertação Social, como é o caso da fixação do montante anual da *retribuição mínima mensal garantida*, prevista no artigo 273.º do Código de Trabalho.

A *natureza jurídica* dos *acordos de concertação social* nem sempre é tão clara quanto a de outros acordos procedimentais no exercício da função político-legislativa, aproximando-se ora dos *contratos económicos*, ora dos *acordos políticos*. De qualquer modo, essas formas de participação ou de consulta de interessados na formação da vontade política dos órgãos legislativos encontram-se formalizadas e previstas na Constituição e nas leis, tendo histórica e objetivamente produzido efeitos (coconstitutivos) na individualização e fixação do conteúdo da legislação<sup>977</sup>. Além disso, os acordos de concertação social assumem projeção nas relações entre o Governo-legislador, a Assembleia da República e o

---

<sup>976</sup> CARLOS DOS SANTOS/EDUARDA GONÇALVES/LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, cit., p. 208, entendem que tais acordos de âmbito nacional devem ser qualificados como pactos tripartidos (governo, organizações patronais e sindicais), não diretamente vinculativos, mas que oferecem o quadro de futuras disposições normativas e também de contratos coletivos de trabalho. A sua natureza jurídica nem sempre é clara, aproximando-se ora dos contratos económicos, ora dos acordos políticos, ou ainda dos meros processos de consulta.

<sup>977</sup> Os acordos de concertação social, incidindo sobre as políticas de rendimentos e preços, de emprego e formação profissional, comportam o assumir de vinculações pelo Governo, cuja implementação é, por vezes, devolvida para o poder legislativo. Assim, acompanhamos PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 949, quando refere que os acordos de concertação social constituem uma manifestação específica do *princípio da contra-corrente*: “o impulso legislativo e o próprio conteúdo da decisão legislativa são antes determinados em sede de concertação social, verificando-se residir no seio do agir administrativo, segundo um modelo de negociação consensual com os parceiros sociais, a definição dos termos de exercício futuro da liberdade conformadora do legislador”.

Presidente da República no que tange à operacionalização da responsabilidade política. Se o Governo negociar um acordo prejudicial ao interesse público ou, numa outra perspetiva, não cumprir o acordo alcançado com as entidades portadoras e representativas de interesses profissionais ou setoriais, sempre ficará sujeito à fiscalização parlamentar da Assembleia da República e, bem assim, ao poder de veto (político ou por inconstitucionalidade) do Presidente da República. Tudo indica, por isso, que estejamos na presença de *acordos político-legislativos* entre o governo e as entidades portadoras e representativas de interesses implicados nas leis em preparação.

Distinto destas formas (intensas) de participação no procedimento legislativo é o fenómeno designado pela doutrina da *privatização das leis* e da *contratualização legislativa*, que tem vindo a criar junto dos parlamentos uma espécie de “câmara corporativa” dos grupos de interesses (aprovação de leis ordinárias pelo parlamento). Iniciando a análise desta última ideia, importa reter que, enquanto na situação da *concertação social* em jogo estão processos de predeterminação negocial da lei que constituem trâmites procedimentais expressamente previstos na Constituição e na lei, para certo tipo de leis (formalizando-se um dever de audição dos interessados na formação da vontade política dos órgãos legislativos), no cenário da *privatização das leis* e da *contratualização legislativa*, em causa estão os acordos político-legislativos, que acabam por desenvolver uma “normatividade constitucional «não oficial»”<sup>978</sup> e criar elevados riscos de colonização totalitária “do Estado pelos grupos de interesses”<sup>979</sup>.

A produção normativa surge agora associada ao relacionamento entre Estado-Legislador e grupos de pressão e à existência de leis negociadas, isto é, adotadas em conformidade com acordos políticos informais entre Estado (partidos políticos, governo) e interessados<sup>980</sup>. O Estado aparece como interlocutor junto dos diversos grupos de interesses

<sup>978</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 518.

<sup>979</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, cit., pp. 183-184.

<sup>980</sup> Cfr. ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 593-622; GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, *The Ensuring State*, Anthony Giddens (Hrsg.), *The Progressive Manifesto*, Cambridge 2004, pp. 54-72; E. DE MARCO, *La “Negoziazione Legislativa”*, Padova, 1984, pp. 210-212; NICOLÁS MUÑIZ, “Programa político y legislativo del gobierno: pactos de coalición y contrato de legislatura”, *Documentación Administrativa* (1980), n.º 188, pp. 385-414; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As Leis Reforçadas*, Coimbra, 1998, pp. 227-228; e NORBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, cit., p. 180-190. J.J. GOMES CANOTILHO ocupou-se de uma área específica deste problema em “Direito à Emissão de Normas Legais Individuais?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 127.º, n.º 3847, Fevereiro 1995, pp. 290-294. A este propósito, formula GOMES CANOTILHO a seguinte questão: “será possível a existência de *leis-contrato individuais*? No caso afirmativo, como compatibilizar a existência de leis individuais – mesmo sob a forma de leis-contrato – com outros princípios jurídico-constitucionais, designadamente com o *princípio da igualdade*?”. Partindo da análise de um *hard case* legislativo (o Decreto-Lei n.º 63/91, de 8 de fevereiro – *Decreto Champalimaud*), as preocupações doutrinárias aí registadas evidenciavam a perigosa edificação de uma normatividade constitucional “não oficial” e o grave “condicionamento da decisão legislativa”, que, inevitavelmente, se degradaria numa

económicos, sociais e culturais existentes na sociedade e confere-lhes uma intervenção negocial, fora do quadro normativo constitucional, que conduz ao desenvolvimento de processos e atuações informais dos órgãos políticos do Estado. Através destas atuações, que visam estabelecer uma normação pactícia ou consensual (*como se* a decisão legislativa fosse uma composição negocial entre “partes”), os órgãos políticos do Estado reconhecem a natureza especial de certas matérias jurídicas (*v.g.*, projetos de interesse nacional, captação de investimento privado estrangeiro), editando uma regulamentação jurídica (geral e abstrata) alegadamente produto da “vontade geral”. Dúvidas não subsistem, por isso, que a atribuição de poder negocial aos grupos e o desenvolvimento de atuações informais, fora do quadro constitucional e legal estabelecido, pode afetar a arquitetura do Estado de Direito em matéria de autoridade e de defesa da prossecução do interesse público<sup>981</sup>.

No âmbito da *regulação pública contratualizada*, um exemplo do que acabamos de referir pode ser visto na celebração de contratos legislativos entre o poder executivo e atores privados, dos quais pode resultar uma vinculação do próprio legislador às obrigações emergentes das *leis-contrato*. Em sentido diverso à visão tradicional da relação entre lei e contratualidade administrativa, pode dizer-se que, nestes casos, o exercício da função legislativa se encontra adstrito a respeitar as vinculações assumidas sob a forma contratual, expressando uma manifestação do *princípio da contra-corrente*.

Assim, uma manifestação singular do fenómeno da “contratualização legislativa” diz respeito aos *contratos substitutivos de ato legislativo* que foram celebrados na Alemanha no contexto da estratégia de política energética de abandono da energia nuclear até 2022. Note-se que, na Alemanha, aquilo que F. BECKER designa por “fenómeno da estadualidade cooperativa” (*Phänomen kooperativer Staatlichkeit*), alarga-se, para além da esfera administrativa, à esfera do poder legislativo, na medida em que as entidades privadas participam, também, no processo legislativo, nomeadamente através de *audições parlamentares na qualidade de peritos*, da *negociação legislativa* entre grupos de interesses e o governo federal e, também, mediante a celebração de *contratos legislativos* entre o governo federal e entes privados<sup>982</sup>. As estruturas cooperativas ou contratuais de normação público-privadas podem traduzir-se na integração de regras jurídicas privadas na normação estadual ou na celebração de contratos legislativos. Neste último caso, JONATHAN FAHLBUSCH dá-nos conta dos contratos celebrados entre o governo federal e as entidades de fornecimento de energia nuclear (em 14.06.2000 e em 11.06.2001), tendo em vista o encerramento

---

(inconstitucional) *clientelização* do Estado em face de interesses privados e numa *comercialização* do poder público. Por isso, o autor alertava já para os “cuidados a ter com leis carregadas de marcas individuais”, que, de forma direta ou encapuçada, pudessem envolver “uma *conventio ad excludendum* de outros «parceiros negociais» com idênticos interesses”. Cfr. o nosso “Contrato e Poder Público Administrativo – em especial, os «novos» contratos com objeto passível de regulamento administrativo”, cit., pp. 195-198.

<sup>981</sup> Cfr. as considerações de FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 479-573, a propósito do fenómeno do “*legislatives «outsourcing»*” e das suas implicações jurídico-constitucionais.

<sup>982</sup> F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 62-64 e 230-254.

ordenado dos reatores das centrais nucleares na Alemanha<sup>983</sup>. Trata-se aqui de uma clara manifestação de *regulação pública por contrato*. Uma vez que as relações administrativas entre empresas reguladas e regulador assumem tendencialmente uma *natureza continuada, permanente e duradoura*, o contrato revela-se um instrumento adequado para o abandono faseado ou por etapas da energia nuclear e, bem assim, para acautelar eventuais problemas relacionados com o *reequilíbrio económico e financeiro* das empresas reguladas por força do cumprimento das obrigações impostas pelo governo federal.

F. BECKER designa este fenómeno que vem ocorrendo na Alemanha como o “consenso nuclear” (“*der «Atomkonsens»*”)<sup>984</sup>. Os contratos legislativos celebrados no contexto da regulação da energia nuclear (na aceção de «*Gesetzgebungsverträge*») assumem uma dúplice natureza: por um lado, são *contratos substitutivos de ato legislativo* na parte respeitante à definição de regras gerais e abstratas, aplicáveis às empresas de fornecimento de energia visadas, sobre os termos e o modo de utilização da energia nuclear durante o período transitório; por outro lado, são *contratos sobre o exercício do poder legislativo*, na medida em que contêm cláusulas que motivam alterações à Lei da Energia Nuclear (*Atomgesetz*)<sup>985</sup>, pressupondo a submissão dos mesmos à aprovação parlamentar (mais especificamente, da câmara baixa do parlamento)<sup>986</sup>. A doutrina germânica interroga-se sobre os limites constitucionais e as condições de validade destes acordos ou contratos sobre o exercício do poder legislativo, já que a sua admissibilidade pressupõe a validade de contratos preparatórios ou de leis negociadas entre o Estado e os grupos de interesse. A isto acresce a necessidade de perceber se tais contratos implicam *deveres jurídicos* para os órgãos constitucionais envolvidos no processo legislativo. Ora, para responder a estas questões, importa considerar os seguintes aspetos<sup>987</sup>.

Em primeiro lugar, o contrato legislativo («*Gesetzgebungsvertrag*») estabelece um acordo entre o governo federal e as empresas de fornecimento de energia nuclear dotado de *vinculatividade ou de obrigatoriedade jurídica*. Em segundo lugar, o governo federal comprometeu-se a elaborar, na base do acordo concluído, um projeto de lei que visa alterar a Lei da Energia Nuclear (*Atomgesetz*), para tanto submetendo esse projeto à aprovação parlamentar. Um dos tópicos mais problemáticos deste modelo contratual diz respeito às obrigações assumidas pelas partes. Por um lado, duvida-se da obrigatoriedade dos vínculos contratuais, uma vez que o governo não pode obrigar o parlamento a emitir a legislação com determinado conteúdo. No entanto, F. BECKER rebate este argumento, sustentando que não é o *poder legislativo do parlamento* propriamente dito, mas antes o *poder de iniciativa governamental* que forma o objeto do contrato<sup>988</sup>. Quanto à negociação do poder de iniciativa governamental, pode falar-se numa autêntica *obrigação de resultado*; já no que tange à aprovação parlamentar, apenas existe uma *obrigação de meios*. Por outro lado, a finalidade de celebração destes contratos com as empresas reguladas consistiu não apenas em promover o encerramento (planificado e com segurança) dos reatores de energia nuclear,

<sup>983</sup> *Das gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, cit., p. 179.

<sup>984</sup> *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., p. 230.

<sup>985</sup> Cfr. F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 243-245.

<sup>986</sup> Analisando estes contratos com detalhe, cfr. THORSTEN ANDERL, *Gesetzgebung und kooperatives Regierungshandeln*, BWV Verlag, 2006, pp. 47-58; e F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 230-245.

<sup>987</sup> Seguimos, neste ponto, F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 231-245.

<sup>988</sup> *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., p. 240.

mas também em evitar a *litigiosidade* com as empresas reguladas no que concerne às disposições da Lei da Energia Nuclear. No momento da celebração do contrato, as empresas reguladas declararam, igualmente, acatar a decisão do regulador de abandono da energia nuclear, desde que definido um período transitório. Daí o contrato ter sido escolhido como forma jurídica regulatória que contempla a conciliação e harmonização de interesses públicos e privados, porquanto a nova legislação deixa de poder ser impugnada na parte em que foi objeto de consensualização e de fundar pretensões indemnizatórias<sup>989</sup>.

Em terceiro lugar, a assunção daqueles compromissos mostra uma inequívoca vontade das partes em contratar tendo em vista a *produção de um efeito jurídico obrigatório*, devendo, portanto, afastar-se a qualificação dos contratos sobre o exercício de poderes legislativos como acordos informais ou como contratos políticos, tratando-se, antes, de contratos relativos a normas legislativas de conteúdo preceptivo<sup>990</sup>.

Em conclusão, podemos observar, na linha das considerações que expusemos, a importância que o contrato assumiu neste contexto específico, mesmo tratando-se de uma matéria tão delicada para os direitos fundamentais e tão preponderante para o interesse nacional como a questão da energia nuclear.

Uma última nota apenas para referir que, também no direito fiscal, se vem falando na vinculação do legislador às leis-contrato, sobretudo no que diz respeito aos *contratos fiscais na forma de lei*. Seguindo de perto CASALTA NABAIS<sup>991</sup>, trata-se de leis de formação contratual, leis-contrato ou leis pactuadas, que vêm dar cobertura a contratos negociados entre a administração e os particulares pelos quais aquela se obriga para com estes a não lhes aplicar o regime tributário normal, mas antes um regime subrogatório (especial), ou a conceder-lhes determinados desagrvamentos fiscais. Estes *contratos-lei*, atento o processo contratual/legislativo seguido na sua elaboração, assumem fundamentalmente duas modalidades: ou a administração negocea um contrato entre o Estado e o particular, ao qual se segue a edição de uma lei especial em que é vertido o contrato e que fica a constituir o invólucro deste; ou a administração negocea com o particular as bases (gerais) de um contrato que hão-de figurar numa lei, a qual, uma vez emitida com esse conteúdo, constitui a base habilitativa para a administração elaborar o respetivo contrato, assumindo este a natureza de um contrato administrativo que desenvolve as bases legais editadas para a sua negociação e conclusão<sup>992</sup>.

---

<sup>989</sup> Cfr. F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., p. 231 e 233, referindo que a contratação tinha como objetivo evitar uma apreciação judicial morosa e litigiosa da nova regulação jurídica do setor energético. Também foi objeto de acordo a *não aplicação de medidas fiscais desfavoráveis* relativamente aos operadores de energia nuclear, sem prejuízo da competência legislativa parlamentar nesta matéria.

<sup>990</sup> F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 237-243, propõe uma dogmática classificatória a este respeito, elencando diversos critérios que distinguem os *acordos políticos ou informais* dos *contratos de direito constitucional*. O critério decisivo atende à necessidade de determinar a finalidade e a manifestação de vontade das partes, indagando-se: se o acordo visou estabelecer efeitos jurídicos obrigatórios ou se, pelo contrário, apenas teve como finalidade definir deveres morais ou políticos.

<sup>991</sup> *Contratos Fiscais*, cit., pp. 130-133.

<sup>992</sup> Para mais desenvolvimentos, designadamente dos argumentos a favor da vinculação do próprio legislador às leis-contrato, cfr. CASALTA NABAIS, *Contratos Fiscais*, cit., pp.130-136.



Finalmente, no domínio da função política – entendida como a ação de órgãos constitucionais que, com fundamento na Constituição, se materializa na tomada de decisões primárias sobre os fins a prosseguir pelos poderes públicos<sup>993</sup> –, avultam *compromissos, declarações de intenções, contratos de legislatura, pactos de regime* ou até *acordos calendarizados* que visam concertar posições sobre reformas políticas a levar a cabo em determinadas matérias ou regular o exercício do direito de voto (aprovação) de um projeto de lei<sup>994</sup>. Em princípio, a generalidade desses instrumentos tem relevância essencialmente política (e, portanto, extra-jurídica). No entanto, a doutrina tem-se questionado sobre a natureza jurídica dos *acordos entre partidos políticos* – como o “acordo de revisão constitucional” –, equacionando se se trata de “acordos privados” ou de “acordos informais de direito público constitucional”. Ora, entendendo que os partidos políticos têm a natureza de pessoas coletivas (associações) de direito privado que exercem funções públicas ou de natureza constitucional<sup>995</sup>, será possível que, por via bilateral, duas ou mais entidades privadas, sem exercerem funções públicas, possam produzir contratos de direito público?<sup>996</sup>.

---

<sup>993</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, “A Função Administrativa”, *Estudos de Direito Público*, Vol. II, Tomo I, Coimbra, 2000, pp. 75-129; e J. J. GOMES CANOTILHO, “O acordo político para a revisão constitucional: do pelotão de juristas ao poder de revisão negocialista partidário”, *Dicionário da Revisão Constitucional* (org. José Magalhães), Mem Martins, 1989, pp. 187-194.

<sup>994</sup> No direito espanhol, sobre a tipologia de “pactos” ou “contratos de legislatura”, cfr. NICOLÁS MUÑIZ, “Programa político y legislativo del gobierno: pactos de coalición y contrato de legislatura”, cit., pp. 385-414.

<sup>995</sup> Assim, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 314-317; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português*, Braga, 1983, p. 548; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, cit., p. 56.

<sup>996</sup> A interrogação sobre a natureza jurídica desses acordos foi colocada pelo Professor Paulo Otero na arguição de Doutoramento (*Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Administrativas com Funções Administrativas*) do Mestre Pedro Gonçalves, no dia 20 de Janeiro de 2005, publicada na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. (46) XLVI, 2005, pp. 846-847. Naturalmente, as dúvidas aí suscitadas não podem ser desligadas do específico contexto em que os *acordos de revisão constitucional* têm vindo a ser negociados pelas principais forças partidárias em Portugal. A este respeito, recorde-se que PAULO OTERO, *O Acordo de Revisão Constitucional: Significado Político e Jurídico*, Lisboa, 1997, pp. 13-21 e 27-35, e *Legalidade e Administração Pública*, cit., pp. 181-183, sustenta que o modelo constitucional de revisão foi subvertido tanto pela *desparlamentarização*, como pela *governamentalização* da revisão constitucional. A desparlamentarização justifica-se pelo facto de o sucesso de uma revisão constitucional ter deixado de ser uma decisão política da Assembleia da República para passar a estar dependente dos diretórios dos dois maiores partidos políticos (sobretudo, dos respetivos líderes) e de o conteúdo da revisão ser produto direto de um acordo informal celebrado entre esses partidos. Ao que acresce o facto de as negociações entre tais partidos marginalizarem os partidos não signatários e, ainda, os deputados dos partidos signatários que não tenham participado das negociações – num caso como no outro, as negociações de todas as principais soluções políticas e jurídicas fazem-se fora das competentes instâncias parlamentares. Para além disso, a desparlamentarização é acompanhada da *governamentalização da revisão*, dado que passam pelo Governo, direta ou indiretamente, as principais propostas ou contrapropostas negociais.

Consequentemente, a decisão sobre a revisão deixa de pertencer ao órgão constitucionalmente competente – a Assembleia da República – para se situar, ao arripio do princípio democrático, nos diretórios dos partidos políticos, que possuem uma agenda de interesses próprios e compartilham visões funcionalistas no que respeita a certas instituições formais do Estado de Direito.

A este respeito, importa reter que, historicamente, entre nós, as revisões conheceram a prática dos acordos de revisão constitucional (gerais ou setoriais), celebrados entre os dois ou três principais partidos políticos. Em todo o caso, entendemos que estamos diante de *atuações políticas informais de estrutura bilateral*: a qualificação dessas atuações como sendo de natureza pública ou privada não produz, naturalmente, qualquer consequência ao nível da remissão para um regime jurídico formal de direito público ou de direito privado. Esses acordos não são contratos em sentido técnico-jurídico. Eles resultam da confluência de vontades entre dois ou mais partidos políticos e devem ser enquadrados no campo da *informalidade* e da mera *sindicabilidade política*: a sua relevância e especialidade decorrem – isso sim – da *função* que as partes subscritoras desse acordo exercem no sistema político-constitucional, reconhecida ao nível mais elevado pela nossa Lei fundamental [cfr. os artigos 10.º, n.º 2, 51.º, 114.º, 151.º, 178, n.º 2, 187.º e 288.º, i), da CRP]. Desta forma, tanto o cumprimento, como o incumprimento destes acordos orientam-se segundo os princípios da ação política (v.g., princípio da confiança) e as regras do jogo político-democrático<sup>997</sup>, não se descortinando qualquer forma de responsabilidade jurídica ou de execução específica em matéria de acordos de revisão constitucional. As matérias relativas à obrigatoriedade e execução de acordos políticos representam, genericamente, questões *extra juris ordinem*.

## 27.2. Contratualização da vinculação internacional

No quadro da função política inscrevem-se uma série de atos por meio dos quais, para a realização dos fins do Estado, “certos dos seus órgãos são autorizados a sair para fora da ordem jurídica”<sup>998</sup>, neles se destacando os atos respeitantes às relações internacionais (*função política-internacional*<sup>999</sup>), em particular os tratados e acordos internacionais

---

<sup>997</sup> Temos vindo a referir, ao longo deste trabalho, a importância do conceito de *constitutional conventions*, que é obra de DICEY e começou a assumir um relevo indubitável no direito constitucional contemporâneo. Essas convenções, pactos de regime ou compromissos (v.g., a escolha dos juizes do Tribunal Constitucional, sendo uma competência exclusiva da Assembleia da República, é o resultado direto de negociações e acordos informais entre os grupos parlamentares com influência dos diretórios dos partidos políticos) não têm carácter vinculativo, mas regulam o comportamento e a ação dos órgãos constitucionais. Para mais desenvolvimentos sobre as *constitutional conventions*, cfr. IAN LOVELAND, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights*, cit., pp. 303-348; e G. RESCIGNO, *Le Convenzioni Costituzionali*, Padova, 1972, *passim*.

<sup>998</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, “A Função Administrativa”, cit., p. 121.

<sup>999</sup> No direito alemão, sobre o conceito de “Estado Constitucionalmente Cooperativo” («kooperativ Verfassungsstaat»), representando a abertura da “estadualidade à cooperação internacional”, cfr. F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 55 em nota, 59 e 211-203; e WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 201-202, referindo-se ao Estado Cooperativo no domínio da “cooperação europeia”.

concluídos pelo Estado português [artigos 161.º, *i*), e 197.º, n.º 1, *b*) e *c*), da CRP]. Quando em causa estão convenções internacionais que representam um parâmetro normativo para reformas legislativas nacionais e envolvem matérias que pressupõem o exercício de poderes de soberania, cumpre averiguar a exata medida da autovinculação internacional do Estado português.

Destarte, a *contratualização da vinculação internacional* mostra-se passível de gerar efeitos sobre o exercício do poder legislativo do Estado subscritor de uma convenção internacional<sup>1000</sup>. Assim sucedeu com os Memorandos de Entendimento celebrados por Portugal com o Fundo Monetário Internacional (FMI) e com a União Europeia (UE).

Em consequência da grave crise económica e financeira que assolou o nosso País, cujo pico ocorreu em 2011, traduzida, entre outros aspetos, numa enorme subida das taxas de juro praticadas no mercado de dívida pública e na descida acentuada do *rating* da República portuguesa, dos bancos e de importantes empresas públicas portuguesas, o que pôs em risco a sua capacidade de obter financiamento e de financiar a economia portuguesa,

---

<sup>1000</sup> Quando assim sucede, podemos afirmar que estamos diante de tratados-contrato internacionais com força normativa e que produzem efeitos sobre a legislação interna a adotar pelo Estado. Está a pensar-se naquelas convenções internacionais que produzem *regras e standards* que constituem o parâmetro de reformas legislativas a ser implementadas num dos Estados subscritores da convenção, e não no conceito de *tratado-lei* ou *tratado-normativo* há muito sedimentado no direito internacional público. Nesta última aceção, há muito que a doutrina reconhece os *tratados-lei* como sendo aqueles que possuem efeitos *ultra partes*, na medida em que definem regras objetivas de comportamento para os destinatários e, ao mesmo tempo, podem fixar obrigações de natureza *erga omnes*, cuja observância é devida por Estados terceiros que não subscreveram o instrumento convencional. A partir do momento em que se foi consolidando uma verdadeira *hierarquia normativa* no direito internacional público, houve que diferenciar, ao nível conceptual, os *tratados-normativos (tratados-lei)* dos *tratados-contrato*. O *tratado-lei* produz regras gerais e objetivas, resultantes de uma vontade coletiva dos Estados partes, que emitem um feixe de vontades paralelas no mesmo sentido, com vista à prossecução de interesses idênticos. De acordo com IAN BROWNLIE, *Princípios de Direito Internacional Público*, Lisboa, 1997 pp. 23-24, o *tratado-normativo* cria normas gerais, cuja observância não dissolve a obrigação essencial nele contida, ao contrário do *tratado-contrato*, em que o cumprimento do seu objeto extinguirá a obrigação fundamental nele enunciada. Assim, BROWNLIE considera que, em função tanto do número de Estados partes, como da aceitação explícita das regras de direito e da natureza declarativa de certas disposições, os *tratados-lei* (v.g., a Declaração de Paris de 1856 sobre a neutralidade na guerra marítima, as Convenções de Haia de 1899 e 1907 sobre o Direito da Guerra e Neutralidade e a Convenção sobre o Genocídio de 1948) produzem um *forte efeito normativo*, pelo menos tão grande como o da prática geral considerada suficiente para fundamentar uma regra consuetudinária: “os Estados não partes podem aceitar, através da sua conduta, as disposições de uma convenção multilateral como representando o Direito Internacional geral” – ob. cit., p. 24.

Ainda que não se possa assacar, no âmbito da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, um regime jurídico próprio das categorias de *tratado-lei (traité-loi)* e de *tratado-contrato (traité-contrat)*, a partir do momento em que se foi consolidando uma verdadeira *hierarquia normativa* no direito internacional público, a natureza jurídica dos tratados passou a constituir um elemento de grande importância no estudo do direito internacional público atual e na interpretação jurídica das convenções internacionais, onde proliferam *tratados multilaterais gerais, abertos* e de *vocação universal*, contendo uma disciplina potencialmente aplicável a todos os membros da comunidade internacional. Ao que acresce considerar, por outro lado, o facto de que tais convenções visam estabelecer princípios de alcance universal (*erga omnes*) e podem indiciar a formação de um *costume geral*, vinculando mesmo os Estados que as não subscreveram.

o Estado Português assinou dois *Memorandos de Entendimento*, um com o Fundo Monetário Internacional (FMI) e outro com a União Europeia (UE), os quais corporizaram o *Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF)*.

Este Programa implicou a satisfação de determinadas condições prévias por parte das autoridades portuguesas e é constituído por um conjunto de instrumentos jurídicos, os quais foram aprovados, por um lado, pelo Governo Português e, por outro lado, pelo Conselho Executivo do Fundo Monetário Internacional, bem como pelo Governo Português e pela Comissão Europeia (em nome da União Europeia) e pelo Banco Central Europeu.

Assim, entre o Governo Português e o Fundo Monetário Internacional foram assinados, em 17 de maio de 2011, um *Memorando Técnico de Entendimento*, bem como um *Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, os quais estabeleceram as condições da ajuda financeira a Portugal por parte do Fundo Monetário Internacional. Para esse efeito, foi enviada uma Carta de Intenções, assinada pelo Ministro das Finanças e pelo Governador do Banco de Portugal, em nome, respetivamente, do Estado português e do Banco de Portugal, com data de 17 de maio de 2011, dirigida ao Diretor do Fundo Monetário Internacional (FMI), tendo a aceitação por esta Organização ocorrido no dia 20 de maio de 2011, com a aprovação do financiamento acordado.

Além disso, entre o Governo Português e a União Europeia foi assinado o *Memorando de Entendimento Relativo às Condicionalidades Específicas de Política Económica*, adotado com referência ao Regulamento do Conselho (UE) n.º 407/2010, de 11 de maio de 2010, que estabelece o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira, em especial o artigo 3.º, n.º 5, do mesmo, o qual descreve as condições gerais da política económica, tal como contidas na Decisão de Execução do Conselho n.º 2011/344/UE, de 17 de maio de 2011, sobre a concessão de assistência financeira a Portugal. Também com este objetivo foi endereçada uma Carta de Intenções, igualmente assinada pelo Ministro das Finanças e pelo Governador do Banco de Portugal, em nome, respetivamente, do Estado português e do Banco de Portugal, com data de 13 de maio de 2011, a vários órgãos da União Europeia (o Presidente do Euro Grupo, o Presidente do Conselho da União Europeia, na sua formação de ECOFIN, e o Comissário Europeu dos Assuntos Económicos e Financeiros) e ao Presidente do Banco Central Europeu, tendo a aceitação daquele Memorando sido formalizada pela sua assinatura pelo Ministro das Finanças e pelo Governador do Banco de Portugal e pela Comissão Europeia, em 17 de maio de 2011, e pela decisão do Conselho da União Europeia, na formação de ECOFIN, com a mesma data, que deliberou atribuir a assistência financeira a Portugal.

Sem embargo de se justificarem mais desenvolvimentos sobre esta temática, não vamos, *hic et nunc*, analisar a *vexata quaestio* da natureza jurídica daqueles *Memorandos de Entendimento*, pois isso extravasaria os objetivos da presente dissertação. De qualquer modo, é, seguramente, de rejeitar que os mesmos configuram tão-só um conjunto de *atos unilaterais recetícios*, que integram meros compromissos políticos entre as partes<sup>1001</sup>. São, seguramente, *acordos jurídicos internacionais*, que criam obrigações jurídicas entre as partes contratantes, apesar de não terem sido celebrados com observância das normas constitucionais respeitantes aos acordos internacionais. Com efeito, tais *Memorandos de Entendimento* nem foram aprovados pelo Governo, na forma de decreto, de modo a que este fosse assinado pelo Presidente da República [artigos 8.º, n.º 2, 134.º, alínea b), e 197.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, da CRP], nem foram aprovados pela Assembleia da República, na forma de resolução, como pensamos que devia ter acontecido, devido ao facto de eles abrangerem múltiplas matérias, várias delas da competência reservada (absoluta e relativa) da Assembleia da República [artigo 161.º, n.º 1, i), da CRP]<sup>1002</sup>.

Seja como for, como sublinhou o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 353/2012, aqueles *Memorandos* são vinculativos para o Estado Português, na medida em que se fundamentam em instrumentos jurídicos – os Tratados institutivos das entidades internacionais que neles participaram, e de que Portugal é parte – de Direito Internacional e de Direito da União Europeia, os quais são reconhecidos pela Constituição, desde logo no artigo 8.º, n.º 2. Assim, o *Memorando Técnico de Entendimento* e o *Memorando de Políticas Económicas e Financeiras* baseiam-se no artigo V, Secção 3, do Acordo do Fundo

---

<sup>1001</sup> No mesmo sentido, cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, “Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e com a UE”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 71 (2011), pp. 477-488.

<sup>1002</sup> Referindo-se a esta problemática, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades”, *O Tribunal Constitucional e a Crise, Ensaios Críticos*, (org.) G. de Almeida Ribeiro/L. Pereira Coutinho, Coimbra, 2014, pp. 52-58, afirma que, “[...] à luz da Constituição de 1976, pelo menos sob os parâmetros da forma e da competência, à partida, tudo aponta a que o Memorando de Entendimento deva ser tido como um ato inconstitucional, quer seja considerado como acordo informal, acordo político ou acordo internacional, a que acresce o facto de que a respetiva aprovação jamais poderia ter decorrido de um simples ato da função administrativa”, acrescentando que “exigia-se do Governo que submetesse o assunto à Comissão Permanente da Assembleia da República (dado que este órgão de soberania tinha sido dissolvido) e também ao Presidente da República”.

Diversamente, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional, Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social, Tomo II*, Vol. 2, Coimbra, 2014, pp. 723- 726, entende que o Memorando de Entendimento “não vale juridicamente como uma *convenção internacional*”, estando-se, “ao invés, diante de um *contrato internacional*”, adiantando que, “valendo externamente como um contrato, não dispondo as suas disposições de eficácia intersubjetiva e não sendo sequer sujeito a publicação no Diário da República, o documento não seria suscetível de ser impugnado junto do Tribunal Constitucional com fundamento na sua hipotética inconstitucionalidade”. Ainda segundo o mesmo Autor, “no plano substancial, formal e orgânico, a aprovação do documento envolve uma competência governamental de natureza administrativa, pese que também política, cabendo, quanto à primeira dimensão, na alínea g) do artigo 199.º da CRP”.

Monetário Internacional, enquanto o *Memorando de Entendimento Relativo às Condicionalidades Específicas de Política Económica* se fundamenta, em última análise, no artigo 122.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Tais documentos impõem a adoção pelo Estado Português das medidas neles consignadas como condição do cumprimento faseado dos contratos de financiamento celebrados entre as mesmas entidades.

Mas o que pretendemos particularmente vincar neste número é que os mencionados *Memorandos de Entendimento*, aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, de 5 de maio de 2011 (publicada no *Diário da República*, II Série, de 17 de maio de 2011), têm um inegável *conteúdo normativo*, na medida em que encerram um *verdadeiro programa de medidas e de iniciativas legislativas*, de natureza estrutural, com a duração de 3 anos, nos mais variados domínios (como sejam os das relações laborais, do regime do emprego público, da reestruturação da Administração Pública, incluindo a reorganização territorial das autarquias locais, do setor empresarial estatal, intermunicipal e local, das prestações sociais, etc.), com a finalidade de promoção do equilíbrio das finanças públicas, da obtenção da estabilidade financeira e da melhoria da competitividade das empresas e da economia do País. No fundo, esses acordos internacionais tinham por causa-função atribuir ao Estado português tranches financeiras para fazer face a problemas de liquidez, vinculando-se aquele a cumprir determinadas metas e objetivos e a exercer o seu poder legislativo em determinado sentido (isto é, conforme ou em consonância com as “reformas estruturais” acordadas).

É sobejamente conhecido o quadro normativo aprovado pelo legislador em cumprimento daquelas obrigações assumidas pelo Estado português. E é conhecida, igualmente, a rica e diversificada jurisprudência constitucional a que deu origem a legislação aprovada na sequência dos aludidos *Memorandos de Entendimento*, justamente denominada *jurisprudência constitucional da crise económico-financeira*, de que são exemplos mais relevantes os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 399/2010, 396/2011, 353/2012, 187/2013, 862/2013, 413/2014 (objeto de um pedido de esclarecimento, decidido pelo Acórdão n.º 468/2014), 572/2014, 574/2014 e 575/2014<sup>1003</sup>.

---

<sup>1003</sup> Para uma análise crítica da chamada *jurisprudência constitucional da crise*, cfr., entre outros, MARIA BENEDITA URBANO, “A Jurisprudência da Crise no Divã do Diagnóstico: Bipolaridade?”, *O Tribunal Constitucional e a Crise, Ensaios Críticos*”, (org.) G. de Almeida Ribeiro/L. Pereira Coutinho, Coimbra, 2014, pp. 11-48; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades”, *ibidem*, pp. 51-68, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, *ibidem*, pp. 107-131, PAULO MOTA PINTO, “A Proteção da Confiança na «Jurisprudência da Crise»”, *ibidem*, pp. 135-181, JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Cortes, Pensões e Jurisprudência em Tempos de Crise: Entre o Transitório e o Permanente”, *ibidem*, pp. 185-201, RUI MEDEIROS, “A jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional”, *ibidem*, pp. 265-288, e CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de*

### 27.3. Contratualização da função jurisdicional

É consabido que a função pública jurisdicional se caracteriza por “uma «intenção axiológica» (procura dos «fundamentos», do «valor», do «justo» – CASTANHEIRA NEVES), tendo como *conteúdo* e, sobretudo, como *fim exclusivo* a resolução de uma «questão de direito» em sentido amplo (que abrange os litígios entre pessoas e também a questão da conformidade de um ato ou de uma norma com um padrão normativo – AFONSO QUEIRÓ), normalmente, e sempre em última instância, a cargo de um órgão «indiferente» (imparcial) e «inoficioso», quando dirime um conflito de interesses”<sup>1004</sup>. A jurisdição é tipicamente caracterizada pela integral *subordinação* dos atos jurisdicionais ao direito e por a decisão judicial ser elaborada por um juiz (um terceiro em relação ao litígio e aos interesses em disputa), mediante um processo *legalmente* regulado, com vista a garantir ao litigantes um tratamento justo e imparcial. As decisões jurisdicionais não são uma composição negocial entre as partes litigantes, constituindo, antes, decisões autoritárias com força obrigatória.

Daqui resulta, *prima facie*, a recusa de quaisquer efeitos contratuais conformativos do direito (processual e substantivo) aplicável na resolução de casos jurídicos decididos. Todavia, a exclusão de qualquer “interferência” entre a instituição contratual e o exercício da função jurisdicional é tão-só aparente. Como em outras paragens, também em Portugal, a categorização da jurisdição e a sua divisão em dois grupos fundamentais – *jurisdição estadual* e *jurisdição não estadual ou privada* – apela imediatamente para uma estruturação basicamente dicotómica que, deliberadamente, aqui se subscreve<sup>1005</sup>.

Entre nós, o sentido interpretativo a extrair do artigo 202.º, n.º 1, da CRP é o de que esse preceito constitucional reserva aos tribunais, enquanto órgãos de soberania, o desempenho da função jurisdicional (*reserva de jurisdição estadual aos tribunais*). Por isso, os tribunais que exercem a função jurisdicional estadual integram a organização judiciária

*Direito Constitucional*, cit., Tomo II, Vol. 2, pp. 709- 785. Para um aplauso da referida jurisprudência, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos*, Coimbra, 2014.

Por outro lado, é interessante verificar que aqueles acordos internacionais, para além de tradução ao nível de reformas e alterações legislativas nacionais (v.g., Código do Trabalho, Código dos Contratos Públicos, Código do IRS), moldaram, durante o período de assistência económico-financeira, um certo sentido e entendimento da juridicidade – cfr., a este respeito, PEDRO GONÇALVES, “Gestão de contratos públicos em tempo de crise”, *Estudos de Contratação Pública*, III, Coimbra, 2010, pp. 5-49.

<sup>1004</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 30. De acordo com a jurisprudência do STA (Acórdão 03/04/2008, P. 934/07), “haverá ato jurisdicional, quando a sua prática se destina a realizar o próprio interesse público da composição de conflito de interesses (entre particulares, entre estes e interesses públicos ou entre estes, quando verificados entre entes públicos diferentes), tendo, pois, como fim específico a realização do direito ou da justiça”. Cfr., o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 317/89 e os Acórdãos do STA n.ºs 231 e 319. Cfr., também, AFONSO QUEIRÓ, “A Função Administrativa”, cit., pp. 75-129; A. BARBOSA DE MELO, “A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público”, cit., pp. 7-21; L. PEREIRA COUTINHO, “As duas subtracções – Esboço de uma Reconstrução da Separação entre as Funções de Legislar e de Administrar”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000, pp. 99-133.

<sup>1005</sup> Cfr. os Acórdãos n.ºs 32/87 e 86/87 do Tribunal Constitucional.

do Estado. Além disso, em certas matérias fundamentais, que concernem com a garantia dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (designadamente, quando estejam em causa medidas restritivas desses direitos) e com direitos indisponíveis, pode falar-se numa *exclusividade da jurisdição estadual* ou na *reserva da função jurisdicional para o juiz* (“reserva do juiz”).

No entanto, a conclusão segundo a qual o artigo 202.º, n.º 1, da CRP consagra um *monopólio estadual da função jurisdicional* ou um *sistema de exclusividade da justiça pública* não se afigura consentânea com a letra e o espírito da Constituição de 1976. A expressa referência, no seu artigo 209.º, n.º 2 (desde a revisão constitucional de 1982), aos “tribunais arbitrais” ajuda a dissipar quaisquer dúvidas acerca da admissibilidade das *instâncias arbitrais voluntárias*<sup>1006</sup>. Há no propósito de utilização da *jurisdição arbitral*, voluntária e consensual, a recusa de uma conceção exclusivamente estatista do direito e da justiça, admitindo-se que a resolução de certos conflitos jurídicos possa ser remetida, através da autonomia privada, para o *espaço social e não estadual*<sup>1007</sup>.

A resolução arbitral de litígios pode integrar instrumentos ou formas de heterocomposição realizadas por particulares no quadro da autonomia privada e reconhecidas pela lei. Trata-se do domínio da *arbitragem voluntária de direito privado*, que se apresenta como um processo de resolução de litígios entre particulares<sup>1008</sup>. Aqui, a arbitragem tem a natureza de jurisdição contratual privada<sup>1009</sup>. Pode afirmar-se que a *arbitragem voluntária* conhece um triplo fundamento: a *Constituição* e a *lei* [Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), aprovada pela Lei n.º 63/2011 de 14 de dezembro], que a

---

<sup>1006</sup> Cfr. a anotação de J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, cit., ao artigo 209.º da CRP e o enquadramento atribuído tanto à *arbitragem voluntária*, como à *arbitragem necessária ou imposta por lei*. Constituem exemplos de arbitragem necessária, a arbitragem relativa aos litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, prevista no artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro; e a arbitragem em matéria de expropriação por utilidade pública, quando se verifica a falta de acordo sobre o montante da indemnização, regulada nos artigos 38.º e segs. do Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de setembro.

<sup>1007</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., p. 564.

<sup>1008</sup> Sobre a temática, cfr. RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Setembro, 1986; FRANCISCO CORTEZ, “A arbitragem voluntária em Portugal”, *O Direito*, IV, 1992; DÁRIO MOURA VICENTE, “A manifestação de consentimento na convenção de arbitragem”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 2, 2002; J. LEBRE DE FREITAS, “Algumas implicações da natureza jurídica da convenção de arbitragem”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Coimbra, 2002; e L. LIMA PINHEIRO, *Arbitragem transnacional. A determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra, 2005.

<sup>1009</sup> Neste sentido, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/01/200 (Proc. 99A1015), que afirmou que *a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função*: “a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, e, porque o Estado quebrou o monopólio do exercício da função jurisdicional por reconhecer a sua utilidade pública, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado”.



enquadram e a regulamentam, e a *vontade das partes*, que constitui o seu *fundamento imediato*, expresso numa convenção de arbitragem ou num outro ato jurídico de carácter negocial. A *potestas* dos árbitros encontra-se *publicamente regulada*, mas é *constituída pela vontades das partes*. A manifestação dessa vontade é o veículo que permite a submissão das partes ao poder jurisdicional dos tribunais arbitrais.

Por isso, a arbitragem voluntária de questões de direito privado tem natureza contratual privada, na medida em que os tribunais arbitrais são criados em conformidade com *convenções de arbitragem*, que constituem a fonte dos seus poderes e delimitam o âmbito da respetiva competência.

Mas a *arbitragem voluntária* também pode ser utilizada para resolver questões de direito administrativo, ou seja, *como modo “normal” de dirimir litígios emergentes de relações jurídicas administrativas*. Um aspeto que importa sublinhar é o de que não vigora em Portugal uma reserva de jurisdição estadual no que respeita aos litígios que envolvem a administração pública (artigo 212.º, n.º 3, da CRP)<sup>1010</sup>. Os tribunais arbitrais voluntários constituem-se *ad hoc*, em regra com base em “compromissos arbitrais” ou em “cláusulas compromissórias” inseridas em contratos celebrados entre as partes em conflito (artigo 1.º, n.º 3, da LAV). Por esta via, a vinculação contratual da administração pública mostra-se passível de afastar a intervenção – de primeira instância, pelo menos – dos tribunais administrativos na resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas<sup>1011</sup>.

---

<sup>1010</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “A Arbitragem no Direito Administrativo Português”, *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2004, pp. 95-96.

<sup>1011</sup> Nos termos do artigo 1.º, n.º 5, da LAV, “o Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objeto litígios de direito privado”. Naturalmente, a arbitragem opera de forma diferente no âmbito do direito público e do direito privado. Aqui, o recurso à arbitragem voluntária decorre de uma faculdade integrada na autonomia privada (manifestação de vontade em submeter-se à jurisdição arbitral). Ali, observa-se que as pessoas coletivas de direito público carecem de autorização por lei especial para celebrar convenções de arbitragem no direito administrativo. No direito administrativo, tradicionalmente o domínio da arbitragem abrangia apenas os litígios em matéria de *responsabilidade civil e de contratos*, mas foi alargado pelo CPTA à apreciação de atos administrativos relativos à execução de contratos e de outros atos em que haja disponibilidade dos efeitos face à lei (artigo 180.º do CPTA). A administração está, assim, autorizada pelo CPTA a submeter esse tipo de litígios a arbitragem. A admissibilidade da arbitragem no domínio das questões emergentes de contratos administrativos traduz-se não apenas na inclusão de cláusulas compromissórias, como também na ulterior celebração de compromissos arbitrais. Para mais desenvolvimentos sobre o âmbito da arbitrabilidade no direito administrativo, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, Coimbra, 2011, pp. 124-127; FAUSTO DE QUADROS, “A importância hoje da arbitragem em direito administrativo”, *Newsletter Centro de Arbitragem Administrativa e Fiscal* n.º 1, Lisboa, 2013; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. 2, Coimbra, 2012, e “A Arbitragem no Direito Administrativo Português”, cit., pp. 95-99; PEDRO GONÇALVES, “Administração Pública e Arbitragem – em especial, o Princípio Legal da Irrecorribilidade de Sentenças Arbitrais”, *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 777-801, e *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 560-578; SÉRVULO

R. BUSTILLO BOLADO denomina as convenções de arbitragem como “instrumentos voluntários alternativos ao *processo*”, entendendo-as como contratos de heterocomposição que visam assegurar uma tutela jurisdicional efetiva<sup>1012</sup>.

Sem ignorar as profundas diferenças que existem entre o âmbito e o regime da arbitragem voluntária de questões de direito privado e da arbitragem voluntária de questões de direito administrativo, importa circunscrever a nossa análise. Concretamente, o que nos interessa é responder à questão de saber se a *convenção de arbitragem*, subscrita por particulares e/ou por pessoas coletivas públicas, é suscetível de influir sobre o modo de realização do direito no caso jurídico decidendo, gerando um fenómeno de “bilateralidade constituinte do direito”. Por isso, à nossa abordagem interessa particularmente os termos do exercício da *arbitragem voluntária*, porquanto, nesta figura, a competência decisória dos árbitros provém da vontade dos litigantes e não decorre diretamente da lei.

A convenção de arbitragem caracteriza-se como um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes manifestam a vontade comum de se submeterem ao tribunal arbitral. As convenções de arbitragem têm, portanto, a natureza de *contratos processuais*, quer estejam inseridas, como cláusulas compromissórias, em contratos de conteúdo mais amplo, quer sejam estipuladas de modo autónomo, como geralmente sucede com os compromissos arbitrais. Tal como sucede com os particulares, a convenção de arbitragem subscrita pela administração pública *autoriza* ou *legitima* os árbitros a exercer uma *função materialmente jurisdicional* para a resolução do litígio submetido à sua apreciação. A *potestas* dos árbitros pode ser constituída na sequência de compromissos arbitrais face a um litígio atual ou de cláusulas compromissórias inseridas em contratos administrativos.

Tendo presentes estas observações, é agora o momento de responder à questão colocada de saber se a convenção de arbitragem é suscetível de envolver efeitos sobre o direito aplicável ao respetivo litígio. A este respeito, cumpre notar que as regras de constituição (árbitro único ou vários árbitros, designação pelas partes dos árbitros, escolha do presidente) e de funcionamento (princípios e regras de processo, direito aplicável, recurso à equidade, recorribilidade da decisão) podem ser determinadas *ad hoc* nas convenções de arbitragem. Os tribunais arbitrais são criados em conformidade com convenções de arbitragem, que constituem a fonte dos seus poderes e delimitam o âmbito da respetiva competência. A convenção de arbitragem pode conter indicações sobre as regras

---

CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, cit., pp. 675-689, e “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1995; e JOÃO CAUPERS, “A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares”, *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 18, 1999.

<sup>1012</sup> *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, cit., pp. 447-448.

do processo, por exemplo, sobre a sede e a língua do processo, os articulados, o saneamento processual, as provas, o prazo da decisão, a admissibilidade ou inadmissibilidade de recursos (artigos 30.º, 32.º, 39.º, n.º 4, e 43.º da LAV).

Maior relevo na modelação do conteúdo das convenções de arbitragem assumem os aspetos que concernem ao poder jurisdicional dos árbitros. É sabido que estes “dizem” ou “declaram” o direito e resolvem com caráter definitivo as controvérsias sob sua apreciação. Fazem-no com a mesma força declarativa (a decisão arbitral faz caso julgado), bem como com a mesma força executiva da sentença de um tribunal estadual (artigo 42.º, n.º 7, da LAV). Neste âmbito, pode a convenção arbitral prever a resolução da questão segundo a *equidade* (artigo 39.º, n.ºs 1, 2 e 3, da LAV)<sup>1013</sup>. A utilização da equidade na *arbitragem administrativa* mostra-se passível de envolver efeitos, desde logo, sobre a legalidade aplicável ao julgamento dos respetivos litígios. Como observa PAULO OTERO, caso a administração e a contraparte venham a estipular a faculdade de os árbitros decidirem as questões através da equidade, “então tais cláusulas contratuais têm o poder de afastar ou atenuar os termos exatos e objetivos da vinculação à legalidade comum, permitindo a emergência, através da equidade, de uma «outra» legalidade subordinante e conformadora da atuação contratual da administração pública”<sup>1014</sup>. Efetivamente, o julgamento segundo a equidade nunca deixa de envolver uma composição do conflito que

---

<sup>1013</sup> No que concerne à *arbitragem internacional*, a convenção de arbitragem pode constituir em diversos aspetos uma decisão das partes sobre o direito regulador da questão, designadamente no julgamento da questão segundo a equidade e no que concerne à escolha das *normas de um determinado direito estadual*. Nos termos do artigo 52.º, n.º 1, da LAV, “as partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de determinado Estado é considerada, salvo estipulação expressa em contrário, como designando diretamente o direito material deste Estado e não as suas normas de conflitos de leis”. O tribunal arbitral não apenas pode tomar em consideração as estipulações contratuais das partes, como ainda os usos comerciais relevantes (artigo 52.º, n.º 3, da LAV).

<sup>1014</sup> *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 526, para quem o recurso à equidade pode compreender uma equidade *secundum legem* (atenuação da aplicação do direito positivo ou da interpretação das suas normas com fundamento na letra do preceito), uma equidade *praeter legem* (assumindo o estatuto de meio integrador de lacunas, de modo de completar o direito positivo ou de extensão aplicativa de soluções justas a casos sem regulação normativa) e uma equidade *contra legem* (visando afastar o direito positivo, designadamente afastando os efeitos iníquos resultantes da aplicação de uma determinada norma) – ob cit., pp. 1063-1064. Em direito administrativo, a admissibilidade da equidade *contra legem* é altamente problemática. A seu favor, podemos afirmar que a previsão da recurso à equidade encontra sempre o seu fundamento mediato na lei (artigo 39.º, n.ºs 1, 2 e 3, da LAV). Acompanhamos, neste ponto, PAULO OTERO, ob. cit., p. 1067, para quem “mesmo os casos de decisão arbitral *contra legem* correspondem a uma vontade expressa do legislador, de forma direta na arbitragem necessária e de forma indireta na arbitragem voluntária”, pelo que a decisão arbitral *contra legem* encontra, ainda, fundamento “dentro do sistema jurídico e da própria legalidade jurídico-positiva: decidir *contra legem* em nome da justiça do caso concreto ainda é aplicar a lei que manda ou permite submeter o julgamento de certo tipo de litígios à equidade”.

liberta os árbitros de uma aplicação rígida do direito constituído, consentindo-lhes que decidam do modo como lhes parecer mais justo<sup>1015</sup>.

Além disso, como refere SÉRVULO CORREIA, o *juízo de equidade* procura alcançar a justiça do caso concreto com dispensa da subsunção da situação real na previsão de normas gerais e abstratas cujas estatuições ditam os efeitos de direito relevantes. O juiz de equidade procede a uma *avaliação global e pessoal das circunstâncias do caso*, aplicando os seus parâmetros pessoais de justiça quando realiza a função jurisdicional<sup>1016</sup>. Este modo de achar e de fundamentar o sentido de decisão permite-nos concluir que a convenção de arbitragem, além de constituir um modo de especificação das determinações de direito substantivo e de direito processual, projeta efeitos sobre o modo de realização do direito no caso concreto e conforma a decisão judicativa. Por conseguinte, o contrato, expressando uma decisão das partes sobre o direito regulador da questão, influi sobre os termos do direito substantivo e processual aplicável, legitima o julgamento da questão segundo a equidade e serve de base a uma sentença que produz efeitos externos<sup>1017</sup>.

No direito comparado, uma última manifestação de intersecção entre *juridicidade e autovinculação bilateral* no exercício da função jurisdicional diz respeito, no direito norte-americano, ao instituto processual penal da *plea bargaining*, através do qual o promotor público e o arguido (e/ou o seu defensor) podem, na base de uma *guilty plea*, negociar, na fase preliminar, a acusação e os seus termos e, na fase de julgamento, a questão da culpabilidade (*charge bargaining*) e a questão da sanção (*sentencing bargaining*)<sup>1018</sup>. Ainda que possua especificidades próprias, situação semelhante ocorre com o instituto alemão dos *acordos sobre a sentença (Urteilsabsprachen)*, que, segundo JORGE FIGUEIREDO DIAS, constituem a forma correta de “consensualização possível e necessária do processo penal”, podendo neles participar o tribunal, o Ministério Público, o arguido e o assistente

---

<sup>1015</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*, 2002, pp. 33-35; JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Coimbra, 2004, pp. 277 e 286; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, “Valor da Equidade como Fonte de Direito”, *Cadernos de Técnica Fiscal*, n.ºs 92 e 93, pp. 7-18; e A. MENEZES CORDEIRO, “A Decisão segundo a Equidade”, *OD*, Ano 122.º, 1990, pp. 261-272.

<sup>1016</sup> *Direito do Contencioso Administrativo*, cit., p. 686.

<sup>1017</sup> O contrato pode também figurar como instrumento extra-judicial de resolução de litígios – nesta linha, sublinhe-se a relevância do regime jurídico da mediação no contexto da atividade desenvolvida pelo *Centro de Arbitragem Administrativa*, porquanto o *acordo de mediação*, depois de homologado pelo juiz árbitro, *reveste o valor de decisão arbitral*, nos termos do artigo 6.º, n.º 4, do Regulamento de Arbitragem Administrativa (cfr., também, a Portaria n.º 1120/2009, de 30 de setembro).

<sup>1018</sup> Sobre os institutos da *guilty plea* e da *plea bargaining*, cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal – o “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”*, Conselho Distrital do Porto, 2011, pp. 13-39; e SOARES DE ALBERGARIA, *Plea Bargaining, Aproximação à Justiça Negociada nos EUA*, Coimbra, 2007.

(*rectius*, de todos os *sujeitos processuais* que contribuem para a *sentença penal*)<sup>1019</sup>. Com razão se tem vindo a dizer que a admissibilidade em geral deste tipo de acordos (*patteggiamento sulla pena* ou *pena patteggiata*, no direito italiano<sup>1020</sup>) mostra-se passível de violar os princípios da indisponibilidade do poder público e da autoridade e unilateralidade da decisão penal, pelo que os termos em que se processa o expreso reconhecimento dessas figuras (inexistentes, até ao momento, entre nós) não pode deixar de ser confrontado com as regras e os princípios jurídicos fundamentais da “constituição penal”.

---

<sup>1019</sup> *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal*, cit., pp. 24 e 83.

<sup>1020</sup> Analisando o regime jurídico italiano da *pena patteggiata*, cfr. PAOLO TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2010. Para uma panorâmica geral sobre o problema da “justiça penal negociada”, cfr. NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA, *La Justicia Penal Negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Salamanca, 1997.

## CONCLUSÕES DA PARTE I

### § 28.

#### Coordenadas de enquadramento dogmático de uma compreensão pan-contratualista da ação pública

#### CONCLUSÕES

**28.1. Primeira Conclusão** – *Tomada em sentido heurístico-racional, a ideia de contrato situa-se no centro do universo jurídico-público (“contratualismo primário”), representando uma matriz de origem publicista na formação do contrato como categoria geral de direito:*

(a) *Sustenta-se a “tese do apriorismo da ideia de contrato no direito público”, apontando-lhe um sentido regulativo ou de direção, dotado de fontes históricas próprias, e refutando-se o entendimento de que contrato seja, na sua génese, apenas um instituto de direito civil que foi aplicado ao direito público, sendo antes uma categoria geral do direito, historicamente património comum do direito público e do direito privado;*

(b) *Constituindo a ideia de contrato um modelo “a priori” de direito público, distingue-se, claramente, do contrato enquanto produto de uma ordem jurídica concreta (ou de alguns dos seus ramos). Por isso, a ideia de contrato social também não se confunde com os conceitos de contrato público e de contrato administrativo: se ali o contrato é, antes de tudo, “princípio”, quer dizer, princípio genético, informador ou constitutivo da ordem jurídica – que funda, institui ou ordena o poder público, sendo em face dele um «prius», uma ideia originária ou apriorística –, aqui o contrato é uma instituição jurídica, uma forma do “agir”, um modo de exercício do poder administrativo ou da ação administrativa, consagrado no ordenamento jurídico e ao qual se pode assacar um regime jurídico próprio (direito dos contratos públicos, direito dos contratos administrativos).*

(c) *A tese do apriorismo da ideia de contrato é aquela que oferece resposta a uma das questões mais herméticas da história do pensamento jurídico, concretamente, a questão de saber se a instituição contratual se terá revelado alguma vez uma figura apta a sobreviver à margem do ordenamento jurídico estabelecido, ou, dito de outra forma, à margem do reconhecimento juspositivo;*

(d) *Para além de significar a primeira ideia de contrato na ciência jurídica, o termo “a priori” tem, igualmente, como finalidade vincar a força vinculativa e obrigatória*

*do contrato – como realidade pré-jurídica –, que, em último termo, resulta da própria essência do contrato (da sua natureza pré-jurídica ou apriorística), por aqui se reconhecendo unidade e coerência sistemática na construção dogmática da ideia de contrato no direito público;*

*(e) A ideia de contrato aponta, no nosso entender, para um operador hermenêutico contratualista, que perpassa diferentes âmbitos do direito público, à luz do qual a lei e a ordem jurídica pública são percebidas sob o ângulo de um contrato implícito, tácito ou não escrito (“als ob”);*

*(f) Tendo sido nas suas grandes linhas objeto de um vasto tratamento doutrinário (e até jurisprudencial), a ideia de contrato possui uma construção dogmática autónoma no direito público e uma estrutura dorsal claramente distinta do contrato jurídico-privado. Recusa-se, deste modo, que o direito privado seja proclamado exclusivamente como “matriz de origem do contrato”. Por último, importa enfatizar que a tese do apriorismo da ideia de contrato não coloca em causa a unidade do contrato enquanto categoria geral de direito, quer esta se instrumentalize no direito privado, quer no direito público.*

**28.2. Segunda Conclusão** – *Atribuem-se à ideia de contrato fontes históricas seguras e determinadas e identificam-se os postulados político-filosóficos (de recorte variado) quanto à configuração constitucional, definidores, em geral, de contradições no que tange aos sistemas governativos, às relações entre o poder legislativo e o poder executivo e ao catálogo de liberdades e garantias individuais:*

*(a) Os grandes paradigmas do contratualismo político antigo oferecem pautas de leitura imprescindíveis nas matérias da soberania popular (inicial) e da origem democrática do poder político, da articulação entre liberdade e coação legítima, dos fins da associação política, dos limites do poder político resultantes das leis divinas e das leis humanas e, bem assim, da garantia dos direitos individuais e das prerrogativas ao serviço do povo exercidas em caso de violação grosseira do pactuado. Conceitos como “lei-convenção”, “obediência à lei por contrato”, “lex publica pactio” ou “concordia” apresentam um potencial explicativo ou reprodutivo da obrigação cívica ou da obrigação política fundada no consenso social;*

*(b) A perspectiva sufragada em torno do procedimento que envolveu a outorga de certos forais régios permite-nos, sob a lupa do direito público, efetuar a revisitação do problema da origem e formação das instituições municipais e discernir, através da análise documental, no caso português, uma imbricação entre a ideia de contrato e a constituição e*

*desenvolvimento de núcleos populacionais de homens livres que aspiravam formar comunidades concelhias;*

*(c) A ideia de contrato encontra-se umbilicalmente associada aos movimentos constitucionais inglês, norte-americano e francês, sendo utilizada pela pena de diversos autores como elemento propulsor de diferentes concepções jurídico-políticas, designadamente entre: uma concepção (de origem revolucionária) baseada na fundação e legitimação de um novo poder político na base de uma constituição escrita, elaborada por um poder constituinte (originário, autónomo e onnipotente), pertencente à Nação; por outro lado, uma concepção (historicista) centrada na aceitação de pactos de domínio entre governantes e governados como forma de limitação do poder político e na concretização histórica de direitos adquiridos e radicados no tempo; e, finalmente, uma concepção em que o povo (“we the people”) toma a decisão de elaborar uma constituição, que é um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo, garantidora dos direitos dos cidadãos contra a onnipotência parlamentar, reguladora de um governo vinculado à lei fundamental (“paramount law”) e com freios e contrapesos;*

*(d) As doutrinas contratualistas jusnaturalistas e jusracionalistas transportam para o direito constitucional uma “filosofia garantística”, que surge rodeada de formas de limitação do poder e de garantia de direitos preexistentes à formação da sociedade política (“iura conata”) e suscetíveis apenas de autolimitação por consentimento do indivíduo. Na sua versão demo-liberal, a ideia de contrato não pode ser dissociada da concepção originária dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa (“Abwehrrechte”) dos cidadãos perante o Estado. Além disso, as doutrinas contratualistas exerceram uma influência determinante para a formação de princípios, institutos e figuras de direito público de extraordinária importância (v.g., direito de resistência, concepção jusnaturalista dos direitos do homem, lei como expressão da vontade geral, prestação de contas, instituto do júri).*

**28.3. Terceira Conclusão** – *Sob formas de racionalidade mais sofisticadas, a renovação jurídico-filosófica da ideia de contrato, empreendida pelos referidos autores “neocontratualistas”, fez agitar algumas das certezas e dimensões nucleares da Teoria da Constituição, verificando-se, por um lado, o alargamento do seu âmbito material e o enriquecimento da metódica constitucional, mas, por outro, a sua dissolução nas modernas teorias da justiça, do discurso e da razão comunicativa e, ainda, do constitucionalismo financeiro. Conclui-se que o núcleo essencial da ideia de contrato corresponde ao cerne do*



*pensamento democrático constitucional e que essa ideia persiste na dogmática atual do direito público, porque estreitamente ligada à realidade constitucional, em especial ao projeto inclusivo e pluralista e à sua ineliminável base antropológica. Nestes termos, alude-se a compreensão da constituição política como “contrato social intergeracional”.*

**28.4. Quarta Conclusão** – *A ideia de contrato não esgota o seu âmbito de aplicação no interior da ordem jurídica estadual, tendo, em geral, sempre sido aceite no direito internacional público – tradicionalmente, ligada ao direito natural e à fundamentação de um direito internacional racionalista de base não confessional, secularizada, intemporal e reguladora de um direito comum entre as Nações. Modernamente, associada ao cosmopolismo internacional, às teorias da justiça global e à apologia do constitucionalismo global, verifica-se uma tendência de supranacionalização política integradora que aponta para a existência de uma constituição transnacional de vocação universal. Ao nível europeu, o recente apelo à ideia de contrato, em articulação com o paradigma fundacional do poder constituinte, pretende sobretudo garantir o momento histórico de instauração constitucional.*

**28.5. Quinta Conclusão** – *Observando as grandes linhas do contratualismo como ideologia política, desde a Renascença até aos fins do século XX, facilmente se depreende que existe uma certa utilização abusiva do termo “contratualista” (v.g., no anarquismo bakuninista, no socialismo proudhoniano, no libertarismo). Não pode ser a simples utilização do contrato como dispositivo de coordenação que deve suportar o entendimento de uma determinada corrente jurídico-política como “contratualista”, sendo antes a específica axiologia material. Pese embora o conteúdo global do contrato social varie consoante os tempos e as circunstâncias de cada comunidade, o seu núcleo virtualmente permanente e imutável cifra-se numa ordem de valores humanista (v.g., direitos fundamentais) e de princípios democráticos aceites na respetiva comunidade como paradigma normativo, ao qual as pessoas e as organizações devem obediência e com as quais as decisões públicas se devem achar em concordância ou conformidade (contrato regulativo ou contrato original).*

*Decorre, por conseguinte, da ideia de contrato um princípio regulativo ou orientador da ação pública, dirigido aos órgãos supremos do Estado: enquanto exigência da razão, possui o efeito prático de, por um lado, vincular qualquer autoridade, no*

*exercício dessa “summa potestas”, a elaborar as suas decisões como se (“als ob”) elas fossem obra da vontade reunida de todo o povo e, por outro lado, de vincular qualquer súbdito, até onde queira ser cidadão, a considerá-las como se (“als ob”) ele próprio tivesse participado em tal vontade. Por esta via hermenêutica, por um lado, conjuga-se autodeterminação do indivíduo e heterodeterminação pública (sentido heurístico) e, por outro, determina-se que os representantes dirigem o Estado como se o seu poder estivesse fundado num “contrato originário”, devendo, nessa medida, prestar contas do modo como o exercem aos cidadãos (sentido jurídico-positivo). É neste sentido que se pode atribuir à ideia de contrato uma função legitimadora da organização estadual, relevantíssima na dilucidação dos fundamentos da ação pública.*

**28.6. Sexta Conclusão** – *Apesar de poder ensejar uma percepção etérea na sua função instrumental, fruto do labor do pensamento jusnaturalista racionalista, a doutrina do contrato social produziu efeitos concretos e consequências institucionais na modelação do sistema administrativo democrático da época liberal, “maxime” através dos princípios da legalidade administrativa, do controlo parlamentar da atividade administrativa e do conceito de prestação de contas. Apresentando refrações no campo da Teoria do Direito Administrativo, a ideia de contrato surge, desse modo, associada à articulação entre liberdade individual e autoridade ao serviço do bem comum e, bem assim, ao modelo administrativo clássico – autoritário, centralizado e burocrático –, adotado nos países de “regime administrativo”, intelectualmente “re-construído” segundo o esquema contratualista, como se fosse expressão da ideia democrática:*

**(a)** *O princípio da legalidade administrativa é um fruto histórico do liberalismo, sendo sobretudo na vertente da reserva de lei que o cunho histórico deste movimento se manifesta com originalidade. A filosofia política liberal subjacente ao princípio da legalidade administrativa tende, salvo certos casos pontuais (de saliência do poder real, através do exercício de certas faculdades), a assumir uma conceção baseada na supremacia do poder legislativo e da legitimidade democrático-parlamentar, configurando o poder executivo em termos estritamente subordinados ao poder legislativo, decorrente da vontade popular expressa pela lei do parlamento;*

**(b)** *O modelo administrativo clássico, centralizado e burocrático, visava salvaguardar na prática do Estado democrático a ideia da autodeterminação dos cidadãos nos assuntos administrativos (“autarquia”), através de um sistema de que é parte essencial a fiscalização parlamentar da atividade da administração, sujeitando-a a controlo do*

*“titular originário do poder”. A centralização e a verticalidade são tidas em consideração como autênticos baluartes da liberdade dos cidadãos;*

*(c) O direito administrativo surgiu e desenvolveu-se dentro de uma lógica de unidade da administração, que concentra no governo ou no titular do poder executivo a direção de toda a administração pública, respondendo politicamente perante o parlamento. O modelo tradicional de legitimação democrática da administração pública reside na legitimação popular (ou parlamentar), devendo existir entre o titular do poder público e o povo uma “contínua cadeia de legitimação”;*

*(d) A centralidade assumida pela lei no direito administrativo resultava da função que a mesma exercia como expressão da vontade geral e elemento de garantia dos cidadãos face aos abusos do poder público, assumindo-se concomitantemente a função administrativa como a execução dessa vontade geral e atuando a administração segundo rigorosa imparcialidade e objetividade, de modo a realizar uma estrita igualdade de tratamento entre todos os indivíduos;*

*(e) A dicotomia entre público e privado, assente numa lógica de oposição, demarcava, com precisão, as fronteiras entre o espaço da autoridade, das tarefas públicas e do império do interesse geral – pertencente ao Estado – e o espaço das tarefas privadas e do exercício das liberdades fundamentais – referente à sociedade;*

*(f) Na representação individualista liberal, a redução do poder político ao poder do Estado tinha como consequência a exclusão de quaisquer formas de participação administrativa, a rasoura de todas as manifestações de autonomia coletiva e, bem assim, de todos os corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado;*

*(g) A administração oitocentista uniforme e homogénea caracterizava-se pela autoridade e unilateralidade das formas da ação administrativa, excluindo-se a relevância de atos jurídicos negociais e de contratos de direito público. A decisão unilateral e autoritária, suscetível de ser imposta se necessário pela força, constituía a forma de ação típica, traduzindo uma aplicação silogístico-subsuntiva da lei.*

**28.7. Sétima Conclusão** – *Todas as forças motrizes do modelo administrativo clássico ocidental e as concepções políticas subjacentes foram sendo objeto de um verdadeiro processo degenerativo, encontrando-se, hoje, subvertidas. Assiste-se ao reequacionar do equilíbrio envolvendo o binómio liberdade e autoridade, circunstância que tem levado alguma doutrina a aludir a uma “nova dogmática administrativa”, que, no século XXI, se tem vindo, paulatinamente, a instalar;*

(a) *A imagem de uma administração uniforme e homogênea, à qual correspondia um modelo unitário de administração, foi superada pela pluralidade orgânica da administração pública, pela emergência de uma plêiade de novos entes administrativos que expressam várias legitimidades (popular, autônoma, técnico-burocrática, etc.) e, mais recentemente, num quadro de policentralidade de poderes trans-estaduais, por um sistema de administração europeia multinível;*

(b) *Erosão da natureza heterovinculativa do princípio da legalidade administrativa face ao executivo, deslegalização dos padrões normativos da atividade administrativa e proliferação de soft law, standards, programas e regras técnicas;*

(c) *Abertura e estímulo a múltiplas formas de participação administrativa e acentuação das dimensões de colaboração e de cooperação com o setor privado. Neste modelo colaborativo, o particular assume ou é convocado a assumir um novo papel de ator que partilha com o Estado a missão de realizar o interesse público;*

(d) *As novas relações contratuais entre o Estado Cooperativo, as organizações económicas e sociais e os particulares devem ser compreendidas no quadro de um novo “pacto social”, que produziu um reequilíbrio de posições e de responsabilidades entre o Estado e a sociedade: aquele utiliza os recursos públicos para transformar a relação hobbesiana de proteção-obediência numa “relação de clientela”, “de partilha de responsabilidades” e de “cooperação” entre público e privado. O contratualismo como ideologia política passa a desempenhar sobretudo uma função hermenêutica, convivendo e cedendo protagonismo a um outro género de contratualismo, o “contratualismo de ação” ou o contratualismo como modelo de governação das entidades públicas. Neste sentido, vem-se assistindo à adoção de um contratualismo generalizado na atividade administrativa (administração consensual, administração por contrato, administração por compromissos, que recorre ao diálogo e à concertação, estabelece compromissos, concessionaria, delega, negocia, contrata e convoca a colaboração do “mercado” para a execução de tarefas públicas). No procedimento administrativo, a contratualização da decisão administrativa, na medida em que pressupõe a valoração positiva da participação do interessado na conformação dos efeitos jurídico-administrativos de que é destinatário, respeita o particular na sua essencial condição de «pessoa» e de «sujeito» (não objeto) da relação jurídica administrativa – postulado antropológico ínsito no conceito de relação jurídica procedimental;*

(e) *De um direito administrativo da prestação transita-se para um direito administrativo de garantia da prestação. O recuo e a diminuição do Estado gestor e prestador de serviços e a transição para o Estado Regulador e Garantidor ocorridos nos*

*últimos anos do século XX implicaram uma reconfiguração do papel e das responsabilidades do Estado Administrativo e o reposicionamento das forças sociais. Considerando o dever e a garantia do Estado Regulador quanto à realização de certos fins de interesse público a alcançar pelo mercado, a assunção de uma “responsabilidade pública de garantia” integra um novo “compromisso social” entre o Estado Administrativo e os cidadãos, reconhecido ao mais elevado nível do ordenamento jurídico (isto é, no contrato constitucional);*

*(f) Aprofundam-se novos conceitos, valores e princípios de ação provenientes das ciências políticas, económicas e sociais (“Governance”, “Steuerung”, “Social Control”) e adotam-se as lógicas da eficiência, da eficácia, da sustentabilidade e da submissão das decisões públicas ao cumprimento de estratégias de resultado;*

*(g) Atento o reforço do protagonismo decisório do executivo e o progressivo enfraquecimento do papel desempenhado pelos parlamentos, advoga-se uma teoria dos controlos concebida de forma ampla, de modo a integrar, além dos controlos clássicos (parlamentar e judicial), a análise económica da ação administrativa, o controlo financeiro e orçamental, o controlo social exercido pela opinião pública e pelos cidadãos no âmbito da sua participação nos procedimentos e, ainda, o controlo a que a Comissão Europeia submete as diversas administrações nacionais.*

**28.8. Oitava Conclusão** – *As metamorfoses que o direito administrativo vem sofrendo refletem-se com nitidez na matéria atinente à contratação pública. A utilização do contrato administrativo, enquanto modo de relacionamento e de atuação das administrações públicas, apresenta-se como um elemento transversal no contexto dos principais reptos à reforma do direito administrativo:*

*(a) Reconhece-se o carácter transversal e plurifuncional que a instituição contratual apresenta na realização da atividade administrativa, permitindo o cumprimento de diferentes finalidades de interesse público. Do ponto de vista funcional, a eleição da via contratual para realização das finalidades públicas desejadas requer uma análise aprofundada da eficácia e da capacidade administrativa da ação estatal em cada setor ou ordenamento particularmente considerado, a fim de se estabelecer a melhor abordagem instrumental para alcançar esses fins. Em função das finalidades públicas visadas, assim se determinará a específica modelagem contratual a adotar pelas entidades adjudicantes;*

*(b) Do ponto de vista do regime jurídico, atribui-se ao direito dos contratos administrativos uma função reguladora, na medida em que, pela via contratual, as partes*

*acordam ou autorizam uma disciplina jurídica especial e a estipulação de efeitos jurídicos na relação jurídico-administrativa. O contrato administrativo, sendo fonte de direito, ocupa a primeira posição na identificação do regime jurídico aplicável. Esse regime caracteriza-se por uma maior elasticidade interna, ajustada à especial proteção do fim público visado e permite uma regulação mais pormenorizada da relação jurídica a que dá origem;*

*(c) Sob ponto de vista substantivo, o facto de se “descobrirem” novas áreas ou setores especiais da contratação administrativa contribui, de forma incontornável, para a “reconstituição analógica do contrato administrativo”;*

*(d) Do ponto de vista processual, o direito da contratação pública não pode ser “des-ligado” da realização de políticas públicas secundárias ou horizontais, pelo que a sua natureza é verdadeiramente interdisciplinar, assentando em fundamentos da ciência jurídica, mas também da ciência económica, política, ambiental e sociológica.*

**28.9. Nona Conclusão** – *Signo do avanço da dimensão do Estado Contratante, o tópico da administração por contrato conhece manifestações em praticamente todos os setores da atividade administrativa (“tout contrat” ou “tout contractuel”), constituindo uma realidade visível na generalidade dos ordenamentos europeus:*

*(a) A base ideológica que conduziu ao Estado Regulador aumentou a dimensão do Estado Contratante e, sem surpresa, a administração pública transformou-se no principal adquirente de bens e de serviços nos chamados mercados públicos. Para além do “contracting out”, também no domínio da entrega da gestão de serviços públicos (v.g., saúde, ensino, transportes) e de obras públicas a particulares (construção, exploração e manutenção de infraestruturas), assistiu-se ao aumento progressivo das concessões de obras e de serviços públicos, bem como da delegação de funções e responsabilidade públicas em particulares sob o formato de parcerias público-privadas – externalização contratualizada de tarefas públicas;*

*(b) Há já algumas décadas vem-se registando a progressiva europeização dos contratos públicos através da emanação de diversas diretivas e regulamentações. Fruto da importância que a contratação pública assume na construção do mercado comum e decorrência do aumento das regulamentações dirigidas aos contratos da administração pública, não surpreende que a contratação pública seja, hoje, um domínio extensamente regulado. O direito europeu colocou em marcha um processo de “desnacionalização da contratação pública” (visível, por exemplo, em matéria de princípios gerais que presidem à*

*adjudicação de contratos públicos). Isto mostra que o direito da união europeia constitucionalizou (em sentido material) o direito da contratação pública;*

*(c) Por força da emergência de uma visão consensual da atividade regulatória, que se caracteriza pelo recurso a um direito negociado, flexível e compromissório (“regulação administrativa por contrato”), observa-se que o contrato administrativo pode surgir como fonte da formulação e/ou implementação de normas regulatórias, esquema de negociação entre instância reguladora e operador regulado sobre o conteúdo da própria regulação e mecanismo de vinculação dos comportamentos das partes que o subscrevem. Por influência do direito administrativo norte-americano, o contrato vem figurando também como uma base de coordenação institucional na implementação da regulação pública, falando-se, no contexto de relacionamento das agências regulatórias, num “modelo contratual” por contraste com o modelo da hierarquia;*

*(d) O modelo de administração por contrato também se expandiu por força da pluralização da administração pública. O recurso à técnica contratual conheceu um desenvolvimento importantíssimo ao ser erigida em dispositivo de coordenação no processo de relacionamento cooperativo entre várias entidades administrativas (contratos horizontais e contratos verticais; contratos inter e intrasubjetivos; contratos institucionais; parcerias público-públicas), mas também no interior do próprio setor público e, ainda, na implementação de programas da Nova Gestão Pública (contratos de gestão; contratos por objetivos; contratos internos). Em resultado dos processos de desconcentração e de descentralização administrativas, o contrato adquiriu uma função de transferência de competências e de atribuições entre pessoas coletivas públicas. Como consequência da sua intervenção em numerosos domínios nos quais o Estado se relaciona com outras entidades públicas, o contrato passou a constituir um verdadeiro instrumento de reforma da administração pública;*

*(e) No plano das políticas públicas, o contrato administrativo configura um instrumento jurídico de grande valia ao serviço de políticas públicas de ativação e de fomento. Para além disso, o contrato público (e uma determinada modelagem contratual pública) pode ser escolhido em sede de formulação de uma “utilização estratégia”, para o reforço do protagonismo governamental, por via da introdução de inovação tecnológica no mercado, detida e sob o domínio da propriedade intelectual do Estado;*

*(e1) O emprego do contrato para se proceder à implementação de políticas de fomento económico possui uma larga tradição nos países europeus de economia de mercado (economia concertada e contratualismo económico), adquirindo, hodiernamente,*

*contornos mais sofisticados em face das restrições (proibição de auxílios públicos) e ajudas (fundos estruturais) europeias em vigor;*

*(e2) No domínio da constituição social, o contrato é utilizado como ferramenta de atribuição de vantagens e subvenções públicas, mas também como veículo de colaboração e/ou cooperação entre atores públicos e privados para a realização da socialidade (contratos de cooperação e contratos de gestão com organizações do terceiro setor; contratos de autonomia no setor da educação; contratos-programa e contratos de gestão no setor da saúde; contratos de associação e de financiamento no setor social);*

*(e3) O Estado Ativador convoca o potencial endógeno do setor privado para a prossecução de missões de interesse público e implementa políticas públicas de ativação, que apontam para a responsabilização do particular-beneficiário e cuja execução depende de redes de “concertação”, “colaboração” e “articulação” entre público e privado (“steuerung durch konsens”). Essa realidade é especialmente visível nas políticas de ativação em matéria laboral e nas políticas de ativação em matéria de ordenamento do território, urbanismo e ambiente;*

*(e4) O Estado utiliza a contratação pública para prosseguir políticas estratégicas de fomento à inovação tecnológica, desenvolvimento e investigação científica. Tais políticas horizontais são suscetíveis de ser concretizadas por via dos contratos públicos (public procurement), gerando emprego dual, “spin-offs” e transferência de tecnologia. Os contratos de investigação e desenvolvimento (ID) e os contratos celebrados no domínio da indústria da defesa e no setor das forças armadas apresentam-se como as “factispecies” contratuais ao serviço das entidades adjudicantes para o cumprimento daquele desiderato.*

*(f) O contrato expandiu-se, igualmente, por via da sua penetração nos domínios do direito administrativo considerados, por natureza, reservados à atuação unilateral das autoridades administrativas (administração de autoridade e de decisão unilateral). Nesse âmbito, o espectro da consensualização da “decisão administrativa” aumentou consideravelmente: o contrato surge, agora, como uma forma de atuação alternativa ao ato e ao regulamento administrativo ou como um processo que se combina com tais figuras de ação pública unilateral na modelação de relações jurídicas administrativas (“exercício contratual de poderes administrativos”). O novo Código do Procedimento Administrativo promove a contratualização da atividade administrativa entre os órgãos competentes e os interessados no procedimento, tanto por intermédio dos contratos endoprocedimentais, como dos contratos substitutivos da emanação de atos administrativos;*

*(g) No campo do direito do urbanismo, do ordenamento do território e do ambiente (áreas especiais do direito administrativo), o contrato veio reivindicar um lugar*



*até há bem pouco tempo de todo indefensável no âmbito da ação administrativa impositiva e autoritária, destinada a fixar as regras jurídicas respeitantes à afetação do solo, a controlar preventivamente a atividade urbanística dos particulares (tais como licenças, autorizações, comunicações prévias de operações urbanísticas e expropriações urbanísticas) e, ainda, a controlar a ocorrência de perigos (ou a fazer face aos danos) ambientais. O direito do urbanismo constitui um terreno particularmente fértil de manifestações contratuais, que não conhece paralelo em mais nenhum setor ou área especial do direito administrativo: aí se destacam, em termos genéricos, os contratos de planeamento urbanístico e os contratos de execução de planos urbanísticos. No direito do ambiente, assumem relevância os contratos de redução de riscos ambientais, os contratos de redução da carga poluente, os contratos de adaptação ambiental, os contratos de promoção ambiental e os contratos-programa em matéria de política ambiental;*

*(h) Por último, o contrato viu-se transformado num mecanismo prioritário em determinados setores da administração de autoridade que envolvem o exercício de funções públicas por excelência e, inclusive, atingem funções de soberania. Fenómeno esse patente nas recentes formas de contratação pública que se vêm desenvolvendo na gestão de estabelecimentos prisionais (“private prisons contractors”), na segurança do espaço fronteiriço (“contract to secure borders”), na realização de tarefas de polícia de segurança privada e investigação criminal (“private police contractors e privat investigators contractors”) e na prossecução de tarefas militares e de defesa nacional (“outsourcing private military”). O recurso sistemático e permanente ao “contracting out” e ao “outsourcing” em zonas relacionadas com a defesa de interesses essenciais, estratégicos ou de soberania do Estado e, ainda, com a manutenção da ordem e da segurança públicas mostra-se passível de gerar um quadro debilitador do modo como as funções de autoridade são prosseguidas num Estado de direito democrático, colocando em risco os direitos e liberdades dos cidadãos e comprometendo ou diluindo alguns dos mais fundamentais “valores de direito público”. Defendemos que, se aplicada no ordenamento jurídico português, a terceirização e a delegação de funções públicas de soberania em entidades privadas não resistiria ao veredicto da inconstitucionalidade, desde logo por violação dos artigos 3.º, n.º 1 (a soberania é “una e indivisível”), e 111.º, n.º 2 (“não delegação do poder de soberania”), da CRP. Isto porque a mesma traduziria uma conceção da soberania como divisível ou fracionável, assim como expressaria uma delegação de poder contrária à Constituição. Se a Lei Fundamental não admite como regra a delegação de poderes públicos entre órgãos de soberania, “a fortiori” veda qualquer delegação de poderes de soberania em entidades privadas (artigo 111.º, n.º 2, da CRP).*

**28.10. Décima Conclusão** – *Em face da expansão do contrato na vida administrativa e da sua utilização para prosseguir inúmeras finalidades públicas (pode dizer-se, essenciais das funções do Estado sob ponto de vista constitucional), sustenta-se uma compreensão pan-contratualista da ação pública, que eleva o contrato administrativo a instrumento «central» da ação pública e percebe-o como uma das formas de ação «primaciais» de regulação de condutas jurídico-administrativas:*

(a) *Esse ambiente que descrevemos, caracterizado pelo visível reforço da contribuição privada para a governação pública, enquadra-se dogmaticamente no campo do Estado Administrativo Cooperativo (“kooperative Staat”) e do direito administrativo da cooperação (“Verwaltungskooperationsrecht”). A este movimento irreduzível de expansão do contrato na generalidade dos domínios da atividade administrativa corresponde a marcha triunfal da participação dos particulares na função administrativa e a inequívoca admissão da indispensabilidade da colaboração com o setor privado para a satisfação de fins públicos. Na nossa visão, o contrato deixou de ser uma simples expressão das formas de atuação do Estado Administrativo contemporâneo, para passar a ser um “princípio orientador da ação pública” e da reforma administrativa e social, que liga o setor público ao setor privado;*

(b) *Permitindo vislumbrar a formulação de um “princípio da cooperação”, a ideia de Estado Cooperativo, quanto a nós, é aquela que se encontra em harmonia com aqueles valores primordiais que constituem, no nosso tempo, a razão de ser (“ratio”) do teorema do contrato, pacto ou consenso social. Algumas das figuras e institutos estudados no quadro do direito administrativo da cooperação, apresentando-se como instrumentos de ligação do Estado à sociedade, constituem uma alternativa ao desdobramento e fragmentação da administração pública, já que permitem a integração de entidades privadas nas “redes de prestação de serviços”, bem como a execução de tarefas públicas por privados em áreas predominantemente sociais;*

(c) *Quem defende uma compreensão pan-contratualista da ação pública vê no contrato administrativo uma instituição central do direito administrativo do nosso tempo, mas não ao ponto de erigir um princípio de preferência constitucional e legal por formas contratuais em padrão de aferição da validade da atividade administrativa individual e concreta. À luz do ordenamento jurídico português, não se pode falar, em rigor, na existência de um princípio de preferência constitucional e legal por formas administrativas contratuais, capaz de fundamentar autonomamente direitos e pretensões dos cidadãos ao*

*contrato e de justificar a incompatibilidade de atos normativos ou de atos concretos violadores do conteúdo daquele princípio.*

**28.11. Décima Primeira Conclusão** – *O tópico do “government by contract” não se limita ao universo do Estado-Administração, abrangendo também o exercício de outras funções públicas estaduais. Alarga-se, assim, o âmbito de aplicação dos modelos contratuais e compromissórios ao exercício de outras funções públicas estaduais de autoridade (função política, função legislativa, função política-internacional e função jurisdicional), os quais se mostram passíveis de gerar efeitos não apenas sobre a legalidade administrativa, mas também sobre o sentido da juridicidade. De um modo particular, e afastando-se do sentido tradicionalmente cunhado pela doutrina, o exercício da função legislativa pode encontrar-se adstrito a respeitar vinculações assumidas pelo poder executivo sob a forma contratual, expressando uma manifestação do princípio da contra-corrente e uma inversão do sentido vinculativo típico da lei.*

*A “estadualidade cooperativa”, em termos práticos, significa: (a) a abertura do processo legislativo a formas de negociação e de concertação social com grupos de interesses (designadamente, como decorrência do conteúdo da decisão legislativa ser determinado pelo acordo de concertação social); (b) a relevância da vinculação internacional num contexto de cooperação internacional e de “Estado Constitucionalmente Cooperativo” (permitindo vislumbrar a produção de autênticas regras vinculativas dos acordos internacionais negociados pelo Governo e a sua observância pelo legislador e pelo poder público); (c) o reconhecimento da vinculação contratual da administração pública, através da introdução de cláusulas compromissórias nos contratos administrativos, que permite afastar a intervenção (de primeira instância, pelo menos) dos tribunais administrativos na resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e, ainda, caso se venha a estipular o julgamento pelos árbitros através da equidade, a possibilidade de tais cláusulas contratuais projetarem efeitos sobre o modo de realização do direito no caso concreto e conformarem a decisão judicativa.*

## ÍNDICE

<b>Abreviaturas utilizadas na exposição</b>	<b>3</b>
---	----------

### § O PROBLEMA

1. Aproximação ao problema, atualidade e relevância do estudo	10
2. Razão de ordem	25

### PARTE I

## CONTRIBUTO PARA UMA COMPREENSÃO PAN-CONTRATUALISTA DA AÇÃO PÚBLICA

### TÍTULO I

#### INTERSECÇÕES ENTRE CONTRATO E PODER PÚBLICO NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

#### TESE DO APRIORISMO DA IDEIA DE CONTRATO NO DIREITO PÚBLICO: ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO E METADISCURSO JURÍDICO

### § PRELIMINAR

3. Tese do apriorismo da ideia de contrato no direito público	27
---	----

### CAPÍTULO I

#### O CONTRATO SOCIAL NA TEORIA GERAL DO DIREITO PÚBLICO: AS GRANDES LINHAS DE EVOLUÇÃO

4. Significado antropológico e condição mundanal	36
--	----

5. Significado jurídico-constitucional	40
6. Significado histórico-dogmático	50
7. Significado jurídico-administrativo	53
8. Significado jurídico-internacional	61
9. Razão de ordem	68

## CAPÍTULO II

### CONTRATO SOCIAL E NORMA JURÍDICA PÚBLICA

10. A origem do contratualismo normativista na Antiga Hélade – a <i>lei-convenção</i> (LICOFRON) e a <i>obediência à lei por contrato</i> (SÓCRATES)	71
11. A conceção contratualista da <i>lex publica</i> (PAPINIANUS) na República e da <i>lex regia</i> (ULPIANUS) no Principado	79
12. O caso português: os Forais Régios enquanto <i>contrato social histórico</i> e a predeterminação negocial de normas de <i>ius publicum</i>	85

## CAPÍTULO III

### CONTRATO SOCIAL, ESTADO E ORDEM JURÍDICO-PÚBLICA

13. A ideia de contrato social nos movimentos constitucionais inglês, norte-americano e francês	96
13.1. Os <i>Pactos de Governo</i> medievais e os <i>Pactos do Povo</i> da Revolução Inglesa no movimento constitucional britânico	97
13.2. O <i>Pacto do Mayflower</i> , a fundação de <i>New Towns</i> nas Colónias Unidas da Nova Inglaterra e a <i>Constituição Federal</i> de 1787	103
13.3. A rotura com o <i>Ancien Régime</i> e a proposta do <i>contrat social</i> como origem do Estado no movimento constitucional francês	107

<b>14. Fundamentos jurídico-dogmáticos da ideia de contrato. O caráter comunitário e transcendental do contratualismo político antigo e os seus maître-penseurs</b>	<b>111</b>
<b>14.1. O contratualismo político atomista e materialista de EPICURO</b>	<b>111</b>
<b>14.2. Os postulados ordinalistas e contratualistas-normativistas medievais – de MANEGOLD DE LAUTENBACH a MARSÍLIO DE PÁDUA</b>	<b>114</b>
<b>15. Fundamentos jurídico-dogmáticos da ideia de contrato. Os maître-penseurs do contratualismo moderno: da Renascença ao Iluminismo</b>	<b>119</b>
<b>15.1. Teoria da soberania popular inicial e direito de resistência na alvorada da modernidade</b>	<b>129</b>
<b>15.1.1 Os Monarcómacos JOHANNES ALTHUSIUS E MARIO SALAMONI e a apologia dos direitos populares</b>	<b>129</b>
<b>15.1.2 FRANCISCO SUÁREZ e a origem do poder público</b>	<b>132</b>
<b>15.2. O teorema do contrato social segundo o método jusnaturalista: HUGO GRÓCIO, jusnaturalismo secularizado e a formação de uma comunidade internacional de Estados soberanos</b>	<b>134</b>
<b>15.3. O <i>código-fonte</i> do Estado Liberal post-revolucionário</b>	<b>136</b>
<b>15.3.1. O elemento democrático e a vertente autoritária</b>	<b>136</b>
<b>15.3.1.1. O contrato de segurança de THOMAS HOBBS</b>	<b>136</b>
<b>15.3.1.2. O esboço triangular de SAMUEL PUFENDORF na origem do Estado e da ordem política: «<i>pactum unionis, pactum subjectionis e decretum</i>»</b>	<b>139</b>
<b>15.3.1.3. A alienação de poderes <i>ao todo</i> e o dogma da <i>volonté générale</i> de JEAN-JACQUES ROUSSEAU</b>	<b>141</b>
<b>15.3.2 A vertente liberal e a garantia dos direitos originários</b>	<b>145</b>
<b>15.3.2.1. Limitação do poder político e doutrina dos direitos originários de JOHN LOCKE</b>	<b>145</b>

<b>15.3.2.2. O contrato originário de IMMANUEL KANT e o princípio republicano da autodeterminação</b>	<b>149</b>
---	------------

## **CAPÍTULO IV**

### **NEOCONTRATUALISMO E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO COMO REDE DE TEORIAS**

<b>16. A contra-corrente do contratualismo individualista liberal: FILMER, MAISTRE, HUME, BURKE, HEGEL, PROUDHON e MARX</b>	<b>152</b>
<b>17. A persistência do axioma contratualista na Teoria Geral do Direito Público e a sua renovação filosófico-jurídica na segunda metade do século XX</b>	<b>158</b>
<b>18. Distributivismo e Teoria da Justiça</b>	<b>163</b>
<b>19. Libertarismo e Estado Mínimo</b>	<b>170</b>
<b>20. Economia Constitucional e <i>Public Choice</i></b>	<b>173</b>
<b>21. Constituição Moral e relato consensual de princípios éticos vinculantes</b>	<b>180</b>
<b>22. Procedimentos comunicativos e Democracia Deliberativa</b>	<b>183</b>
<b>23. Posição adotada: o princípio contratualista enquanto princípio genético, informador e regulativo da ordem jurídica constitucional</b>	<b>190</b>

## **TÍTULO II**

### **INTERSECÇÕES ENTRE CONTRATO E PODER PÚBLICO NA TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

## **CAPÍTULO V**

### **CONTRATO SOCIAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA**

<b>24. Da receção e projeção das doutrinas contratualistas nas instituições administrativas post-revolucionárias</b>	<b>195</b>
<b>24.1. Pacto social e princípio da legalidade administrativa (controlo <i>ex ante</i>)</b>	<b>198</b>
<b>24.2. Pacto social, prestação de contas e princípio da fiscalização parlamentar da atividade administrativa (controlo <i>ex post</i>)</b>	<b>201</b>
<b>24.3. Pacto social e modelo administrativo concentrado, burocrático e hierarquizado</b>	<b>204</b>
<b>24.4. Pacto social e democracia administrativa: a negação da participação e a unilateralidade das formas da ação administrativa</b>	<b>208</b>
<b>25. As transformações do direito administrativo clássico no quadro da Nova Dogmática ou Ciência do Direito Administrativo</b>	<b>211</b>
<b>25.1. As transformações operadas pela socialização e pela regulação</b>	<b>211</b>
<b>25.2. Nova Dogmática ou Ciência do Direito Administrativo (<i>Neue Verwaltungswissenschaft</i>) e reforma do direito administrativo</b>	<b>222</b>
<b>25.3. A centralidade do contrato administrativo como modo de atuação e de relacionamento das administrações públicas: o seu carácter transversal no contexto dos principais reptos à reforma do direito administrativo</b>	<b>231</b>
<b>25.4. Avanço do Estado Contratante e expansão da Administração por contrato</b>	<b>235</b>
<b>25.4.1 Recuo do Estado Produtor e aumento progressivo das compras e aquisições públicas</b>	<b>235</b>
<b>25.4.1.1. Aumento do <i>contracting out</i></b>	<b>235</b>
<b>25.4.1.2. Europeização dos contratos públicos e processo de codificação da matéria da contratação pública</b>	<b>239</b>
<b>25.4.2 Regulação pública e contrato administrativo</b>	<b>242</b>



25.4.2.1.	Do Estado Regulador ao Estado Garantidor	242
25.4.2.2.	Participação e contratualização na atividade regulatória	247
25.4.3.	Pluralismo organizativo e relações interadministrativas	253
25.4.3.1.	Pluralização administrativa e modelo de equilíbrio eficiente	253
25.4.3.2.	Contratos verticais e contratos horizontais	260
25.4.3.3.	O problema dos contratos internos	262
25.4.4	Contrato e políticas horizontais de contratação pública	265
25.4.4.1.	Políticas de fomento económico e social	265
25.4.4.2.	Função de direção, condução ou pilotagem e políticas de ativação	273
25.4.4.3.	Políticas públicas de indução de investigação e desenvolvimento e inovação tecnológica	279
25.4.4.3.1.	Políticas de investigação e desenvolvimento (ID) e universidade técnica	279
25.4.4.3.2.	Referência aos contratos públicos de interesse da defesa nacional	281
25.4.5.	Contrato e planeamento urbanístico e ambiental	284
25.4.5.1.	Contratação urbanística	285
25.4.5.2.	Contratação ambiental	291
25.4.6.	Exercício contratual de poderes administrativos e renovação das formas jurídicas da ação administrativa	293

25.4.6.1.	O problema da (in)compatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo	293
25.4.6.2.	A penetração do contrato na administração de autoridade	295
25.4.7.	Contrato administrativo e funções de soberania do Estado	297
25.4.7.1.	Contratação pública e gestão de estabelecimentos prisionais	298
25.4.7.1.1.	Modelo contratual	298
25.4.7.1.2.	Riscos associados à contratação no âmbito da gestão de estabelecimentos prisionais	299
25.4.7.2.	Contratação pública e segurança das fronteiras	301
25.4.7.3.	Contratação pública, polícia privada e investigação criminal privada	301
25.4.7.4.	O problema do <i>outsourcing</i> de funções de soberania e da terceirização de agentes privados em ações de defesa militar e de segurança do Estado	303
25.4.7.4.1.	Sentido dos conceitos em presença	303
25.4.7.4.2.	Funções exercidas pelos militares contratados	304
25.4.7.4.3.	Crítica à terceirização de funções de soberania no domínio da defesa nacional	305
26.	Esboço de uma compreensão pan-contratualista da ação pública	308
26.1.	O contrato administrativo como instituição fundamental do Estado Administrativo Cooperativo	308

26.2. Princípio de preferência constitucional e legal por formas administrativas contratuais	313
27. Funções do Estado e contratualização da juridicidade	319
27.1 Negociação legislativa e contratualização política	321
27.2. Contratualização da vinculação internacional	330
27.3. Contratualização da função jurisdicional	335
28. Síntese conclusiva da Parte I: coordenadas de enquadramento dogmático de uma compreensão pan-contratualista da ação pública	342

## PARTE II

### SOBRE A COMPATIBILIDADE ENTRE CONTRATO E AUTORIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO: O PROBLEMA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS

#### TÍTULO I

##### O PROBLEMA DA COMPATIBILIDADE ENTRE CONTRATO E AUTORIDADE NA DOGMÁTICA ADMINISTRATIVA

29. Indicação de sequência: Coordenadas de enquadramento dogmático do problema da negociação e da contratualização do poder administrativo	375
--	-----

#### CAPÍTULO VI

##### O CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS E O SEU RECONHECIMENTO NAS ORDENS JURÍDICAS EUROPEIAS

<b>30. O contrato administrativo enquanto instrumento de colaboração com o setor privado para a prossecução de tarefas públicas: o modelo do contrato administrativo de matriz francesa</b>	<b>380</b>
<b>31. O contrato administrativo enquanto categoria que tem por objeto regular os termos do exercício do poder público: o modelo do contrato administrativo de matriz germânica</b>	<b>392</b>
<b>32. O problema da (in)compatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo – da recusa inicial do contrato jurídico-público até à sua aceitação generalizada</b>	<b>400</b>
<b>32.1. 1.<sup>a</sup> Fase – qualificação contratual ou unilateral de atos administrativos sob consentimento ou dependentes de requerimento: o diálogo entre PAUL LABAND e OTTO MAYER; a recusa de aceitação do contrato por RANELLETTI e CAMMEO; a contra-corrente de HANS KELSEN</b>	<b>400</b>
<b>32.2. 2.<sup>a</sup> Fase – desenvolvimentos posteriores: a inversão de rota a partir de meados da década de 50; as posições de ERNST FORSTHOFF e de KLAUS STERN; a Sentença do <i>Bundesverwaltungsgericht</i> de 04/02/1966</b>	<b>408</b>
<b>32.3. 3.<sup>a</sup> Fase – da consagração do contrato jurídico-público nos §§ 54-62 da <i>Verwaltungsverfahrensgesetz</i> de 1976 até à atualidade (expansão do contrato sobre poderes administrativos)</b>	<b>417</b>
<b>33. O problema do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos nos ordenamentos jurídicos europeus</b>	<b>440</b>
<b>33.1. Ordenamento jurídico italiano</b>	<b>441</b>
<b>33.2. Ordenamento jurídico espanhol</b>	<b>449</b>
<b>33.3. Ordenamento jurídico português</b>	<b>458</b>
<b>33.4. Ordenamento jurídico inglês</b>	<b>463</b>
<b>33.5. Ordenamento jurídico francês</b>	<b>474</b>

- 34. Síntese conclusiva. Natureza bicéfala do contrato administrativo: dualismo ou uniformização de regimes jurídicos? 484**

## **CAPÍTULO VII**

### **ENQUADRAMENTO PRINCIPIOLÓGICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS**

- 35. Os princípios jurídicos que fundamentam formal e materialmente o recurso ao contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos 491**
- 36. Autonomia pública contratual e princípio da intercambialidade ou fungibilidade entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais 492**
- 36.1. Autonomia pública contratual 492**
- 36.2. Princípio da intercambialidade ou fungibilidade entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais 495**
- 36.2.1. Escolha da forma e disponibilidade do regime jurídico aplicável 498**
- 36.2.2. Limites à disponibilidade do regime jurídico aplicável e fuga a vinculações de direito público 504**
- 37. Princípio da legalidade administrativa 509**
- 37.1. A sujeição da administração pública à lei 509**
- 37.2. A estipulação do conteúdo do contrato e a vinculação à lei 512**
- 37.3. Exigências procedimentais e vinculação à lei 515**
- 38. Princípio da boa administração 517**
- 39. Princípio da participação dos particulares na atividade administrativa 520**
- 39.1. Sobre a «ideologia» da participação administrativa no Estado Cooperativo 520**

<b>39.2.</b>	<b>As categorias fundamentais da participação administrativa</b>	<b>529</b>
<b>39.2.1</b>	<b>Participação orgânica</b>	<b>536</b>
<b>39.2.1.1.</b>	<b>Integração de representantes de interessados na gestão efetiva das estruturas administrativas</b>	<b>537</b>
<b>39.2.1.2.</b>	<b>Incorporação de peritos ou especialistas</b>	<b>540</b>
<b>39.2.1.3.</b>	<b>Administração em condomínio</b>	<b>543</b>
<b>39.2.1.4.</b>	<b>Integração de parceiros sociais em comités e estruturas de governança europeia</b>	<b>545</b>
<b>39.2.2</b>	<b>Investidura em competências decisórias próprias (autogoverno por interessados)</b>	<b>549</b>
<b>39.2.3</b>	<b>Participação administrativa procedimental</b>	<b>553</b>
<b>39.2.3.1.</b>	<b>Participação <i>uti singuli</i> e participação <i>uti cives</i></b>	<b>558</b>
<b>39.2.3.2.</b>	<b>Participação preventiva e participação sucessiva</b>	<b>564</b>
<b>39.2.3.3.</b>	<b>Participação dialógica e participação coconstitutiva. Participação-audição e participação-concertação</b>	<b>570</b>
<b>39.2.3.3.1.</b>	<b>O problema do contrato que tem por objeto regular os termos do exercício do poder público por ato administrativo</b>	<b>576</b>
<b>39.2.4</b>	<b>O caso especial da participação nos procedimentos regulamentares</b>	<b>580</b>
<b>39.2.4.1.</b>	<b>A <i>regulatory negotiation</i> (“<i>reg-neg</i>”) no ordenamento jurídico norte-americano</b>	<b>580</b>
<b>39.2.4.2.</b>	<b>O contrato administrativo sobre o exercício de poder regulamentar (<i>Normsetzungsvertrag</i>)</b>	<b>585</b>

**CAPÍTULO VIII****FUNÇÕES E LIMITES IMPOSTOS AO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE  
PODERES PÚBLICOS**

<b>40. Vantagens associadas à escolha do contrato em detrimento de uma atuação administrativa unilateral</b>	<b>588</b>
<b>40.1. Programação e gestão da relação jurídica contratual</b>	<b>589</b>
<b>40.2. Concretização de políticas públicas (em especial, a captação de investimento privado)</b>	<b>593</b>
<b>40.3. Mediação e resolução de conflitos</b>	<b>596</b>
<b>41. Garantias dos particulares, vinculações da administração pública e princípios jurídicos fundamentais</b>	<b>599</b>
<b>41.1. Princípios da igualdade de tratamento e da imparcialidade</b>	<b>601</b>
<b>41.2. Princípios da transparência e da publicidade</b>	<b>603</b>
<b>41.3. Princípios da igualdade de chances e da concorrência</b>	<b>605</b>
<b>41.4. Princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade</b>	<b>606</b>
<b>41.5. Princípio da indisponibilidade do poder público</b>	<b>609</b>
<b>42. Limites jurídicos ao contrato administrativo e limites político-institucionais do Estado Contratante</b>	<b>612</b>
<b>42.1. Proibição de forma e matérias alérgicas à técnica contratual</b>	<b>614</b>
<b>42.2. Limites à estipulação de conteúdo contratual</b>	<b>617</b>
<b>42.3. Inadmissibilidade de substituição de norma jurídica pelo contrato</b>	<b>619</b>

## TÍTULO II

### O CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS E O PROBLEMA DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL: A *EXTENSIO* E OS *LIMITES*

## CAPÍTULO IX

### A INTERSECÇÃO ENTRE CONTRATO, ATO E REGULAMENTO ADMINISTRATIVO: DOGMÁTICA CONCEPTUAL E CLASSIFICATÓRIA

<b>43. Conceito de contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos</b>	<b>621</b>
a) <b>Acordo de vontades</b>	<b>624</b>
(i) <b>Distinção entre acordo ou ato complexo e contrato administrativo</b>	<b>624</b>
(ii) <b>Distinção entre ato administrativo e contrato administrativo</b>	<b>626</b>
b) <b>Entre dois ou mais sujeitos de direito, sendo um deles necessariamente um membro da administração que age nessa qualidade (enquanto tal)</b>	<b>630</b>
c) <b>Juridicamente vinculativo</b>	<b>634</b>
d) <b>Submetido a um regime substantivo de direito público</b>	<b>637</b>
e) <b>Que tem por objeto regular o modo ou os termos do exercício do poder administrativo, seja quanto à emissão (ou não emissão) de um ato unilateral da administração com um certo conteúdo, seja quanto à substituição de um procedimento unilateral por outro de estrutura bilateral</b>	<b>640</b>
(i) <b>Exercício do poder discricionário</b>	<b>643</b>
(ii) <b>Exercício do poder vinculado</b>	<b>646</b>
<b>44. Conção dinâmica das formas da ação administrativa e princípio da aceleração: da rigidez à flexibilidade e da unicidade à combinação</b>	<b>654</b>



<b>45. A intersecção entre contrato e ato administrativo: dogmática conceptual e classificatória</b>	<b>657</b>
<b>45.1. Contratos procedimentais e contratos prévios à tramitação do procedimento</b>	<b>658</b>
<b>45.2. Contratos endoprocedimentais</b>	<b>662</b>
<b>45.2.1 Contratos sobre o exercício da discricionariedade procedimental, de conteúdo procedimental <i>stricto sensu</i> ou integrativos do procedimento administrativo</b>	<b>662</b>
<b>45.2.2 Contratos obrigacionais ou de vinculação à prática de ato administrativo</b>	<b>664</b>
<b>45.2.3 Acordos endocontratuais na execução de contratos administrativos</b>	<b>670</b>
<b>45.3. Contratos decisórios, substitutivos da emanção de atos administrativos ou com objeto passível de ato administrativo</b>	<b>671</b>
<b>45.4. Contratos de execução ou complementares de atos administrativos</b>	<b>675</b>
<b>46. A intersecção entre contrato administrativo e regulamento administrativo: dogmática conceptual e classificatória</b>	<b>677</b>
<b>46.1. Contratos com efeitos regulamentares</b>	<b>679</b>
<b>46.2. Contratos de delegação de poder regulamentar</b>	<b>682</b>
<b>46.3. Contratos regulamentares, normativos, de normação ou com objeto passível de regulamento administrativo</b>	<b>685</b>
<b>46.4. Contratos endoprocedimentais</b>	<b>695</b>
<b>46.4.1. Contratos de conteúdo procedimental <i>stricto sensu</i> ou integrativos do procedimento regulamentar</b>	<b>695</b>
<b>46.4.2. Contratos sobre o exercício do poder regulamentar ou de vinculação à aprovação de regulamento administrativo</b>	<b>696</b>

<b>46.5. Contratos de execução ou complementares de regulamentos administrativos</b>	<b>707</b>
--	------------

## **CAPÍTULO X**

### **REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS**

<b>47. Indicação de sequência. O problema do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos como um problema de regime jurídico no ordenamento jurídico português. Delimitação do objeto de estudo</b>	<b>708</b>
---	------------

#### **Secção I – Da natureza jurídica ao regime jurídico**

<b>48. Natureza jurídica do contrato sobre o exercício de poderes públicos</b>	<b>711</b>
<b>48.1. Tese unilateralista</b>	<b>711</b>
<b>48.1.1. Ato administrativo de adesão ao contrato</b>	<b>711</b>
<b>48.1.2. Promessa administrativa</b>	<b>712</b>
<b>48.2. Tese contratualista</b>	<b>713</b>
<b>48.2.1. Contrato submetido a um regime jurídico misto de direito público e de direito privado</b>	<b>713</b>
<b>48.2.2. Posição adotada: contrato administrativo submetido a um regime jurídico misto de direito público</b>	<b>713</b>

#### **Secção II – Procedimento de formação**

<b>49. Da aplicação do regime procedimental previsto no CPA para a emissão de atos administrativos</b>	<b>717</b>
<b>50. Da aplicação das regras da contratação pública</b>	<b>723</b>
<b>50.1. Pluralidade de interessados e fungibilidade do cocontratante</b>	<b>723</b>

<b>50.2. Os atos administrativos substitutivos de contratos administrativos</b>	<b>733</b>
<b>51. Competência</b>	<b>735</b>
<b>52. Tutela procedimental de terceiros e atos integrativos de eficácia</b>	<b>736</b>
<b>53. Celebração e formalização do contrato</b>	<b>740</b>
<b>Secção III – Conteúdo prestacional</b>	
<b>54. Condições de validade específica do conteúdo prestacional. Poderá o consentimento do particular representado no contrato alargar o conteúdo admissível no ato administrativo correspondente (<i>volenti non fit iniuria</i>)?</b>	<b>741</b>
<b>55. Condições de validade específica do conteúdo prestacional dos contratos involuntários (<i>unfreiwillige Vertrag</i>)</b>	<b>748</b>
<b>Secção IV – Vicissitudes da relação jurídica contratual</b>	
<b>56. Da aplicação das regras substantivas da Parte III do CCP à relação jurídica contratual</b>	<b>752</b>
<b>57. Modificação, resolução, caducidade e extinção</b>	<b>754</b>
<b>57.1. Preliminares</b>	<b>754</b>
<b>57.2. Limites à negociabilidade dos termos da modificação e extinção do contrato</b>	<b>755</b>
<b>57.3. Poderes unilaterais de conformação da relação jurídica contratual</b>	<b>757</b>
<b>57.3.1. Preliminares</b>	<b>757</b>
<b>57.3.2. Poder de modificação</b>	<b>761</b>
<b>57.3.3. Poder de resolução</b>	<b>765</b>
<b>57.4. Caducidade</b>	<b>768</b>
<b>57.4.1. Contratos obrigacionais</b>	<b>769</b>
<b>57.4.2. Contratos substitutivos</b>	<b>774</b>

<b>58. Regime de Invalidade</b>	<b>775</b>
<b>58.1. Invalidade derivada e consequential</b>	<b>777</b>
<b>58.2. Invalidade própria</b>	<b>779</b>
<b>58.3. Falta e vícios da vontade</b>	<b>783</b>
<b>59. Resolução de litígios e questões processuais</b>	<b>784</b>
<b>60. Coordenadas de enquadramento dogmático da contratualização do poder público</b>	<b>792</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>810</b>
<b>Índice</b>	<b>884</b>



Jorge André de Carvalho Barreira Alves Correia

# CONTRATO E PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Volume II

Tese de Doutoramento em Direito - Direito Público, orientada pelo Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves,  
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Junho de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Jorge André de Carvalho Barreira Alves Correia

# **CONTRATO E PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO**

**SOBRE A COMPATIBILIDADE ENTRE CONTRATO E  
AUTORIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO – EM ESPECIAL,  
O PROBLEMA DO CONTRATO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES  
PÚBLICOS**

Volume II

Tese de Doutoramento em Direito, na área  
de especialização de Direito Público,  
elaborada sob a orientação do Professor  
Doutor Pedro Costa Gonçalves

**Faculdade de Direito  
Universidade de Coimbra  
2015**

**PARTE II**  
**SOBRE A COMPATIBILIDADE ENTRE CONTRATO E AUTORIDADE NO**  
**DIREITO ADMINISTRATIVO: O PROBLEMA DO CONTRATO**  
**ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS**

**TÍTULO I**  
**O PROBLEMA DA COMPATIBILIDADE ENTRE CONTRATO E AUTORIDADE NA DOGMÁTICA**  
**ADMINISTRATIVA**

**29. Indicação de sequência: coordenadas de enquadramento dogmático do problema da negociação e da contratualização do poder administrativo**

Esclarecido na Parte anterior o problema jurídico-constitucional da compatibilidade entre poder público e contrato<sup>1021</sup> e exposta uma compreensão pan-contratualista da ação pública, importa, agora, na Parte II, analisar o outro termo do problema: a intersecção entre *contrato público* e *poder administrativo*, em particular, a indefetível relação entre o contrato e o exercício do poder administrativo de autoridade, tarefa que nos permitirá recortar o espaço de intervenção e de conexão entre aqueles conceitos e, bem assim, aludir à sua envolvente, contexto e linhas de desenvolvimento. O problema da compatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo implica *indagar* se existe oposição ou, se pelo contrário, é possível o “convívio” entre *contrato e ato administrativo* e entre *contrato e norma jurídica regulamentar*. Deste modo, a questão que se coloca nesta Parte II reside concretamente em saber, se e em que medida, é possível conjugar *poder público* (e *autoridade*) com *contrato administrativo* e, em caso afirmativo, se daí resulta objetivamente a formação de um “*tipo*” contratual dotado de um regime jurídico *especial*, com particularidades que se desviam do regime comum aplicável a todos os contratos administrativos.

A presente Parte, dedicada especificamente ao estudo da figura do *contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos*, é composta por dois Títulos. Procura-

---

<sup>1021</sup> Recorde-se que uma parte substancial dessa investigação conduziu ao aprofundamento do lugar de preeminência que ocupa no direito público a ideia de contrato social, aludindo à sua construção dogmática autónoma, de origem publicista (tese do *apriorismo da ideia de contrato*), que ultrapassa as fronteiras da província do direito privado e se revela fundamental para o estudo das interferências entre poder público e contrato numa perspetiva jurídico-constitucional.

se, no primeiro Título, delimitar o reconhecimento legislativo nas ordens jurídicas europeias, em regra em leis reguladoras do procedimento administrativo, do contrato sobre o exercício de poderes públicos, aludir ao respetivo enquadramento principiológico e, bem assim, desvelar as suas funções, as vantagens que lhe estão associadas e os limites que lhe são impostos. O segundo Título visa a exposição das principais categorias de contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, abordando *o problema* do regime jurídico específico destes contratos no direito português e a necessidade de acautelar a realização de valores fundamentais de direito público. O problema da determinação do regime jurídico aplicável será essencialmente focado nos *contratos destinados a regular os termos do exercício do poder público por ato administrativo*, concluídos entre a administração e os particulares<sup>1022</sup>.

De génese doutrinal, o contrato *no âmbito (ou sobre) os poderes públicos* constitui um “*tipo*” de contrato administrativo que se filia na figura do “contrato de direito público” alemão (*öffentlichrechtliche Vertrag*), tendo sido acolhido em algumas leis europeias reguladoras do procedimento administrativo, que, em geral, regulam o ciclo de formação do ato administrativo. A figura representa um espaço de fusão entre consenso e poder administrativo (“exercício pactuado de poderes administrativos”), revelando “potencial aplicativo nas atividades administrativas de fomento, prestacional ou de serviço público, arbitral, ordenadora e de autoridade”<sup>1023</sup>.

No ordenamento administrativo português, vislumbra-se a existência de contratos que a administração celebra com os particulares, no exercício do poder administrativo, tendo em vista a conformação jurídica de uma situação individual e concreta. Tais contratos [“*contratos com objeto passível de ato administrativo*” – artigos 1.º, n.º 6, b), 5.º, n.º 6, b), 285.º, n.º 1, 290.º, n.º 2, 313.º, n.º 3, 336.º e 337.º do CCP] têm por objeto o exercício do poder administrativo de decisão unilateral, sendo celebrados entre a administração e o particular com o objetivo de definir os termos e os contornos de uma situação jurídica administrativa que poderia, em alternativa, ser conformada unilateralmente através da prática de um ato administrativo – por aqui se poderá afirmar uma linha de *compatibilidade entre contrato e ato administrativo*.

A tendência dos tempos modernos para a *contratualização decisória pública*, enquanto expressão dos mecanismos legitimadores do Estado Administrativo Cooperativo e do alargamento da aplicação do contrato na disciplina de relações jurídico-públicas, lança

---

<sup>1022</sup> Excluem-se do nosso enfoque os *contratos interadministrativos sobre o exercício de poderes públicos* – sobre estes, cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, cit., pp. 234-246.

<sup>1023</sup> Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 942 e 945.



desafios que tocam o âmago do direito administrativo<sup>1024</sup>. Em rigor, o problema do exercício negociado de poderes públicos não se esgota na temática dos *contratos com objeto passível de ato administrativo*, adquirindo contornos muito mais vastos. Desde logo, porque aquele problema toca a esfera da negociação do processo de formação das decisões administrativas unilaterais e o seu modo de implementação (v.g., *promessa de prática de ato administrativo, ato administrativo de compromissos, cláusulas acessórias ao ato administrativo*). Note-se que a disseminação do consenso na ação administrativa estimula e cria as condições para o alargamento da aplicação do contrato nas relações jurídico-públicas, mas não exclui o ato administrativo, que também pode ser objeto de consensualização. Como lembra YVES GAUDEMET, frequentemente, o “unilateral utiliza a linguagem do contratual”, pelo que a elasticidade do ato administrativo se faz à custa de um arranjo ou de uma configuração tipicamente contratual ao nível do conteúdo dispositivo<sup>1025</sup>.

Além disso, o tratamento dogmático deste problema postula, igualmente, uma íntima conexão com a temática do poder regulamentar da administração pública. Assim, o contrato pode surgir como uma forma de atuação *alternativa* ao ato e ao regulamento administrativo ou como um processo que se *combina* com tais figuras de ação pública unilateral na modelação de relações jurídicas administrativas – também por aqui se poderá afirmar uma linha de *compatibilidade não apenas entre contrato e ato administrativo*, mas também entre *contrato e regulamento administrativo*. Assim, no que toca ao entrosamento entre contrato e regulamento administrativo, veremos que o contrato pode constituir o antecedente próximo de regulamentos administrativos, podendo funcionar como *cofundamento do exercício do poder regulamentar*, como *instrumento preparatório da emissão de regulamentos* pela administração ou como *norma regulamentar*.

Naturalmente, a admissibilidade e o sentido deste tipo de contratos administrativos, quando em causa está a emissão de normas regulamentares (falando-se em “pactos normativos”, “contratos de normação” ou “contratos substitutivos de normas”), colocam toda uma panóplia de novas questões que se impõe resolver<sup>1026</sup>. Não há dúvidas de

---

<sup>1024</sup> L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., p. 943, sustenta que o contrato sobre o exercício de poderes públicos generaliza “o acordo de vontades como veículo gerador de regras jurídico-administrativas, faz do sujeito interessado parte ativa da definição e realização do interesse geral e traz para o primeiro plano verdadeiras relações jurídicas baseadas naquelas regras; com a consequência de reversão de elementos básicos da arquitetura do Estado de Direito Administrativo e, portanto, da necessidade de uma verdadeira alteração na construção dogmática deste”. O Autor refere-se, sobretudo, a uma mudança de conceção no procedimento administrativo, em que o particular é visto como sujeito da relação jurídica procedimental e é valorada positivamente a participação coconstitutiva na conformação de efeitos jurídico-administrativos de que é destinatário.

<sup>1025</sup> “Loi et Contrat”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17, cit., p. 75.

<sup>1026</sup> Vimos na Parte I que o contrato é um conceito que apresenta um *potencial explicativo ou reprodutivo* do normativismo e da obediência à lei. Agora, do que se trata é de aludir a uma outra realidade que

que um contrato desse nível deve ser entendido como um *modo constituinte de juridicidade* (vinculante)<sup>1027</sup>: a compreensão do contrato, na esteira de CASTANHEIRA NEVES, como “juridicidade concreta e concretamente constituída” parece ser inegável, pelo menos nestes casos em que o contrato se assume com “fonte de direito”<sup>1028</sup>. Já os contratos endoprocedimentais celebrados entre a administração e os particulares com o objetivo de concertar posições quanto à emissão futura de um regulamento administrativo suscitam problemas relacionados com a amplitude da autovinculação administrativa, na medida em que condicionam a atuação futura da administração pública no que respeita à emissão de normas regulamentares.

Sob ponto de vista prático-normativo, subsiste, ainda, um grupo de questões dotadas de significativa complexidade, como os termos da *admissibilidade jurídica*, dos *limites*, da *extensão* e do *regime jurídico* da figura do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos. Com efeito, o que temos pela frente não é a exigência de caracterizar a função administrativa ou o poder público de autoridade, pois o que a figura reclama é a delimitação do modo como se intersecta o contrato (substitutivo ou endoprocedimental) com o ato administrativo<sup>1029</sup>. Urge avaliar qual o plano jurídico em que se realiza essa intersecção para, concomitantemente, apreciar os elementos constitutivos das *factispecies* contratuais e quais as consequências ao nível do regime jurídico aplicável. Só então nos encontraremos em condições de nos pronunciarmos, *de iure constituto*, sobre o contrato administrativo celebrado no exercício de poderes públicos enquanto *problema jurídico de regulamentação*, e assim conceber outras soluções *de iure condendo*, no que ao regime procedimental e substantivo tange.

Propomo-nos, por isso, estudar uma figura que constitui ainda uma modalidade de exercício do poder administrativo, mas onde a participação coconstitutiva do contratante privado no procedimento administrativo pode, em certos termos, representar uma “anomalia”, que carece de ser esclarecida. Apesar de girar em torno do exercício do poder administrativo, nem por isso a figura deixa de estar marcada por uma característica de acentuada *heterogeneidade*, quer quanto ao *conteúdo* (prática de ato administrativo,

---

se verifica no direito administrativo: o contrato revela aptidão para substituir uma norma jurídica regulamentar e conter uma disciplina geral e abstrata aplicável a terceiros que não subscreveram o instrumento contratual. Efetivamente, o contrato apresenta-se aqui como um “processo de criação de direito” (*rechtsnormsetzung durch oder mit Vertrag* – F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale*, cit., p. 654) ou como “fonte autónoma de direito” (*source autonome de droit* – YVES GAUDEMET, “Loi et Contrat”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17, cit., p. 75).

<sup>1027</sup> Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta II*, cit., p. 81.

<sup>1028</sup> *Questão-de-Facto – Questão de Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade*, Coimbra, 1967, p. 328.

<sup>1029</sup> Cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., p. 660.

emissão de normas regulamentares), quer quanto à *regulação jurídica da matéria* (contrato sobre o exercício de poderes discricionários ou sobre o exercício de poderes vinculados), quer quanto ao *âmbito obrigacional* (conteúdo prestacional), quer ainda no plano da *eficácia jurídica* (projetando efeitos num plano *ad intra*, isto é, nas relações entre o cocontratante privado e a administração, ou projetando efeitos num plano *ad extra*, sobre a esfera jurídica de terceiros).

Sintomático e consequência do relevo que o contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos vem assumindo nos tempos mais recentes é, entre nós, o facto de o novo Código do Procedimento Administrativo promover, de forma empenhada, a *contratualização da atividade administrativa*, consagrando expressamente tanto os “contratos endoprocimentais” (artigos 57.º e 98.º, n.º 2), como os “contratos substitutivos de atos administrativos” (artigos 77.º, n.º 4 e 127.º). O novo Código introduziu alterações muito significativas em matéria de procedimento administrativo propriamente dito, as quais visaram assegurar, por um lado, maior eficácia, eficiência e economicidade da atividade administrativa (naturalmente, orientada para a realização do interesse público) e, por outro lado, o reforço dos direitos dos particulares, (designadamente dos direitos de informação e de participação) e dos mecanismos de concertação entre estes e os órgãos administrativos competentes.

Antes de tratarmos especificamente a temática da admissibilidade e do reconhecimento generalizado do *contrato no âmbito (ou sobre) os poderes públicos* nas ordens jurídicas europeias, impõe-se tecer algumas considerações em torno da inserção do contrato na província do direito administrativo. Saber se o contrato é admissível em direito administrativo e, por conseguinte, indagar se a atividade administrativa pode manifestar-se pela via dos negócios jurídicos bilaterais de “regime administrativo” é uma questão que existe, no dizer de ORLANDO DE CARVALHO, “desde os primórdios da elaboração dogmática do direito administrativo”<sup>1030</sup>.

---

<sup>1030</sup> *Contrato Administrativo e Ato Jurídico Público*, cit., p. 9.

## CAPÍTULO VI

### O CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS E O SEU RECONHECIMENTO NAS ORDENS JURÍDICAS EUROPEIAS

#### **30. O contrato público enquanto instrumento de colaboração com o setor privado para a prossecução de tarefas públicas: o modelo do contrato administrativo de matriz francesa**

O *contrato público* – entendido como “contrato da administração pública” – constitui uma *categoria histórica e dinâmica* da ação administrativa<sup>1031</sup>, *multifuncional e pluriforme*<sup>1032</sup>, estando há muito presente na realidade das entidades públicas como instrumento concreto de regulação e disciplina jurídica. Nas palavras de HARTMUT MAURER, o contrato público é “um *instrumento de regulação necessário e legítimo da administração*”, juridicamente vinculativo, em que interesses públicos ou interesses públicos e privados interagem continuamente entre si<sup>1033</sup>. Do ponto de vista da atividade administrativa e da realização de interesses pré-definidos pelo legislador democrático, ele é, sobretudo, um “instrumento umbilicalmente ligado a certas tarefas historicamente nucleares da administração, permitindo associar o particular à realização do interesse público e instituir um modelo de colaboração<sup>1034</sup>”.

Embora a atividade contratual pública possua raízes muito antigas<sup>1035</sup>, a associação do particular à realização do interesse público e a aquisição pela administração de bens e

---

<sup>1031</sup> Cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 18.

<sup>1032</sup> Cfr. WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., p. 61.

<sup>1033</sup> *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 383.

<sup>1034</sup> Cfr. B. SORDI, “Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto”, *Dir. Amm.*, 1995, p. 507.

<sup>1035</sup> O recurso à colaboração contratual com os particulares, como lembra MARQUES GUEDES, “O Contrato Administrativo”, *Estudos de Direito Administrativo*, Cadernos de Ciência e Técnica e Fiscal, Lisboa, 1963, pp. 70-71, constitui “um expediente largamente utilizado desde a Antiguidade. A história do direito romano regista-o como processo de criar receitas para o erário público e de confiar a pessoas particulares o desempenho de funções públicas. Esta última utilização tinha a dupla vantagem de libertar a administração do fardo de uma organização dispendiosa, e de lhe permitir ao mesmo tempo fixar com antecipação o montante dos créditos a receber. Parece não ter sido outro o motivo da multiplicação das *societas publicanorum*, poderosas e florescentes empresas que no período da República e nos primeiros tempos do Império foram as concessionárias da lavra de minas, da cobrança de impostos, da exploração de alfândegas, de portos, de salinas, de estradas, de pontes, de aquedutos, e de outras obras públicas”. Mais tarde, a instituição contratual foi utilizada pelas entidades públicas para a compra de bens ou de serviços essenciais ao funcionamento da máquina administrativa, para o recrutamento de pessoal, para a encomenda a terceiros de tarefas várias (como por exemplo, a construção de infraestruturas rodoviárias, de caminhos de ferro e de sistemas de transportes urbanos, a implantação de redes elétricas, de iluminação pública ou, ainda, a execução de serviços de cobrança e recolha de impostos). Sobre a evolução histórica da contratação administrativa e da *colaboração* dos

serviços ao mercado desenvolveram-se assídua e regularmente a partir do século XIX<sup>1036</sup>. Constitui, portanto, um dado relativamente pacífico entre a doutrina a consideração de que é em pleno século XIX, sob a égide de uma administração liberal, de natureza abstencionista e agressiva, que se encontra a *origem próxima* da atividade contratual pública. À medida que o século XIX avançava e se iniciou um programa de construção de grandes obras e infraestruturas públicas tornou-se perceptível que *certos contratos da administração*, designadamente de empreitada de obra pública, consagravam na sua economia preceitos em oposição aberta aos princípios basilares do direito dos contratos privados, sendo visível nesse horizonte o arranque de um *processo de emancipação* daqueles contratos em relação ao direito civil.

No entanto, a aplicação da *forma contratual* no direito administrativo e o tratamento dogmático a que a mesma foi submetida encontram, desde logo, as suas primeiras dificuldades perante a constatação de que o fenómeno da contratação administrativa não evoluiu de forma uniforme e constante nos diversos ordenamentos jurídicos europeus, circunstância que conduziu, inclusive, a certas confusões terminológicas e a equívocos na identificação dos *tipos* abrangidos no conceito amplo de contrato

---

particulares no desempenho de tarefas públicas, cfr. os estudos de JOÃO MARIA TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos – sua Natureza Jurídica*, Coimbra, 1914, pp. 13-52; JOÃO MELO MACHADO, *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra, 1937, pp. 77-91; MARQUES GUEDES, *A Concessão*, Coimbra, 1964, e “O Contrato Administrativo”, cit., pp. 63-84; MARCELLO CAETANO, “Conceito de contrato administrativo e subsídios para o estudo da teoria da concessão de serviços públicos”, *Estudos de direito administrativo*, pp. 39 a 53 e 89 a 115; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2006, pp. 125-135, e *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2012, pp. 159-262; e PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999, pp. 45-49, e *Direito dos Contratos Públicos – Sumários Desenvolvidos*, policop., Faculdade de Direito, Coimbra, 2010, pp. 4-20. De uma perspectiva francesa, que a experiência portuguesa segue desde o início, cfr. GASTON JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État: des départements, des communes et des établissements publics*, Vol. I, Giard, 1927; MARCEL WALINE, “L'évolution recente des rapports de l'état avec ses co-contractants”, *RDP*, 1951, pp. 5-16; PROSPER WEIL, “Le critère du contrat administratif en crise”, *Mélanges offerts à Marcel Waline*, II, Paris, 1974, pp. 831-848, e “Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés”, *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, 1974, pp. 217-227; LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, Paris, 1984, pp. 144-235; e XAVIER BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, Paris, 1999. Cfr., ainda, os estudos comparativos de ANDREAS ABEGG, *Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten: der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert*, Lucius & Lucius DE, 2010, pp. 1-12; EFSTRATIOU, *Die Bestandskraft des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Eine vergleichende Untersuchung zum griechischen, französischen und insbesondere deutschen Verwaltungsrecht*, 1988, pp. 87-115; e H. JARASS, “Besonderheiten des französischen Verwaltungsrechts im Vergleich”, *DöV*, 1981, p. 813-821.

<sup>1036</sup> Cfr. PROSPER WEIL, “Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés”, cit., p. 218, aprofundando os domínios prioritários de associação dos particulares à execução de tarefas públicas no período liberal.

administrativo<sup>1037</sup>. E se é certo que, historicamente, o contrato se defrontou com sérias dificuldades para assegurar um *campus* próprio no direito administrativo, por outro lado, a admissibilidade da figura contratual variou na sua *intensio* (*Sinn*) e na sua *extensio* (*Bedeutung*), consoante as particularidades, as tradições e os elementos juridicamente relevantes de cada sistema administrativo.

Impõe-se, assim, uma referência histórica – necessariamente breve e alusiva ao estudo da realidade portuguesa – que cumpre o propósito fundamental de permitir perceber as condições em que se iniciou o *processo de emancipação* do contrato da administração em relação à regulamentação do direito civil dos contratos<sup>1038</sup>, processo que viria, mais tarde, a evoluir para a conceção de um *regime jurídico próprio*, especialmente dirigido a (certos) contratos da administração. Configura esta uma temática largamente estudada pela doutrina, pelo que é apenas nossa intenção traçar um “esboço” propedêutico em torno de alguns aspetos capitais relativos à emergência do *contrato administrativo de matriz francesa*, aludindo, com rápidas pinceladas, à forma como os dois blocos de sistemas jurídicos de contratação pública (o francês e o alemão) evoluíram no que toca à admissibilidade dos contratos administrativos<sup>1039</sup>.

Com efeito, as primeiras regulamentações *especialmente dirigidas a certos* “contratos da administração pública” (celebrados na esfera do direito civil) surgem, ainda, durante o século XIX, no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas. Isto porque o contrato de empreitada passara a constituir uma forma de ação imprescindível no âmbito da *administração de infraestruturas* e da respetiva conceção/execução de obras públicas. Constituindo uma das principais atividades do Estado e das coletividades públicas, traduzida em avultados investimentos de inegável projeção económica, financeira e social, em França, a construção de grandes infraestruturas públicas ficou ligada, no início do século XIX, à temática dos “*travaux publics*” e das “*ouvrages publics*”, conceitos de génese jurisprudencial que assumiram elevada importância na construção de algumas regras e princípios especialmente aplicáveis a certos contratos da administração, quer no plano do

---

<sup>1037</sup> Já advertindo para esta circunstância, cfr. S. MARTIN-RETORTILLO, “La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, *Studi in Memoria di Guido Zanobini*, Vol. II, Milano, 1965, p. 226; e, entre nós, MARCELLO CAETANO, “Conceito de Contrato Administrativo”, *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, 1974, pp. 40-41.

<sup>1038</sup> Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos – sua Natureza Jurídica*, cit., p. 42.

<sup>1039</sup> Cfr. S. MARTIN-RETORTILLO, “La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, cit., pp. 221-222.

contencioso, quer na relação substantiva entre o contrato e a responsabilidade da administração<sup>1040</sup>.

Em Portugal, era especialmente visível, a partir de meados do século XIX, a adoção de regras legais que consagravam regimes especiais no que tange à celebração e execução de contratos de empreitada de obra pública. Seguindo de perto o estudo de MARGARIDA OLAZABAL CABRAL<sup>1041</sup>, entre as regulamentações de oitocentos destaca-se, desde logo, o *Regulamento para a administração das obras públicas, contabilidade e pagamento das despesas e sua fiscalização* (Portaria de 14 de Abril de 1856), que teria sido o primeiro diploma regulamentador das empreitadas de obras públicas, prevendo a adjudicação por *concurso público* (artigo 10.º), regulando as habilitações dos concorrentes para o desenvolvimento da atividade contratada (artigo 12.º) e a faculdade de não adjudicação por motivos relacionados com os preços das propostas ou com as garantias oferecidas pelos concorrentes (artigo 14.º). O diploma dispunha, ainda, que a adjudicação seria feita numa sessão aberta a todos os concorrentes, sendo lavrada ata conforme o estabelecido no anúncio e sendo as propostas feitas “por escrito em envelope fechado” ou “oralmente”, determinando-se que seria escolhido o concorrente que oferecesse “condições mais vantajosas”. Em 8 de Março de 1861 foram aprovadas, por Portaria, as *cláusulas e condições geraes para as empreitadas de obras publicas* (Portaria de 8 de Março de 1861), a fim de completar e concretizar a Lei de 22 de Julho de 1850<sup>1042</sup> e o Regulamento de 14 de

---

<sup>1040</sup> Cfr. LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 26; e G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, pp. 60-65 e 136-138. Isto sobretudo a partir da Lei de 28 do pluvioso do ano VIII (de 13 de Fevereiro de 1800), que criou e atribuiu competências aos Conselhos de Prefeitura para conhecer dos litígios em matéria de trabalhos públicos (*marché de travaux publics*), possibilitando, por um lado, a emergência no direito administrativo de novos conceitos e figuras de feição substantiva (*ouvrage public, travail public, pouvoir adjudicateur, maîtrise d'ouvrage public*) e, por outro, o desenvolvimento de uma linha de continuidade que tendencialmente alargava à jurisdição administrativa a competência para conhecer de *todos* os contratos da administração. O interesse deste problema estaria no facto de existir no direito francês uma noção de obras públicas distinta da noção de serviço público, falando-se numa teoria de *competência do foro administrativo* dos contratos de obras, historicamente independente da teoria de competência dos contratos administrativos. Neste sentido, alguns autores sublinham que a figura do contrato de empreitada de obras públicas emerge como *o primeiro grande tipo contratual de direito público*, daí pretendendo fazer derivar uma conexão histórica entre o contrato de empreitada de obras públicas, a criação de um *regime jurídico administrativo* do contrato e um *contencioso administrativo autónomo* relativamente à jurisdição comum – cfr. FRANÇOIS MONNIER, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIIIe siècle*, Paris, 1984, pp. 13-22 e 169-175; VALÉRIE DUFAU, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, 2000, pp. 219-226; e, entre nós, a tese defendida por LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de Obras Públicas*, cit., pp. 319-324 e 796-800.

<sup>1041</sup> *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1997, pp. 52-57.

<sup>1042</sup> Esta lei classificava as vias terrestres de comunicação do Reino e estabelecia os princípios e regras que presidiam à sua concretização e utilização, prevendo, ainda, diversas solenidades para a realização de obras de construção de estradas: entre elas, o concurso, com duração de pelo menos três meses e a imposição de concorrência, e a adjudicação em hasta pública, a quem apresentasse melhores condições e fiança idónea.

Abril de 1856. Exigindo aos concorrentes a prestação de caução, aquela portaria veio dispor sobre as obrigações do empreiteiro e do dono de obra, uma vez celebrado o contrato. Estas *cláusulas e condições geraes para as empreitadas e fornecimentos de obras publicas* foram substituídas, em 28 de Abril de 1887 e em 9 de Maio de 1906, por regulamentação que se preocupou essencialmente com a execução do contrato<sup>1043</sup>, nada prevendo quanto à sua formação. Seria, sobretudo, com os Regulamentos Gerais da Contabilidade Pública (de 12 de Dezembro de 1863, de 4 de Janeiro de 1870 e de 31 de Agosto de 1881) que se avançaria na disciplina dos aspetos relativos à formação do contrato. Assim, o Regulamento Geral da Contabilidade Pública de 31 de Agosto de 1881 incluía um Capítulo IV, com o título *concursos*, cujos seis artigos continham uma “regulamentação mínima” dos procedimentos concursais (*inter alia*, previsão de prazos, modos de apresentação das propostas, prestação de caução, vinculação dos concorrentes às propostas), daqui resultando que, para além do fim de garantia da concorrência, no Regulamento Geral da Contabilidade Pública de 1881 o concurso público constituía também uma forma de garantir “a autovinculação da administração a determinadas «regras do jogo» previamente estabelecidas e tornadas públicas”<sup>1044</sup>.

Em todo o caso, como adverte PEDRO GONÇALVES, as regulamentações oitocentistas sobre contratos de empreitada – que continham regras que disciplinam os “domínios financeiro, a escolha e capacidade dos contratantes, os aspetos substantivos da relação contratual e o contencioso administrativo” –, ainda que hoje se pudesse “atribuir-lhes o sentido de *regulamentações de direito público administrativo* [...], na altura consideravam-se meras *regras especiais*, aplicáveis a «certos» contratos de direito civil<sup>1045</sup>: os celebrados pela administração”<sup>1046</sup>.

---

<sup>1043</sup> Mais especificamente, abrangendo matérias de fiscalização da atividade do empreiteiro e aspetos como as condições de execução das obras, os materiais utilizados, os pagamentos e medições, as alterações contratuais, a receção das obras, a rescisão do contrato e indemnizações.

<sup>1044</sup> MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O Concurso Público*, cit., pp. 56-57.

<sup>1045</sup> A este propósito, também, MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., p. 21, reconhecia que o legislador de 1832 (através do Decreto n.º 23 de 16 de Maio de 1832) submeteu à jurisdição administrativa os conflitos resultantes de certos contratos da administração que possuíssem natureza privada, embora a doutrina daquele tempo considerasse “unanimemente que o contencioso deles provindo pertencia aos tribunais judiciais comuns”.

<sup>1046</sup> PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos – Sumários Desenvolvidos*, cit., pp. 8-9. Como é sabido, em Portugal, data do início do século XX a aceitação do contrato administrativo enquanto figura jurídica (autónoma) distinta do contrato de direito privado. No entanto, convém notar que, tal como em França, também em Portugal a sequência histórica terá sido a de primeiro se verificar a *autonomização contenciosa* e só depois a autonomização substantiva da figura do contrato administrativo (assim, cfr. a posição de MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, cit., p. 22). Seguindo de perto MELO MACHADO, *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, cit., pp. 78-79, “a atribuição, ao foro administrativo, de competência para conhecer de todos ou certos aspetos dos contratos pela administração celebrados data do Decreto n.º 23, de 16 de Maio de 1832. Aí se incluía, de facto, reproduzindo a lei francesa de 28 *Pluviose* do



Por outro lado, é neste período, em especial na segunda parte do século XIX, que a administração pública “se vincula por *contratos de longa duração*, que confiam ao contratante particular (em regra, uma empresa de capitais privados) o encargo da construção e de exploração de infraestruturas de utilização pública. Estes contratos – ditos de *concessão*, de obras e de serviços públicos –, concluídos no âmbito do direito civil, virão a estar na origem da figura do contrato administrativo”<sup>1047</sup>. A expansão da utilização da concessão verifica-se, sobretudo, a partir do último quartel do século XIX com o desenvolvimento da *atividade de serviço público* do Estado<sup>1048</sup>. Ora, para compreender o ambiente em que nasceram os primeiros contratos de concessão (concessões ferroviárias, concessões de serviços de transportes, concessões de captação e distribuição de água) é fundamental ter em conta aspetos tão diversos como os fins do Estado liberal, as funções da

---

Ano VIII, artigo 2.º, n.º 4, nas atribuições do Conselho de Prefeitura, o conhecimento desses contratos, ao dispor (n.º 2 do artigo 85.º) ser da sua competência o julgamento das «dificuldades e questões que se suscitarem entre os Empreiteiros e Arrematantes de quaisquer Rendas, Trabalhos ou Fornecimentos públicos, e a administração relativas ao sentido ou execução das cláusulas dos seus contratos». Não mais sairia da esfera contenciosa o conhecimento destas convenções: passa a ser da competência do Conselho de distrito no Código de 1836, artigo 171.º, § 3, na Lei de 29 de Outubro de 1840, artigo 25.º, n.º 2, e nos Códigos de 1842, artigo 280.º, VII, de 1870, artigo 235.º, V, de 1878, artigo 243.º, n.º 5; entre a competência do Tribunal Administrativo distrital do Código de 1876 (artigo 288.º, n.º 10)”. Mais tarde, o Decreto n.º 18.017 de 1930 atribuía ao contencioso administrativo o poder de “interpretação dos contratos administrativos”. Para mais desenvolvimentos sobre a evolução traçada no ordenamento jurídico português, cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., pp. 21-34; MELO MACHADO, *ob. cit.*, pp. 77-114; e SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 355-357.

<sup>1047</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos – Sumários*, cit., p. 9. O conceito de “contrato administrativo” foi construído pelo Conselho de Estado francês para conformar as relações jurídicas emergentes de um modelo específico de contratos, os *contratos administrativos de colaboração subordinada*, e, de entre eles, muito em particular, os contratos de concessão. Entre nós, esta doutrina – que poderemos designar como maioritária e à qual aderimos (MAGALHÃES COLLAÇO, MELO MACHADO, MARCELLO CAETANO, MARQUES GUEDES, FREITAS DO AMARAL, MARIA JOÃO ESTORNINHO, PEDRO GONÇALVES) – percebe o *contrato de concessão* como dimensão modelar do contrato administrativo. Efetivamente, o regime jurídico próprio do contrato administrativo explica-se, em primeira linha, em razão do *objeto público* do contrato (do contrato de concessão e, como veremos, das *factispecies* abrangidas pelo instituto do exercício contratual de poderes administrativos, tratando-se aí de contratos que são *administrativos por natureza*). Por essa razão, o que pode discutir-se é, em certos termos, a extensão da figura do contrato administrativo, sobretudo quanto à inclusão, ou não, dos designados *contratos administrativos com objeto passível de contrato de direito privado*. Em relação a tais contratos, cujo regime jurídico acabou “administrativizado” ou objeto de “apropriação pública”, pode aceitar-se que a sua administratividade não se revelava necessária e admitir-se, por isso, que a lei fosse livre de remeter, no plano da execução, a regulação dessas relações contratuais para o domínio do direito privado. O mesmo não acontece no caso particular da *concessão de serviço público* que, nas palavras de CH. GUETTIER, *Droit des Contrats Administratifs*, Paris, 2004, pp. 27-28, representava “o mais administrativo dos contratos administrativos”.

Contudo, esta corrente (maioritária) convive, hoje, com uma outra doutrina, sufragada por LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, cit., pp. 319-324, que considera ser o contrato de empreitada de obras públicas o primeiro grande tipo contratual de direito público, representado o *modelo normativo do contrato público e administrativo*.

<sup>1048</sup> Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., p. 14; e G. RIZZO, *La natura giuridica della concessione e l'incidenza del diritto europeo*, Torino, 2012, pp. 1-9.

administração pública, a dimensão organizatória da administração oitocentista, as formas da ação administrativa adotadas e a dinâmica das relações entre a administração e os particulares<sup>1049</sup>.

Em Portugal, à medida que a segunda metade do século XIX avança, vão sendo implementadas no período do *fontismo* as políticas públicas da “era dos melhoramentos materiais, que os progressos do industrialismo tornaram apetecidos”<sup>1050</sup>, as quais se traduziram no fomento e no patrocínio estadual da instalação das grandes infraestruturas públicas, tais como a construção de caminhos de ferro e de sistemas para transportes urbanos, a implantação de redes elétricas e de iluminação pública ou de redes de telecomunicações. Para executar esse programa de modernização infraestrutural, depara-se a administração oitocentista com a circunstância de não possuir os meios técnicos e os recursos materiais para realizar essas obras, necessitando, portanto, de recorrer à colaboração dos particulares para adquirir esses bens e serviços ou para poder obtê-los a preço inferior no mercado. Deste modo, MAGALHÃES COLLAÇO identifica três fatores que terão sido particularmente decisivos para a evolução registada neste período: o predomínio das ideias liberais, de cariz individualista e abstencionista, que impediam “que os corpos administrativos e o Estado ousassem a realização direta de tais grandes obras públicas”, a “comovente penúria das suas disponibilidades financeiras” e, finalmente, “o carácter um tanto aleatório dos *resultados* pecuniários”<sup>1051</sup>. E continua MAGALHÃES COLLAÇO, dizendo que se tornara necessário convocar “um particular [que] se aventurasse a assumir os *encargos da sua execução*, ficando com o direito de, como gestor, pelo tempo acordado, em nome e como representante do poder público, receber certas taxas impostas pelo uso que fizessem do serviço prestado”<sup>1052</sup>.

Neste âmbito, surgiram contratos mais distanciados do modelo simples da empreitada de obras públicas, os quais, como sublinha PEDRO GONÇALVES, se caracterizavam pela “*complexidade* e pelo carácter *misto* das prestações do contratante privado (construção e exploração da obra), pela particularidade do *modo de remuneração* do contratante (preços e taxas cobrados ao público e não retribuição paga pelo contraente público) e pela *longa duração* (50, 60 e 99 anos e mesmo de duração ilimitada)”<sup>1053</sup>. Através da concessão, passa a existir um verdadeiro fenómeno de *substituição* da administração por particulares na realização de tarefas de serviço público, “sendo

---

<sup>1049</sup> Assim, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 15.

<sup>1050</sup> Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., p. 14.

<sup>1051</sup> *Concessões de Serviços Públicos*, cit., p. 14.

<sup>1052</sup> *Concessões de Serviços Públicos*, cit., p. 14.

<sup>1053</sup> *Direito dos Contratos Públicos – Sumários Desenvolvidos*, cit., p. 10.

essencialmente aplicada na nova *administração de infraestrutura* (construção de caminhos de ferro, de redes de abastecimento de água, de iluminação pública e de comunicações) e na *exploração dos serviços prestados* com base nessa infraestrutura (prestação de serviços públicos ferroviários, de abastecimento de água, de iluminação pública, telégrafos e telefones): nascia a *concessão (de obras e) de serviços públicos* e iniciava-se a época dourada das «grandes concessões»<sup>1054</sup>.

Não há dúvida de que, no caso português, inicialmente, a celebração de contratos de concessão permitiu a construção de grandes infraestruturas que a administração na sua *atividade social ou de serviço público* pretendia realizar, mas não possuía os recursos técnicos e materiais para executar. Isto porque o Estado assumira a responsabilidade de dirigir um processo de realização de grandes obras de fomento e de exploração de serviços ao público, sem que à época dispusesse de estrutura administrativa nem de capitais para executá-las<sup>1055</sup>. A solução passa, então, pela procura da colaboração do setor privado, ou seja, de escolha das empresas privadas detentoras dos recursos financeiros e materiais que a política de fomento e de obras públicas exigia. Por isso, relatava MAGALHÃES COLLAÇO que, do ponto de vista do concessionário, em causa estava a assunção de tarefas e de responsabilidades que, implicando enormes riscos, envolviam desde logo avultados investimentos iniciais que só viriam eventualmente a dar lucro passado vários anos: “homem que arrostava todos estes encargos e só esperava lucros ao cabo de se consumirem alguns anos – era um bem-vindo, a quem a administração se impunha o menos possível e a quem animava o mais possível, no desejo de ver realizadas as *obras públicas*, o melhoramento público”. Como contrapartida dos enormes riscos que corriam os particulares que colaboravam com a administração, esta cedia-lhes de bom grado “mil vantagens”<sup>1056</sup>.

Contudo, nos últimos anos do século XIX, a preocupação de poupança pecuniária foi-se tornando progressivamente mais significativa: desde o início que a administração era dominada pela preocupação quase exclusiva de obter o fornecimento, obra ou prestação ao melhor preço. Aos poucos, o particular passou a ser considerado como um adversário da administração, possuidor de interesses antagónicos ao do Estado, desencadeando-se – como qualifica MARIA JOÃO ESTORNINHO – uma “fase de atrito” entre a administração e os seus

---

<sup>1054</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, cit., p. 48, observando que a concessão deixara de ser um ato gracioso do Príncipe, criador de um *privilégio* para o beneficiário, e passou a ser considerada, na perspectiva da administração, um *ato de organização* da execução de tarefas públicas e, do ponto de vista do concessionário, um verdadeiro *ato constitutivo de direitos*.

<sup>1055</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, “Conceito de contrato administrativo e subsídios para o estudo da teoria da concessão de serviços públicos”, cit., pp. 39 a 53 e 89 a 115.

<sup>1056</sup> Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., pp. 15-16, salientando que o contrato de concessão nunca teria sido “aceite se as administrações se reservassem partilhas leoninas nos proveitos e em *intervenção* na exploração futura da empresa”.

cocontraentes<sup>1057</sup>. Esse ambiente de conflito gerou-se, desde logo, por impulso do concessionário que, animado “por um espírito de lucro e desejo de recobrar, em limitado tempo, as despesas feitas”<sup>1058</sup>, pretendia, ao fim e ao cabo, recuperar o mais depressa possível os investimentos realizados.

Por seu turno, a administração tomou consciência de que as cláusulas estabelecidas no contrato a impediam de vir posteriormente exigir a sua alteração e a adequação a novas e melhores técnicas entretanto descobertas. Nas palavras de MAGALHÃES COLLAÇO, “começou a reparar-se que, pelo ato de concessão, as administrações haviam comprometido perduravelmente a faculdade de se obrigarem em melhores condições as gerações futuras” – e, por isso, afirma: “já ia longe a época de ser-se grato aos concessionários!”, porquanto estes descuravam frequentemente a manutenção dos empreendimentos geridos e prescindiam da sua atualização de acordo com os rápidos progressos técnicos e industriais<sup>1059</sup>.

Consequentemente, haveria que encontrar maneira de contornar as cláusulas dos contratos e de as adaptar às novas necessidades, tendo em vista melhorar as condições de exploração do serviço<sup>1060</sup>. Nas palavras de S. ÁLVAREZ GENDÍN, começa a formar-se a convicção de que “o interesse público pode reclamar uma *instabilidade do vínculo contratual* com evidente prejuízo para o possuidor duma situação jurídica individual”<sup>1061</sup>. Os contratos celebrados em direito administrativo deverão ser menos estáveis do que aqueles que são vulgarmente celebrados no direito civil.

Foi nesse ambiente do século XIX, na Europa, numa era de grande progresso científico e tecnológico, que nasceram os *contratos de concessão*, inicialmente celebrados como normais contratos de direito privado. Ora, estes contratos – ditos de “concessão de obras e de serviços públicos” – concluídos no âmbito civil, em que estava assegurada a plena paridade das partes e a regra segundo a qual *pacta sunt servanda*, eram na sua regulação jurídica instrumentos de *estabilidade* ou até *rigidez*, características que, a par da sua *longa duração* (falava-se, mesmo, no “longínquo ano final da concessão”<sup>1062</sup>), punham seriamente em causa “a eventual necessidade de atualização do contrato por exigências de interesse público”, em face dos progressos de natureza técnica determinantes da

---

<sup>1057</sup> *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 18, e *Requiem pelo Contrato Administrativo*, cit., pp. 56-57.

<sup>1058</sup> Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., p. 34.

<sup>1059</sup> *Concessões de Serviços Públicos*, cit., pp. 34-35.

<sup>1060</sup> Assim, “o caráter da *atualidade* do serviço era bem flagrante [...], do que se precisava era do bom funcionamento” – cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., p. 35.

<sup>1061</sup> *Los contratos públicos. Doctrina y legislación*, Madrid, 1934, p. 22.

<sup>1062</sup> Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., p. 36.

obsolescência dos meios usados pelas empresas contratadas na exploração dos serviços<sup>1063</sup>. Quer isto significar que o contrato, por revestir natureza privatística, revelava-se um instrumento pouco adequado às exigências de interesse público. E, porque tais contratos eram celebrados como contratos de direito privado, a sua estabilidade e a rigidez, favorecendo os concessionários, colocavam entraves à possibilidade de atualização do serviço, não permitindo a natureza das obrigações contraídas a sua modificação pela via administrativa – “devendo esperar-se ou a simples boa vontade dos concessionários ou o longínquo ano final da concessão para todos se sentirem aliviados, e melhorar-se nessa era as condições de exploração”<sup>1064</sup>

Com efeito, a doutrina vai então encaminhar-se no sentido de recusar que um tal contrato, que versava sobre um *objeto público* (serviços públicos explorados com base em infraestruturas públicas), pudesse ser qualificado como contrato de direito privado. Essa não poderia ser a sua verdadeira natureza. Tratava-se, em vez disso, de um contrato “*essencialmente administrativo*”<sup>1065</sup>, *hoc sensu*, de um contrato da administração que, em certos aspetos da disciplina da relação contratual, se teria que afastar do regime geral dos contratos de direito privado.

Sendo assim, é precisamente em função das exigências de interesse público que nasce, em França<sup>1066</sup> e em Portugal<sup>1067</sup>, o *contrato administrativo*, concebido em nome da

---

<sup>1063</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 17. Ora, a necessidade de atualização do serviço decorria dos progressos de natureza técnica que, recorrentemente, determinavam a obsolescência dos meios usados pelas empresas contratadas na exploração dos serviços: o vapor e, depois, a eletricidade tornaram obsoleta a utilização da tração animal nos sistemas de transportes urbanos; do mesmo modo, a descoberta da eletricidade pôs em causa os contratos para a instalação de redes de iluminação pública a gás.

<sup>1064</sup> Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., p. 36.

<sup>1065</sup> Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., p. 37. Como ensina o Professor MAGALHÃES COLLAÇO, *idem*, pp. 37 e 43, “era necessário dar uma fórmula jurídica a estas necessidades experimentadas, quebrando as rígidas garantias de natureza contratual de que os concessionários julgavam protegidos os seus direitos em face à administração [...], e contra a noção civilista da concessão puro contrato, é lançada a noção da concessão contrato especial, contrato *sui generis*, contrato *essencialmente administrativo*”.

<sup>1066</sup> Seguindo de perto PROSPER WEIL, “Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés”, cit., pp. 217-218, o *contrat administratif* é efetivamente uma construção originária da jurisprudência francesa, a quem se deve a densificação de institutos como o *poder de modificação unilateral*, o *reequilíbrio económico-financeiro*, a *teoria da imprevisão* e o *fait du prince*. A *Loi du 28 pluviôse an VIII* (de 17 de Fevereiro de 1800), cujo artigo 4.º atribuiu competência aos Conselhos de Prefeitura para conhecer dos litígios em matéria de trabalhos públicos (*id est*, para conhecer das questões que surjam “entre os empreiteiros de trabalhos públicos e a administração, respeitantes ao sentido ou execução das cláusulas dos seus contratos”), acabou por ser determinante para a subsequente delineação de um regime substantivo especial do contrato administrativo, o qual muito ficou a dever à especial capacidade do juiz administrativo de percecionar as *particularidades* de certos contratos da administração. No que concerne à apreciação de litígios emergentes de contratos que versavam sobre obras a executar no interesse público, a jurisdição administrativa era considerada mais *expedita*, *menos onerosa* e oferecia maior aptidão e capacidade técnicas (cfr. VALÉRIE DUFAU, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*, cit., pp. 11-16).

Definiu-se, assim, um critério de repartição de competência entre as jurisdições administrativa e comum, que acabou por constituir um primeiro critério material de identificação do *contrat administratif*. O aparecimento desta teoria deve-se, em grande parte, à necessidade de delimitar o campo do contencioso em matéria de contratos, uma vez admitida pela jurisprudência a partir do célebre Acórdão *Arrêt Blanco*, de 8 de Fevereiro de 1873, do Tribunal de Conflitos, que vem reconhecer a possibilidade de sujeição ao foro administrativo de contratos a ele não submetidos por lei expressa, mas revestindo, todavia, *natureza especial* (desde logo, com base a noção de *serviço público* que passou a constituir um fator de qualificação de um certo contrato como administrativo). O *Arrêt Blanco* do Tribunal de Conflitos teve como precedente na jurisprudência administrativa francesa o *Arrêt Rotschild*, do Conselho de Estado, de 1855, onde se afirmou o princípio da autonomia fundamental do regime de direito público. Tirando daí as consequências, o *Arrêt Blanco* estabeleceu o *princípio do contencioso por natureza*, fundando a sua decisão não em qualquer texto legal, mas no princípio da separação de poderes. Posteriormente ao *Arrêt Blanco*, a jurisprudência e a doutrina encetaram esforços no sentido de trabalhar a autonomização daqueles contratos que a administração celebra em vista à organização e funcionamento dos serviços públicos e se encontram submetidos à jurisdição administrativa (VALÉRIE DUFAU, ob. cit., p. 14), processo do qual vem a resultar a densificação de um regime jurídico especial aplicável a *certos* contratos da administração, designadamente o reconhecimento de que a administração possui *poderes extra-contratuais* ou *exorbitantes de direito público*, baseados na lei ou nos princípios gerais do direito administrativo (poder de modificação unilateral por razões de interesse público e, mais tarde, o poder de resolução por motivos de interesse público e o poder de dirigir, fiscalizar e punir o cocontratante privado). A jurisprudência vai construindo, assim, um regime próprio do contrato administrativo, fundado na máxima de que o contraente público conserva na relação jurídica a *supremacia* e o *imperium*.

Nos contratos administrativos celebrados entre os particulares e a administração, o debate jurisprudencial e a evolução doutrinal centraram-se nas questões da delimitação e regime dos poderes exorbitantes do contraente público na fase da execução dos contratos e no *critério de determinação da administratividade dos contratos*. Não se divisa aqui um critério unitário, sendo recorrentemente utilizados critérios diversos e ecléticos: serão administrativos pelo seu *objeto* alguns tipos de contratos, variando consoante se trate de critério da *qualificação legal* – direta (v.g., contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas ou que impliquem a concessão do domínio público) ou através do jogo do contencioso; critério de qualificação jurisprudencial, como o *critério do serviço público* (v.g., contratos relativos à organização de um serviço público, relativos à delegação de um serviço público ou contratos concluídos com os utilizadores de um serviço público); critério da qualidade das partes (*critério subjetivo*); *critério dos elementos ou cláusulas exorbitantes*; *critério estatutário* ou administratividade por força de regime jurídico próprio de direito público; e, por último, enquanto critérios materiais, a *combinação* do critério do serviço público com o critério das cláusulas exorbitantes.

<sup>1067</sup> Em Portugal, o reconhecimento da posição de supremacia jurídica da administração era particularmente reclamado nos *contratos com objeto público*, como as *concessões de obras e serviços públicos*. Sublinhando a natureza especial destes contratos, escrevia MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., p. 37, que, naquele período, “a doutrina vai assim encaminhar-se no sentido de considerar que, sem embargo dos direitos do concessionário, as administrações se não encontram *inteiramente* enleadas para com êles em compromissos contractuais, e que, ao invés, não abdicaram, pelo acto de concessão, dos seus poderes de pessoa pública: o facto de elas se não fazerem reservar expressamente certos direitos quanto à forma de exploração da empresa não significaria que a eles tivessem renunciado, se estavam na base da sua missão administrativa”. Por outro lado, PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos – Sumários Desenvolvidos*, cit., p. 12, dá-nos conta de que a natureza muito especial do regime dos contratos de concessão de serviços públicos, traduzida na supremacia jurídica da parte pública contratante, “havia sido sublinhada uns anos antes (1903), entre outros, por Afonso Costa, quando, consultado a propósito de um litígio entre a Câmara Municipal do Porto e a Companhia Carris de Ferro do Porto, afirmava que, «*pela própria natureza da função exercida por este corpo administrativo, os contractos existentes entre a Camara e os concessionarios não collocão as duas partes em perfeita egualdade civil (...)*»; no mesmo contexto, dois advogados (José Tavares e Teixeira d’Abreu), referindo-se aos contratos de concessão, escreviam que são «*contractos de direito público, que teem de regular-se, por isso mesmo que são de direito público, por principios muito diversos dos do direito privado*». Entre nós, constitui um exemplo prático da dificuldade de adaptação das cláusulas contratuais ao serviço o *contrato de concessão de exploração das Águas Minerais do Luso* (cfr. Diário do Governo, n.º 112, de 19 de Maio de 1894; a Sociedade para o Melhoramento dos Banhos de Luso foi criada em 1852, tendo o

necessidade de conciliar o consenso, que o contrato pressupõe (a “lógica do *pactum*”) e a autoridade da administração, que o interesse público reclama (a “lógica da função”)<sup>1068</sup>. Através destes contratos de *natureza administrativa*, a administração vê-se investida de poderes exorbitantes de direito público na fase de execução do contrato. Tudo “isto é consequência – diz MELO MACHADO – do lugar em que obra a administração, que o faz num plano ou nível superior [...] com respeito ao particular contratante”<sup>1069</sup>.

A doutrina da *especificidade* dos contratos de concessão de obras e serviços públicos, caracterizada pela *supremacia jurídica* da entidade pública contratante, viu-se paulatinamente alargada a outros contratos da administração, como as empreitadas de obras públicas, a prestação de serviços de imediata utilidade pública, as utilizações privativas do domínio público. Paulatinamente, todos estes contratos, aos quais subjaz a *lógica da colaboração público-privada*, foram sendo qualificados como administrativos, submetidos à jurisdição administrativa e a um regime jurídico especial de direito administrativo que toca a conformação da relação jurídica contratual. Abre-se, assim, no início do século XX, um processo construtivista do contrato administrativo – não apenas em França, mas também

Alvará da Concessão do Luso, datado de 19 de maio de 1894, sido concedido à Sociedade das Águas do Luso, que foi parte no contrato de concessão; só em 20 de Julho de 1993, as partes colocaram termo às divergências e ultrapassaram a “rigidez” e a “severidade” do regime jurídico historicamente estabelecido, celebrando um novo contrato de concessão de exploração das Águas Minerais do Luso, cujo extrato se encontra publicado no Diário da República n.º 229, III série, de 29 de setembro de 1993).

No início, a questão da natureza jurídica destes contratos aparece associada ao tema da separação entre a jurisdição civil e o contencioso administrativo, tendo tal facto determinado o encaminhamento de alguns dos contratos celebrados pela administração pública para as instâncias do contencioso administrativo. Entre nós, a expressão “contrato administrativo” é acolhida pela primeira vez no Decreto com força de lei n.º 18 017, de 28 de Fevereiro de 1930, que originalmente consagra um “contencioso por natureza” no que se refere a este tipo de contratos, circunstância que levou MARCELLO CAETANO, “Competência contenciosa em matéria de contratos administrativos”, *O Direito*, 1931, p. 195, logo em 1931, a saudar a jurisprudência portuguesa por, num passo “verdadeiramente revolucionário”, ter aderido à “moderna orientação do Conselho de Estado francês” do contrato administrativo por natureza. A partir daqui, o debate doutrinal e a evolução jurisprudencial do nosso país seguem de perto aqueles que são desenvolvidos em França, centrando-se nas questões da delimitação e regime dos poderes exorbitantes da administração na fase da execução dos contratos e no *critério de determinação da administratividade* dos contratos entre a administração e os particulares, vigorando no nosso país, entre 1936 e 1984, um *regime contencioso por força da lei* quanto aos contratos da administração (artigo 815.º, §2, do Código Administrativo). O fim da taxatividade do elenco dos contratos administrativos ocorreria, como é sabido, em 1984, através do artigo 9.º, n.º 1, do ETAF, e, posteriormente, em 1991, com o artigo 178.º do CPA. O exposto permite concluir pela consolidação da *autonomia do contrato administrativo* no direito português, observando-se, hodiernamente, o *regime jurídico substantivo próprio desse contrato*, que está marcado por notas específicas, que permitem distingui-lo com segurança de outras instituições (Parte III do CCP, que dirige ao contrato administrativo uma regulamentação extensa e minuciosa). A lei ocupa-se da regulamentação jurídica do contrato administrativo, ao nível da *formação, execução e contencioso*.

<sup>1068</sup> As expressões são de BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., pp. 63 e 71.

<sup>1069</sup> *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, cit., p. 248. Em sentido semelhante, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Contrato Administrativo en Derecho español”, *Studi in memoria di G. Zanobini*, Vol. II, Milano, 1965, p. 649.

nos ordenamentos jurídicos que seguem a experiência francesa, como o português e o espanhol<sup>1070</sup> – que culmina com a sedimentação de um *regime jurídico próprio* de direito administrativo (*autonomia do contrato administrativo*). Tendo como ponto de partida o contrato de concessão, o modelo de contrato à luz do qual o Conselho de Estado francês procedeu à construção de uma “teoria geral do contrato administrativo” estendeu-se ao *contrato administrativo de colaboração subordinada*, mediante a qual os particulares estabeleciam uma relação duradoura com entidades públicas e se associavam à prossecução das atribuições destas, submetendo-se voluntariamente aos respetivos poderes de autoridade (*cláusula de sujeição ou subordinação*<sup>1071</sup>).

### **31. O contrato administrativo enquanto categoria que tem por objeto regular os termos do exercício do poder público: o modelo do contrato administrativo de matriz germânica**

É bem diferente a história da admissibilidade do *contrato de direito público* na Alemanha e nos países expostos à influência germânica (como a Áustria e a Itália). Apesar da introdução do contrato na província do direito administrativo em França, Espanha e Portugal e da evolução da dogmática do *contrat administratif*, a negação do contrato como modo de ação no direito administrativo foi corrente maioritária na doutrina e na jurisprudência germânicas, austríacas e italianas<sup>1072</sup>, pelo menos até ao pós II Guerra. Por detrás dessa recusa, ao lado de outras razões, encontram-se, fundamentalmente, a tentativa doutrinal de vincar a *autonomia do direito administrativo*, marcando essa autonomia em torno da utilização pela administração pública de um *instrumentarium* autoritário e unilateral na relação com os particulares, e a prevalência do *dogma*, por longo tempo persistente entre a juspublicística europeia, da *incompatibilidade entre poder administrativo*

---

<sup>1070</sup> Portugal e Espanha cedo “importaram” a figura do *contrat administratif*, objeto de tratamento por parte da doutrina logo no início do século XX. Para um enquadramento histórico (e comparativo) em torno das especificidades do sistema tradicional de contratação administrativa espanhol, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Contrato Administrativo en Derecho español”, cit., pp. 637-672; ENTRENA CUESTA, “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, *RAP*, n.º 24, 1957, pp. 39-74; S. MARTIN-RETORTILLO, “La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, cit., pp. 219-265; e J. L. MEILÁN GIL, “La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica”, *RAP*, n.º 99, 1982, pp. 7-24.

<sup>1071</sup> Para a caracterização do estatuto de *sujeição ou subordinação* do contraente privado no âmbito das relações emergentes dos *contratos administrativos de colaboração subordinada*, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 363-370.

<sup>1072</sup> Cfr. MARTIN BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart, 1962, pp. 25-31 e 245; e F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Padova, 1965, pp. 25-27.



*de autoridade e contrato*, ou dito de outra forma, a ideia de que, quando a administração pública disponha de poder de autoridade, *o contrato não é possível*<sup>1073</sup>.

---

<sup>1073</sup> Cfr. OTTO MAYER, “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, *AöR*, 3 (1888), e *Derecho Administrativo Alemán*, Vol. I, cit.; PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I, Tübingen, 1964, e *Le Droit Public de l'Empire Alemand*, Vol. II, Giard et Brière, Paris, 1901; HANS KELSEN, “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31, 1913; KARL KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910; MAX LAYER, *Zur Lehre vom öffentlichen-rechtlichen Vertrag. Eine Studie aus dem österreichischen Verwaltungsrecht*, Graz und Leipzig, 1916; GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1919), Aalen, 1979; WILLIBALT APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, (1920), Aalen, 1964, e “Der verwaltungsrechtliche Vertrag”, *AÖR*, n.º 84 (1959); ZACCARIA GIACOMETTI, *Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts*, Tübingen, 1924; WALTER JELLINEK, “Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung”, *Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts*, Berlin, 1925, e *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931; FRITZ FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Labor, 1933; WALTER BAECHI, *Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag?*, Springer, 1934; ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit.; MAX IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel, 1958; KLAUS STERN, “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, cit.; JÜRGEN SALZWEDEL, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, Neue Kölner rechtswissenschaftliche, Abhandlungen Heft 11, Berlin 1958; H. ZWAHLEN, “Le contrat de droit administratif”, *ZSR* (77), 1958; SCHMIDT-SALZER, “Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, Zweiseitiger Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag”, *VerwArch*, 62 (1971); HANS H. RUPP, “Verwaltungsakt und Vertragsakt”, *DVB1*, 1959, e “Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages”, *JuS*, 1 (1961); G. BEINHARDT, “Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht”, *Verwaltungsarchiv*, Bd. 55 (1964); GEORG MÖRTEL, “Der öffentlich-rechtliche Vertrag und das Legalitätsprinzip”, *BayVBl*, 1965; WOLFGANG BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Subventionsverhältnisse*, Duncker & Humblot, 1974; HORST KONRAD, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag: Institution oder Trugbild?*, Juristische Dissertation, Würzburg, 1975; N. ACHTERBERG, “Der öffentlich-rechtliche Vertrag”, *JA*, 1979; A. GERN, “Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag”, *VerwArch* 70 (1979); W. HENKE, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, Tübingen 1979; “Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts”, *JZ*, 1984, “Entwurf eines Gesetzes über den Subventionsvertrag”, *DVB* 1, 1984, pp. 845-854, e “Praktische Fragen des öffentlichen Vertragsrechts – Kooperationsverträge”, *DÖV*, 1985; C. SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit*, Berlin, 1982; J. FLUCK, *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrags durch Verwaltungsakt*, Berlin 1985, “Grundprobleme des öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts”, *DV* 22 (1989); E. SCHMIDT-ASSMANN/WALTER KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge: Vertragstypen und Vertragsrechtslehren*, Schriftenreihe "Forschung" des Bundesministers für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, Heft 460, 1988, pp. 76-79; WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit.; HARTMUT MAURER, “Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten”, *DVB* 1, 1989; W. SPANNOVSKY, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, Berlin, 1994; HARTMUT MAURER/BRUNO BARTSCHER, *Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung: rechtstatsächliche Untersuchung zum öffentlich-rechtlichen Vertrag in der Spruchpraxis der Gerichte*, Hartung-Gorre, 1997; C. CORRELL, “Problembereiche und Möglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Vertrags”, *DVB1*, 1998; HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*, cit.; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., e “Grundlagen des Verwaltungsvertrages”, Teil I e Teil II, *Juristische Ausbildung* (JURA), 2001; VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, cit.; JONATHAN FAHLBUSCH, *Das gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, cit.; KAY WAECHTER, “Der öffentlich-rechtliche Vertrag”, *JZ*, 2006; FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit.; HARTMUT BAUER, “Verwaltungsverträge”, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II, cit.; ANDREAS ABEGG, *Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, cit.; ULRICH STELKENS, “«Hinkende» Verwaltungsverträge: Wirkungen und Rechtsnatur”, *DÖV*, 2009.

Desta forma, em paralelo com as teses de OTTO MAYER e dos seus seguidores na Alemanha e na Áustria, consolida-se, na generalidade dos sistemas jurídicos europeus, a ideia de que o contrato se revela inconcebível no âmbito das relações de autoridade (de proibição, de imposição e de punição, mas também de *autorização*<sup>1074</sup>). Em França, afirmava MAURICE HAURIOU que, no direito administrativo, é de ordem pública que as autoridades não renunciem ao seu poder e não o vinculem na base de convenções, porquanto “nas mãos do Estado, o poder público é *inalienável e imprescritível*”<sup>1075</sup>; em Itália, autores como RANELLETTI, CAMMEO e SANTI ROMANO subscreveriam, com igual firmeza, a afirmação segundo a qual *o poder público não pode ser sujeito a um vínculo contratual*, atenta a inexistência de igualdade jurídica entre a administração e os particulares *no contrato*, a *incomercialidade* do objeto do contrato e a *diversa posição dos sujeitos*<sup>1076</sup>; em Inglaterra, mesmo tratando-se de um sistema administrativo sem afinidades com o sistema romano-germânico de administração executiva, o juiz ROWLATT fixou uma linha jurisprudencial à luz da qual não se deveria admitir a compatibilidade do contrato sobre o exercício de poderes públicos com os princípios da liberdade da ação executiva (“*freedom of executive action*”), daqui resultando uma proibição de as autoridades administrativas restringirem ou comprimirem de forma indevida o exercício futuro dos poderes discricionários de que dispõem<sup>1077</sup>; e, finalmente, nos Estados Unidos, ALEXANDER HAMILTON sustentava que “é impossível, teoricamente, conciliar a ideia de uma promessa pública vinculativa com a existência de um poder de fazer leis, as quais podem fazer variar os efeitos da promessa contratualmente assumida”<sup>1078</sup>.

Ora, nos sistemas euro-continentais, este modo de ver as coisas decorre de diversos fatores que contribuíram para a formação de uma convicção generalizada de que o

---

<sup>1074</sup> A isto acresceria, ainda, na rúbrica dos *contratos com objeto público*, alguma resistência em admitir o contrato administrativo de concessão. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, cit., pp. 40-41, observava que, mesmo os poucos autores germânicos (P. LABAND, G. MEYER, LÖNING) que reconheciam “o *contrato de direito público*, não ousam inscrever as concessões como atos desses, reputando-as todos eles puros ato unilaterais, qualquer que seja a espécie das concessões em questão”.

<sup>1075</sup> Cfr. MAURICE HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public General*. À l'usage des étudiants en licence et en doctorat en sciences politiques, Paris, 1900-1901, p. 532.

<sup>1076</sup> Cfr. ORESTE RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, cit., pp. 22 e 142; FEDERICO CAMMEO, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 1166-1667; e SANTI ROMANO, que mantinha a tese unilateralista em *Principi di Diritto Amministrativo*, cit., p. 53, acolhendo, mais tarde, a tese contratualista em *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 1930, p. 244.

<sup>1077</sup> Cfr. *Rederiaktiebolaget Amphitrite v The King* [1921]: “it is not competent for the Government to fetter its future executive action, which must necessarily be determined by the needs of the community when the question arises. It cannot by contract hamper its freedom of action in matters which concern the welfare of the State”.

<sup>1078</sup> Cfr. a análise desta citação por GASPAR ARIÑO ORTIZ, “Estudio Introductorio. La eterna cuestión de poder y contrato”, cit., p. 5.

contrato se revela inadmissível como modo de conformar os termos do exercício do poder administrativo de autoridade<sup>1079</sup>.

A representação ideológica liberal do *Estado Soberano* e os efeitos de *publicização* da atividade administrativa que inicialmente impulsionaram o desenvolvimento do direito administrativo nos finais do século XIX conduziram, no dizer de G. BERTI, a uma espécie de “*sacralização do poder público*”<sup>1080</sup>. Como vimos, a própria fisionomia do modelo administrativo clássico concorreu para a formação da ideia de que vinculação contratual e autoridade pública (*puissance publique, Herrschaft*) seriam incompatíveis entre si<sup>1081</sup>. A grande latitude da publicização da ação administrativa, expressa no desafio de fazer do “recém descoberto” direito administrativo o *direito próprio da administração pública* e de vincar a sua *autonomia*, conduziu ao progressivo afastamento dos esquemas de direito privado, em particular de uma das instituições civilísticas *par excellence*, o *contrato*<sup>1082</sup>.

O certo é que este processo estimulou a utilização pela administração de um “*instrumentarium* de caráter autoritário funcionalmente adequado à sua posição de «*potentior persona*» na relação com os «particulares»”<sup>1083</sup>, sendo claramente favorável ao *ato administrativo*. É à custa dele que se vai construir toda a especialidade do direito administrativo<sup>1084</sup>, procurando as doutrinas tradicionais alemã e italiana reconduzir todas as ações que envolvessem a administração ao esquema do ato administrativo. A natureza dos interesses servidos pela administração pública exige, portanto, a sua sujeição a um *direito especial* que a autoriza a usar um *instrumentarium* jurídico que o direito privado desconhece<sup>1085</sup>.

Depois, a atuação administrativa, especialmente vocacionada para a aplicação lógico-substantiva de *normas gerais e impessoais*, deveria garantir a todos os indivíduos

---

<sup>1079</sup> Sobre este ponto, cfr. a exposição de A. TESAURO, “Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particole”, *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Vol. II, cit., pp. 557-567; ALFONSO MASUCCI, “La *quaestio* nel diritto tedesco dell’ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato”, cit., pp. 413-435; e ENTRENA CUESTA, “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, cit., pp. 41-54.

<sup>1080</sup> “Il principio contrattuale nell’attività amministrativa”, *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, Vol. II, p. 50.

<sup>1081</sup> Cfr. G. BERTI, “Il principio contrattuale nell’attività amministrativa”, cit., pp. 49-50, salientando que “tudo era legalmente previsto por definição, nada podia ser deixado à casuística [...] da contratação”.

<sup>1082</sup> Nestes termos, cfr. ANDREAS ABEGG, *Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, cit., pp. 354-355; e E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Contrato Administrativo en Derecho español”, cit., p. 640.

<sup>1083</sup> Cfr. ALFONSO MASUCCI, “La *quaestio* nel diritto tedesco dell’ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato”, cit., p. 415.

<sup>1084</sup> Cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 381.

<sup>1085</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Contrato Administrativo en Derecho español”, cit., p. 649.

uma estrita *igualdade de tratamento*, o que nas relações entre o Estado e os particulares estaria em frontal oposição com a forma contratual, que é, por definição, um modo de regulamentação individual – o contrato, favorecendo o interesse de uns, colocaria o interesse de todos em risco<sup>1086</sup>. Também por essa razão a administração pública não se deveria enredar na teia dos contratos públicos, tanto mais que estes estabelecem *regulamentações particularísticas* que não comportam necessariamente publicidade<sup>1087</sup>.

Por conseguinte, o poder administrativo exprime-se através de atos administrativos e de regulamentos e, tratando-se de um poder indisponível, não podia, *ex definitione*, ser exercido de forma pactuada – professava GIACOMETTI que o contrato, baseado na igualdade entre as partes, era entendido, no âmbito do direito administrativo, como uma “*contradictio in adjecto*” (“*die öffentlichrechtliche Vertrag ist eine contradictio in adjecto*”)<sup>1088</sup>. Duas ordens de razões contribuíram para este entendimento. Primeiro, afirmava-se a diferente *natureza jurídica dos sujeitos*, sendo que, para existir contrato, constituía requisito essencial a fusão de duas declarações de vontade com a *mesma natureza jurídica*. Ora, a natureza jurídico-privada da vontade do particular não permitia explicar o modo como estes se poderiam *elevantar* para entrarem em relações contratuais com as autoridades administrativas. Segundo, do lado do sujeito público, considerava-se que a administração poderia contratar, mas, sempre que o fizesse, deveria submeter-se plenamente às regras do direito privado (*Fiskus*)<sup>1089</sup>. Na notável metáfora de JORDANA DE POZAS: “como tantas vezes faziam os Reis, segundo as lendas [...], o Estado, para contratar, teria que

---

<sup>1086</sup> Assim, cfr. JÜRGEN SALZWEDEL, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, Neue Kölner rechtswissenschaftliche, Abhandlungen Heft 11, Berlin 1958, pp. 125-127.

<sup>1087</sup> O contrato, nas relações de direito público Estado/indivíduos, ameaçaria, assim, o *princípio da igualdade de tratamento* e a administração, enquanto *poder secundário*, apenas devia atuar em execução de imperativos legais, sem “autonomia” ou “criatividade” – cfr. A. TESAURO, “Il contratto del diritto pubblico”, cit., pp. 557-559; e ENTRENA CUESTA, “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, cit., pp. 413-54.

<sup>1088</sup> Cfr. ZACCARIA GIACOMETTI, *Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts*, cit., p. 17.

<sup>1089</sup> Referimo-nos à tese de que o Estado assumia uma *dupla natureza* ou *personalidade jurídica*: a de que é uma pessoa pública ou ente soberano (*Persona Potentior*) e, ao mesmo tempo, um ente privado sujeito ao direito comum (*Fisco*), sendo nesta última veste jurídica que se concretiza a faculdade de celebração de contratos de direito privado pela administração pública (*iure privatorum utitur*). Sobre a *Fiskustheorie*, cfr. ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, cit., p. 59-61. Como sublinha FRITZ FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., pp. 168-169, os contratos de direito privado são admissíveis quando o Estado se submete ao direito comum e contrata em regime de direito privado. O mesmo já não sucede quando se pretende “utilizar a forma contratual para regular as relações jurídicas entre o Estado soberano e os súbditos [...], já que aí a vontade de cada uma das partes não possui a mesma força jurídica para a formação da relação jurídica”. Assim, “no direito administrativo, as relações jurídicas são ditadas e reguladas unilateralmente pelo Estado”.

baixar do seu trono e cobrir o esplendor da sua soberania com a capa modesta de uma pessoa de direito privado”<sup>1090</sup>.

Uma parte significativa da doutrina filiava, igualmente, a recusa do contrato no âmbito do direito administrativo no facto de o contrato não se revelar idóneo para a constituição de relações de direito público entre a administração e os particulares. Isto porque o contrato pressupõe a igualdade das partes – havendo entre a administração e os particulares um relação de *poder-sujeição* –, pelo que não se afigura possível reunir, num mesmo instrumento jurídico, uma declaração que corresponde ao exercício de um poder público com uma outra correspondente ao exercício de um direito subjetivo privado<sup>1091</sup>.

E mesmo quando se deu por superada a hostilidade inicial da doutrina quanto à aceitação do contrato como modo de ação administrativa no direito público e rebatidos os argumentos de rejeição (v.g., desigualdade das partes, falta de autonomia da vontade, incompatibilidade com o princípio da legalidade, rigidez do contrato e mutabilidade do interesse público<sup>1092</sup>), a admissibilidade do contrato na esfera das relações administrativas de autoridade continuava a ser considerada limitada, ou mesmo, excluída. Nesse território, reina o ato unilateral: “contrato administrativo e ato administrativo atuam ambos no espaço ocupado pelo direito administrativo, mas em campos claramente distintos e incomunicáveis; mantém-se firme a ideia de que o contrato não se coaduna com o exercício da autoridade”<sup>1093</sup>.

Em último termo, a recusa do exercício consensual de poderes administrativos explicava-se pelo facto de o *poder administrativo*, qual *res sacra*<sup>1094</sup>, aparecer assumido como um objeto *inegociável* e *indisponível* (“o poder público não se hipoteca”). Esta ideia de *incomercialidade* do objeto do contrato situá-lo-ia fora do *campus* contratual jurídico-público admissível<sup>1095</sup>. Para além disso, entendia-se que admitir um contrato com esse objeto significaria reconhecer aos particulares contratantes uma palavra decisiva de

<sup>1090</sup> JORDANA DE POZAS, “Prólogo” a *Los Contratos Públicos* de Alvarez Gendín, cit., p. XIV.

<sup>1091</sup> Constituía este um argumento recorrente da doutrina italiana tradicional – cfr. G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, pp. 29-30.

<sup>1092</sup> Para uma análise detalhada dos argumentos em jogo, cfr. ALFONSO MASUCCI, “La *quaestio* nel diritto tedesco dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato”, cit., pp. 413-435; A. TESAURO, “Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particole”, cit., pp. 557-567; ENTRENA CUESTA, “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, cit., pp. 41-54; e, entre nós, a síntese de CASALTA NABAIS, *Contratos Fiscais*, cit., pp. 22-48.

<sup>1093</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos – Sumários*, cit., p. 14.

<sup>1094</sup> Cfr. G. BERTI, “Il principio contrattuale nell’attività amministrativa”, cit., p. 50.

<sup>1095</sup> Na expressão germânica, um contrato nestes termos corresponderia a uma “venda indevida [ou liquidação total] de prerrogativas de soberania” (*Ausverkauf der Hoheitsrechte*). Cfr., também na mesma linha, no ordenamento jurídico italiano, FEDERICO CAMMEO, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 1166-1667.

participação no momento por excelência de exercício do poder – como se esse exercício se convertesse num exercício “partilhado” do poder público<sup>1096</sup>.

O que vem de ser dito mostra que, a pretexto da defesa intransigente de uma tese que não aceitava a inserção do contrato em zonas consideradas, por natureza, reservadas à atuação unilateral das autoridades administrativas, uma parte muito significativa da doutrina germânica e italiana – os expoentes da tese que recusa o contrato de direito público são, na Alemanha, OTTO MAYER, e, na Itália, RANELLETTI e CAMMEO – acabava, também, por recusar em via geral o contrato como modo de ação nas relações administrativas. Assim, inicialmente “a recusa do contrato administrativo é genérica, acabando por abranger relações jurídicas em que, na essência, não está implicada qualquer negociação sobre o poder público de autoridade”<sup>1097</sup>.

---

<sup>1096</sup> Cfr. MARIO NIGRO, “Conclusioni”, Atti del Convegno, *L'accordo nell'azione amministrativa*, a cura di Masucci, Roma, 1988, p. 86.

<sup>1097</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 15. Convém, no entanto, sublinhar que, não obstante aquelas correntes de pensamento alemã e italiana dominantes nos finais do século XIX e do início do século XX sustentarem em via geral a *incompatibilidade entre contrato e autoridade administrativa*, ainda não se regista qualquer discussão dogmática (na especialidade) sobre a recusa ou a aceitação do *contrato sobre o exercício de poderes públicos* na atividade administrativa. Na especialidade, o que verifica é um problema prático jurídico de qualificação contratual ou unilateral de *atos administrativos sob consentimento ou dependentes de requerimento* – cenário visível na discussão travada entre PAUL LABAND e OTTO MAYER. Assim, para abranger estas relações menos autoritárias no conceito de ato administrativo, a doutrina daquela época discutia se, em determinados casos circunscritos, se deveria falar em “*contrato jurídico público*”, “*atos administrativos de submissão*” ou em “*atos administrativos bilaterais*”.

Deste modo, C. SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 24-25, A. MASUCCI, “*La quaestio nel diritto tedesco dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato*”, cit., pp. 413-417 e 423, GUIDO GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, cit., p. 9, e, de uma forma particularmente enfática, HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 120, 134 e 146-148 (nota 62), apesar de reconhecerem a hostilidade das mencionadas doutrinas alemã e italiana quanto à aceitação do contrato como modo de ação administrativa no âmbito do direito público, entendem que *não se verificam elementos comuns entre o exercício contratualizado do poder administrativo e a histórica polémica da admissibilidade da figura do contrato de direito público*. Afirmam que o objetivo central de MAYER, na discussão travada com LABAND, não seria, *em primeira linha*, negar a possibilidade da utilização do contrato para o exercício de poderes administrativos, mas sim discutir a *natureza unilateral* ou *bilateral* de algumas figuras especificamente previstas na lei, cuja validade ninguém contestava, mas cuja modelação jurídico-formal era duvidosa, designadamente o caso dos *atos constitutivos de relações de emprego público* ou dos *atos de concessão de nacionalidade ou cidadania*.

Efetivamente, o diálogo travado entre PAUL LABAND e OTTO MAYER diz fundamentalmente respeito ao problema da qualificação contratual ou unilateral de *atos administrativos sob consentimento ou dependentes de requerimento*. Contudo, é inquestionável que se pode inferir da obra de MAYER (dito de outra forma, do respetivo sistema de princípios e axiomas fundamentais) uma construção dogmática claramente antagónica à compatibilidade entre *contrato e poder* ou entre *autoridade e consenso* no direito administrativo. Não se observa, na *especialidade (rectius, nos escritos de MAYER sobre esta temática)*, qualquer discussão sobre a admissibilidade de o contrato substituir o ato administrativo ou de a administração comprometer os seus poderes unilaterais com base num contrato (seja qual for a sua natureza), designadamente vinculando-se a praticar ou a não praticar um ato administrativo com um certo conteúdo, justamente porque, para MAYER, nunca se ultrapassou a questão principal (a aludida incompatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo). Foi somente quando se começou a revisitar e a colocar em causa esse dogma que foi possível subir um “segundo degrau” e discutir quais as *fattispecies* contratuais abrangidas e como se deve estruturar o

Mas porque o problema do contrato administrativo se colocava em termos substancialmente diferentes do que sucedera no ordenamento jurídico francês, ao ponto de as teses negativistas de raiz germânica e de raiz francesa não coincidirem na *argumentatio* em torno da recusa da técnica contratual no direito administrativo, é natural que, sobretudo a partir do pós II Guerra, no ordenamento jurídico alemão, a contratação administrativa tenha assumido rasgos de pura originalidade, mercê do sentido, natureza e função que o *öffentlichrechtliche Vertrag* passou a assumir naquele sistema. Por conseguinte, o contrato de direito público, na medida em que visava substituir um ato administrativo ou predeterminar o conteúdo de um ato futuro, pressupunha a construção de um regime jurídico próprio, estruturalmente distinto do regime do *contrat administratif*.

Consequentemente, os dois blocos de sistemas jurídicos (o francês e o alemão) evoluíram de forma muito distinta em matéria de contratação administrativa. Assim, no sistema alemão, o problema do contrato de direito público andou associado, num primeiro momento, à regulação das formas jurídicas de coordenação entre entidades públicas que se encontram em correlativa paridade (*contratos de coordenação*)<sup>1098</sup> e, mais tarde, à aceitação da possibilidade de a administração celebrar, em certos termos, acordos com os particulares em alternativa à atuação unilateral, encontrando-se o particular que contrata com a administração em situação de “subordinação” ou sob a incidência de um regime de direito administrativo (*contratos de subordinação*)<sup>1099</sup>. Tais contratos de subordinação integram, por isso, a matéria do *procedimento administrativo* (procedimento e decisão administrativa de autoridade) e o seu regime jurídico deve ser desenhado “fora” ou “à margem” do regime jurídico dos contratos com conteúdo económico-patrimonial, como as compras, as aquisições e as empreitadas de obras públicas.

---

regime jurídico do contrato sobre poderes públicos – discussão essa que já é visível em escritos de autores como KARL KORMANN, WILLIBALT APELT e MAX LAYER.

<sup>1098</sup> Os contratos de direito público de coordenação interadministrativa conheceram grande utilidade prática na Alemanha, em resultado da descentralização administrativa e da circunstância de a construção do Estado não ter obedecido ao figurino da centralização político-administrativa.

<sup>1099</sup> Cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 263-331; H. MEYER, Meyer/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 497-501; ELKE GURLIT, “Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen”, cit., pp. 767-768, e *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 27-31; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 211-213; e HEIKO FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 275-276; e HARTMUT MAURER, “Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten”, cit., pp. 798-807.

### **32. O problema da (in)compatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo – da recusa inicial do contrato jurídico-público até à sua aceitação generalizada**

O *contrato administrativo no âmbito (ou sobre) os poderes públicos* constitui, em rigor, uma figura proveniente do sistema jurídico germânico, pelo que se impõe uma visão, necessariamente sumária, do modo como se autonomizou e evoluiu na Alemanha, nas suas *intensio* e *extensio*, o *öffentlichrechtliche Vertrag*. Quanto a este *tipo* de contrato, afigura-se possível identificar *três* fases distintas na evolução que culminou com a sua aceitação: a *fase tradicional*, em finais do século XIX, marcada essencialmente pela negação da admissibilidade do contrato jurídico-público na esteira de OTTO MAYER, pese embora a existência de uma contra-corrente a essa posição; a *fase moderna*, que se desenrola de meados da década de 50 até à entrada em vigor da VwVfG de 1976, marcada pela “criatividade” e pela “ação inovatória” da dogmática e da jurisprudência judicial, que vieram lançar nova luz nesta matéria; e a *fase posterior à entrada em vigor VwVfG de 1976*, quando se consagrou positivamente a suscetibilidade de a administração recorrer, no exercício das suas competências, ao contrato de direito público e se consolidou a sua plena admissibilidade. A evolução da dogmática da contratação pública na Alemanha segue, desde o início, um percurso diametralmente oposto àquele que foi trilhado em França e em países tributários do *contrat administratif*, como Espanha e Portugal.

A partir de finais da década de 70 do século passado, assiste-se na doutrina europeia a uma revisão das categorias abrangidas na *instituição do contrato administrativo*, reconhecendo-se o *dualismo conceptual* existente dentro da própria instituição contratual, mas também se vislumbrando algumas tentativas de elaboração de uma “teoria geral do contrato administrativo” com carácter *unitário*.

#### **32.1. 1.<sup>a</sup> Fase – qualificação contratual ou unilateral de atos administrativos sob consentimento ou dependentes de requerimento: o diálogo entre PAUL LABAND e OTTO MAYER; a recusa de aceitação do contrato por RANELLETTI e CAMMEO; a contra-corrente de HANS KELSEN**

Quase todas as investigações, nacionais e estrangeiras, acerca dos contratos sobre o exercício de poderes públicos remontam à polémica ocorrida nos princípios do século XX em torno da admissibilidade do “contrato de direito público” – aquilo a que KLAUS STERN chamou, com expressividade, o “*Existenzkampf*” do *öffentlichrechtlichen Vertrag*<sup>1100</sup> –

<sup>1100</sup> “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, cit., p. 108.



primeiro no ordenamento jurídico alemão, e, mais tarde, nos ordenamentos jurídicos italiano, espanhol e português. A generalidade daquelas exposições dá por adquirido, naquilo que parece ser uma constatação quase unânime, que as posições sufragadas por PAUL LABAND e OTTO MAYER são, nos seus aspetos fundamentais, transponíveis para o exercício de densificação e categorização daquilo que o direito alemão conhece e reputa, desde os fins da década de 70 do século passado até aos nossos dias, como “contrato de direito público” (*öffentlichrechtlichen Vertrag*). Outras abordagens atribuem ao diálogo travado entre LABAND e MAYER e à discussão sobre a recusa do *öffentlichrechtlichen Vertrag* um valor histórico-sistemático, porquanto a revisitação daquela discussão justifica-se apenas para explicitar a superação do dogma da incompatibilidade entre contrato e autoridade administrativa e, bem assim, enquadrar o processo de formação do modelo de contrato administrativo germânico.

Em geral, atribui-se a LABAND a primeira teorização sobre a inserção do contrato de direito público enquanto forma de ação na sistemática do direito administrativo. No *Staatsrecht*, LABAND qualifica como contratos de direito público dois casos aparentemente muito distintos: a *constituição de uma relação de emprego público (Beamtenanstellung)*<sup>1101</sup> e a *aquisição de cidadania (Naturalisation)* por ato administrativo (ato de naturalização)<sup>1102</sup>, surgindo a *fundação da Confederação da Alemanha do Norte (1867)* e do *Império Alemão (1871)* já próxima do conceito de *Vereinbarung*<sup>1103</sup>. Não se trata, em

---

<sup>1101</sup> PAUL LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Alemand*, Vol. II, Giard et Brière, Paris, 1901, pp. 127-132, § 45, onde se estuda o problema da natureza jurídica das relações constitutivas de emprego público. No que respeita à exigência de o particular *aceitar* a nomeação como requisito único para a qualificação como contrato, afirma LABAND que “para o conceito de contrato é fundamental discenir se o livre consentimento dos contraentes se verificou como requisito para a conclusão de uma matéria jurídica” – *Le Droit Public de l'Empire Alemand*, Vol. II, cit., p. 130.

<sup>1102</sup> PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I, Tübingen, 1964, pp. 162-174, § 18, onde se estuda o problema da natureza jurídica do ato de aquisição da nacionalidade. Aí se afirma que a nacionalidade em qualquer dos Estados integrados no Império, condição necessariamente regulada por uma lei imperial, pode ser adquirida de vários modos: como consequência de uma situação jurídica de direito de família (filiação de um nacional, etc.), ou por meio de um ato administrativo (de “admissão” ou de “naturalização”, consoante os casos). De resto, esse ato administrativo requer sempre o consentimento do particular destinatário, que deve aceitá-lo, razão pela qual LABAND entende qualificá-lo como um ato bilateral, mais exatamente, um contrato de direito público. Assim, “a concessão de nacionalidade do Estado é um ato jurídico estadual que exige a forma escrita, ou seja, um documento emitido pela autoridade competente. O ato jurídico é bilateral, sendo necessário que a nacionalidade seja aceite pelo cidadão que a recebe” – *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I, cit., p. 166.

<sup>1103</sup> Para explicar a natureza jurídica do Império Alemão proclamado em Versalhes em 1871, PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I, cit., pp. 88-94, retoma o conceito de *Vereinbarung* de KARL BINDING, que utilizara a distinção entre *Vertrag* e *Vereinbarung* a propósito da qualificação jurídica da fundação da Confederação da Alemanha do Norte (1867). Para LABAND, o Império é um verdadeiro Estado (“uma pessoa jurídica de direito público”), cuja origem deriva de um tratado concluído entre os Estados federados enquanto partes signatárias. Como afirmam GIANDOMENICO FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, cit., pp. 10-11, e HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades*

nenhum destes casos, de saber se o direito reconhece positivamente um certo tipo de contratos ou se, *de lege ferenda*, deverão os mesmos ser reconhecidos como produtores de efeitos jurídicos; ao invés, trata-se apenas de saber se determinados atos jurídicos bilaterais ou plurilaterais, cuja validade ninguém discute, são, quanto à sua natureza jurídica, “contratos”, “atos carecidos de aceitação” (*scilicet*, atos administrativos dependentes de requerimento ou de consentimento do destinatário) ou “união de vontades” (*Vereinbarung*). E, para além disso, se a aceitação ou consentimento do particular visava atribuir qualquer direito individual ou, em contrapartida, visava apenas tutelar um interesse objetivo ligado à função que o particular desempenha.

Partindo de um conceito amplíssimo de contrato (*staatsrechtlicher Vertrag*), como sendo todo o acordo de vontades que seja necessário para a produção de um efeito jurídico, ainda que dele não resulte qualquer relação de obrigatoriedade entre as partes<sup>1104</sup>, LABAND

---

*administrativas*, cit., p. 123, a construção de LABAND coloca o acento tónico na distinção entre *contrato* e *união* justamente para cumprir uma finalidade metajurídica, pois visa deixar claro que o Império alemão se encontra em pé de igualdade com os Estados europeus mais antigos. É essa finalidade – a de demonstrar que o Império é um verdadeiro Estado e não uma relação jurídica entre os Estados germânicos – que o impulsiona a utilizar o conceito de *Vereinbarung*, já que, caso se afirmasse que o tratado supõe um simples contrato entre os diversos Estados germânicos, seria inevitável concluir que são estes, e não o Império, os verdadeiros Estados (sujeitos de direito internacional). Afirmava peremptoriamente PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I, cit., p. 89, que “entre os eventos que ocorreram na fundação do Império Alemão, não há nenhum que possa ser invocado para sustentar a existência de relações contratuais entre os membros do Império. Sem dúvida, os tratados de novembro estabeleciam os direitos e deveres das partes sob uma base contratual; mas não se referem, no fundo, mais do que à entrada e admissão dos Estados do Sul na Confederação que existia já entre os Estados do Norte da Alemanha. Uma vez realizada esta adesão, os direitos e obrigações contratuais deixam de existir pelo simples efeito da execução dos tratados”.

Por conseguinte, aquando da fundação do Império, todas as partes signatárias manifestaram a mesma vontade de constituição de uma nova comunidade e aí se esgotou o conteúdo do acordo que subjaz à união. Daí que LABAND afirme que o Império não surge de um contrato, mas de uma *Vereinbarung*, pelo que não configura um ente subordinado aos Estados que acordam criá-lo, na medida em que estes se limitam a expressar a sua vontade em ingressar num ente superior.

<sup>1104</sup> Cfr. PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I, cit., pp. 166-167, nota 5. Na aceção de LABAND, o elemento propulsor do contrato de direito público (*staatsrechtlicher Vertrag*) é o consentimento na disciplina de uma determinada relação jurídica: “que outra coisa há de fundamental na noção de contrato senão o consentimento para o estabelecimento (modificação ou revogação) de uma relação jurídica?”. A argumentação de LABAND era clara: o Estado não pode impor a ninguém a obrigação de dedicar-se ao serviço na administração pública, logo, para alguém assumir tal obrigação, não bastará uma declaração de vontade unilateral da parte do Estado, ocorrendo, ao invés, a reunião de duas declarações de vontade concordantes de ambas as partes sob a forma de um contrato. Assim, afirmava – *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I, cit., p. 449 – que o contrato de direito público constituía uma especificação da categoria geral do contrato: “*Dieser Begriff ist kein privatrechtlicher, sondern ein allgemeiner Rechtsbegriff*”. E se ninguém discutia que o Estado podia contratar com os particulares no âmbito do direito privado, porque razão a mesma Pessoa não poderia recorrer ao contrato também no direito público? Por outras palavras, porque não se pode chamar contrato a relações que possuem as mesmas características (isto é, em que a produção de um efeito jurídico está condicionada à vontade de vários sujeitos) só porque nos encontramos no campo do direito público? MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 381, dá-nos conta de que, para além de LABAND, o contrato de direito público era, minoritariamente, reconhecido por alguma doutrina administrativa do último

sustentou que a constituição de uma relação de emprego público e a concessão de cidadania se reconduziam à categoria geral do contrato de direito público, porquanto a produção dos efeitos jurídicos desejados não poderia ser obtida através de uma manifestação unilateral de vontade da administração, já que dependia da *colaboração e aceitação* do particular<sup>1105</sup>.

Ora, uma vez que a validade do ato de concessão de cidadania e do ato de nomeação do funcionário dependiam de comportamentos ou ações positivas do destinatário (condutas essas traduzidas no requerimento e consentimento do interessado), LABAND vai enquadrar as relações administrativas daí emergentes no esquema contratual, argumentando que não se pode negar a figura do contrato apenas por a mesma se situar no campo do direito público (*staatsrechtlicher Vertrag*)<sup>1106</sup>. O papel da manifestação de vontade do particular na constituição das relações jurídicas em causa, emitida no âmbito da autonomia privada, conduzia, por isso, à sua integração no esquema do contrato.

Naquilo que se acabaria por tornar numa das disputas mais emblemáticas e revisitadas nos manuais e tratados de direito administrativo, OTTO MAYER reage abertamente contra o enquadramento que LABAND havia efetuado da *Beamtenanstellung* e dos atos de atribuição de cidadania na figura do contrato de direito público. Em jogo não se encontrava apenas a admissibilidade ou a recusa da figura do contrato de direito público. Constitui um erro supor que MAYER não reconhecia a faculdade de o Estado contratar com os particulares quando atua em regime de direito privado<sup>1107</sup> ou que as hipóteses de intervenção da vontade do particular na constituição das relações jurídicas decorrentes da aquisição da nacionalidade ou do estatuto de funcionário público não devessem merecer um enquadramento especial (sob pena de ilegalidade da ação administrativa). Para o Autor germânico, admitir como válido o enquadramento proposto por LABAND afetaria inevitavelmente o sistema de regras e princípios de direito administrativo a que ele próprio

---

quartel do século XIX (LOENING e STENGEL), como outra forma de atuação da administração, ao lado do ato administrativo.

<sup>1105</sup> Cfr. PAUL LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Alemand*, Vol. II, cit., p. 132.

<sup>1106</sup> Acolhemos, neste sentido, a perspetiva de HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 124-125 (citando a recensão de LABAND à monografia de MAX WENZEL, *Zur Lehre der vertragsmässigen Elemente der Reichsverfassung. Eine krit. Studie aus dem Reichsstaatsrecht*, Tübingen, 1909, p. 366), para quem o contrato de direito público de LABAND ainda não supõe a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica entre as partes: da aquisição da nacionalidade não surge diretamente nenhum direito ou obrigação entre as partes desse suposto contrato, mas unicamente a aplicação ao particular de todas as normas cujo pressuposto de facto toca os nacionais. Essas normas (e, por conseguinte, os efeitos da aquisição da nacionalidade) podem ser, em todo o caso, modificadas posteriormente ao ato de aquisição, não se autonomizando qualquer regime contratual especial nesta matéria.

<sup>1107</sup> Recusava, inclusive, a tese de que o Estado assumia uma *dupla natureza* ou *personalidade jurídica*: a de que é uma pessoa pública ou ente soberano (*Persona Potentior*) e, ao mesmo tempo, um ente privado sujeito ao direito comum (*Fisco*).

chegara<sup>1108</sup>. É, por isso, notório o seu esforço em atrair para a esfera de regulação do direito público toda ou pelo menos uma significativa parte da atuação administrativa. Para tanto, necessário se tornava enquadrar as relações da administração com os particulares numa forma jurídica distante dos esquemas do direito privado – em particular, distante de uma das instituições civilísticas por excelência, o contrato.

O contrato – afirmava MAYER – representa um módulo de direito privado e/ou de direito internacional, é um “*módulo dos sujeitos que se encontram e operam em pé de igualdade ou paridade*”<sup>1109</sup>. Aquilo que Laband designa por contrato de direito público não é um “verdadeiro e próprio contrato” (*einen wahren Vertrag*)<sup>1110</sup>, não possui a estrutura de um contrato, mas de um ato administrativo (“*der öffentlichrechtliche Vertrag ist von Seiten des Staates ein Verwaltungsakt*”)<sup>1111</sup>.

Fundamental para MAYER era preservar a intangibilidade do poder público e a ideia de autoridade no direito administrativo. MAYER escrevia que “no direito civil, trata-se de fixar os limites do poder jurídico recíproco dos indivíduos entre si. Aqui as instituições jurídicas abrangem no seu núcleo natural as diferentes espécies de *direitos individuais* [...], no direito administrativo, pelo contrário, os direitos individuais desempenham apenas um papel acessório. O essencial é o *poder público* e o modo como se determina a atividade administrativa na organização do direito público”<sup>1112</sup>.

MAYER defende que o centro da vida administrativa é claramente o ato administrativo, o qual, como manifestação da autoridade do Estado e das suas prerrogativas, é por natureza unilateral. Definido com as notas da unilateralidade e da autoridade, é à custa do ato que MAYER vai construir toda a especialidade do direito administrativo: “o regime de direito administrativo é elevado em virtude do ato administrativo, o qual, com a sua força obrigatória, está localizado dentro das relações a estabelecer entre o Estado e o súbdito”<sup>1113</sup>. Assim, MAYER vai concentrar a sua atenção na tentativa de reconduzir todas as ações que envolvam a administração ao esquema do ato administrativo<sup>1114</sup>. Consequentemente, concebe as relações entre o Estado e o particular quando reguladas pelo direito

---

<sup>1108</sup> Alguns dos axiomas fundamentais desse sistema e a sua relação com a figura do contrato podem ser vistos em “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, *AöR*, 3 (1888), pp. 3-86, onde MAYER coloca no balão de ensaio a questão da *possibilidade jurídica* (o *Existenzkampf*) dos contratos de direito público, especialmente no que respeita àqueles que são celebrados entre a administração e os particulares.

<sup>1109</sup> “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, cit., p. 42, nota 59.

<sup>1110</sup> “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, cit., p. 42.

<sup>1111</sup> “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, cit., p. 23.

<sup>1112</sup> *Derecho Administrativo Alemán*, Vol. I, cit., pp.181-182.

<sup>1113</sup> *Derecho Administrativo Alemán*, Vol. I, cit., p. 125 – no §8 (pp. 125-137) estuda-se um dos pilares do sistema mayeriano, a temática da “força obrigatória do ato administrativo”.

<sup>1114</sup> *Idem*, § 8 a 11 (pp. 125-195).

administrativo como *relações de poder-sujeição* e de *supra-infra* ordenação<sup>1115</sup>, o que, naturalmente, vai acabar por levá-lo a enquadrar certas relações jurídicas de feições bem menos autoritárias na definição de decisão autoritária e unilateral. É o caso dos *atos dependentes da colaboração dos destinatários* ou das *ações de coordenação entre o cidadão e a administração*: os *atos carecidos de requerimento* (em que o destinatário detém o poder de iniciativa da respetiva propulsão) e os *atos carecidos de concordância* (em que a validade do ato depende da aceitação *ex post* do destinatário).

Neste sentido, sustenta MAYER que é necessário considerar, no contexto das reservas constitucionais que interditam a imposição ao particular de encargos à margem da lei (que afetam a esfera do seu *status libertatis*), a existência de uma regra tácita de que tal só vale a menos que o particular dê o seu consentimento. Talqualmente ocorre na situação de nomeação do funcionário público ou na intervenção da vontade do particular na constituição das relações jurídicas decorrentes da aquisição da nacionalidade, o consentimento é exigido para que a administração possa ditar o ato sem necessidade de habilitação legal; por outras palavras, esse consentimento faz desaparecer a barreira que a reserva constitucional impunha à administração. E uma vez que a declaração de vontade do órgão do Estado para constituir verdadeiramente os efeitos de direito depende de uma manifestação de vontade de sujeição do particular, assim se deve falar em *ato administrativo dependente de uma manifestação de vontade de sujeição do destinatário* (*Verwaltungsakt auf Unterwerfung*)<sup>1116</sup>.

Com efeito, num quadrante de um direito administrativo configurado como um direito do “poder e da sujeição”, onde *não há consenso*, mas (apenas) *autoridade*, MAYER

---

<sup>1115</sup> “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, cit., p. 42.

<sup>1116</sup> “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, cit., pp. 40-45, e *Derecho Administrativo Alemán*, Vol. I, cit., pp. 129-130, onde MAYER aborda a possibilidade da administração substituir a habilitação legislativa pelo consentimento do destinatário. O consentimento do particular não é um consentimento que, ao unir-se à declaração de vontade da administração, dê lugar ao nascimento de um contrato, porque o consentimento do particular apenas serve para que a administração possa emanar esse ato sem necessidade de habilitação legal. A manifestação da vontade do particular não tem o mesmo valor que a da administração, como sucederia se ambas formassem um contrato, constituindo, assim, um mero elemento accidental. Na mesma linha, cfr. G. BERTI, *ob. cit.*, p. 50. Para MAYER, “a manifestação de vontade do particular limitava-se a desempenhar um mero pressuposto de validade [...], configurando um ato necessário apenas para remover o limite externo que o Estado encontrava ao interferir na esfera de liberdade garantida pela reserva de lei” – ALFONSO MASSUCCI, *ob. cit.*, p. 420. Com efeito, não se afigurava possível reunir num mesmo instrumento jurídico dois poderes de diferente natureza, isto é, o poder público, da administração, e o direito subjetivo privado, do particular. Deste modo, o consentimento que o particular presta não reconduz a situação jurídica a um contrato, tratando-se, ainda, de um ato unilateral, se bem que um ato que é emanado em virtude desse consentimento. Em síntese, a categoria mayeriana dos *Verwaltungsakten auf Unterwerfung* e, mais tarde, a categoria dos *Zweiseitiger Verwaltungsakten* proposta por WALTER JELLINEK traduziam uma preocupação dominante da doutrina administrativa do primeiro quartel do século XX: a dificuldade de explicar a natureza jurídica e de enquadrar algumas figuras que a recusa da aceitação do contrato de direito público tornou difíceis de arrumar, na medida em que se trata de situações que o ato administrativo unilateral *tout court* não cobria.

recusa que, nas hipóteses de intervenção do consentimento do particular, se firme uma relação (constitutiva, modificativa e extintiva) com a administração de natureza contratual<sup>1117</sup>, negando, em termos gerais, a admissibilidade da figura do contrato no direito público porque dispensável, ou mesmo inócua, em face da “força especial da vontade do Estado”<sup>1118</sup>. Funda-se na asserção de que o Estado e o súbdito (*Untertan*) não poderiam, no âmbito do direito público, conjugar as suas vontades num plano de igualdade, como se pressupõe no contrato.

Neste ensejo, avança essencialmente três argumentos para fundamentar a inadmissibilidade do contrato de direito público como instrumento de vinculação recíproca entre a autoridade administrativa e o particular. *Primo*, o contrato pressupõe a igualdade jurídica das partes, pelo que, quando o Estado atua na sua qualidade de autoridade soberana, manifesta-se claramente uma desigualdade entre as partes<sup>1119</sup>, o que constitui um impedimento à celebração do contrato com objeto público pela administração. Trata-se do elemento que HUERGO LORA designa por “diferença ontológica entre o Estado (*potentior persona*) e o particular”, que impediria que se travassem entre ambos os sujeitos relações jurídicas marcadas pela conjugação de vontades dirigidas à produção de efeitos jurídicos constitutivos<sup>1120</sup>. *Secundo*, o poder administrativo (e a autoridade) é concebido como um bem jurídico insuscetível de ser negociado – é *res extra commercium*, pelo que o contrato não pode criar relações jurídicas públicas obrigatórias para a administração e limitar a sua capacidade futura de decisão. *Tertio*, a inexistência de um fundamento legal geral (de uma “*norma-base*”, tal como sucede no campo do direito civil), que permitisse à administração utilizar o contrato jurídico-público como modo de vinculação no direito público, violaria o princípio da legalidade, o que fatalmente inclinaria essa figura para o terreno da ilegalidade<sup>1121</sup>. Assim, carecendo de suporte jurídico-legal, seria inadmissível afirmar neste domínio qualquer vínculo contratual entre a administração e o particular<sup>1122</sup>.

Em suma, os contratos de direito público, em particular os *subordinationsrechtliche Verträge* são, acima de tudo, uma impossibilidade conceitual (*eine juristische Liebhaberei*). A forma da ação administrativa de direito público (*jure publico utendo*) teria de ser necessariamente o ato autoritário e unilateral. Vinculação contratual e

<sup>1117</sup> “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, cit., pp. 40-45.

<sup>1118</sup> “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, cit., p. 86.

<sup>1119</sup> “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, cit., pp. 24 e 42.

<sup>1120</sup> *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 129-130.

<sup>1121</sup> Esta *argumentatio* sugrada por MAYER pode ser recolhida em ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., pp. 419-426; e em VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 28-32.

<sup>1122</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., p. 419.

autoridade pública seriam incompatíveis entre si: o executivo soberano (*Herrschaft*) não podia enredar-se na teia dos contratos ou ficar limitado por vinculações contratuais de direito administrativo – estas, quanto muito, poderiam valer como vinculações no âmbito do direito privado.

O cenário descrito não é muito diferente no ordenamento jurídico italiano – particularmente exposto à influência da doutrina germânica (MAYER, LABAND e GEORG JELLINEK) –, sendo os expoentes da recusa do contrato de direito público RANELLETTI e CAMMEO. Deste modo, uma parte significativa da doutrina italiana dos finais do século XIX e do início do século XX sustenta que o Estado-Administração não pactua ou, se pactua, pactua *iure privato*, já que no direito administrativo o contrato como instrumento de vinculação recíproca entre a autoridade administrativa e o particular seria uma verdadeira *contradictio in adjecto*<sup>1123</sup>.

---

<sup>1123</sup> Na tradição italiana, no seguimento de ORLANDO, parte da doutrina também pensou que as formas de ação administrativa teriam de ser *por natureza* unilaterais (relações de direito público, no âmbito do poder público). Sempre que a ação fosse bilateral e o consenso do particular fosse requerido como *condição de existência*, estaríamos perante um forma de ação contratual, mas regulada pelo direito privado. As teses anti-contratualistas esgrimiam argumentos sobre o problema da natureza jurídica (contrato ou ato administrativo carecido de colaboração) de certas figuras reconhecidas e reguladas nas leis administrativas, como as *concessões* (de serviço e de domínio público), a *constituição de relações de emprego público*, os *acordos expropriativos*, os *acordos tributários* e as *transações*. Neste quadrante, as objeções mais importantes ao contrato (que podem ser, diretamente, colhidas em RANELLETTI, “Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, cit., pp. 7-83, e *Teoria degli atti amministrativi speciali*, cit., pp. 22-25 e 142-159; F. CAMMEO, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 1166-1667; FORTI, “Natura giuridica delle concessioni amministrative”, cit., pp. 369-429; SANTI ROMANO, *Principi di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 53-59; F. CARNELUTTI, “Contratto di diritto pubblico”, cit., pp. 659; ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, I, cit., pp. 319-321; ALDO SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 509-521; M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993, pp. 665-676; M. D’ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 3-20; e G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., pp. 71-79) dizem respeito à *inexistência de igualdade jurídica* entre a administração e os particulares *no contrato*, à *diversa natureza dos sujeitos* e à *incomercialidade do objeto do contrato*. A primeira objeção em causa assenta no postulado de que o direito público tem como campo de aplicação os atos de autoridade (atos em que o Estado manifesta o seu *imperium* e impõe a sua autoridade ao administrado) e não os esquemas contratuais definidos ao abrigo da autonomia da vontade. O contrato seria, assim, impensável nas relações de direito público, dada a falta de paridade que as caracteriza, já que em causa estão, antes, *relações de subordinação* (cfr. M. GALLO, *ob. cit.*, p. 645). A segunda objeção – a da *diversa natureza dos sujeitos* – foi, de forma impressiva, formulada, a propósito da natureza jurídica das concessões de serviços públicos e de utilização de domínio público, por um dos mais destacados signatários da tese anticontratualista: caso se admitisse que se trata de um contrato, teríamos de aceitar o absurdo de estarmos diante de um ato de império para cuja formação concorreria um particular, sem qualidade para agir como autoridade (assim, cfr. RANELLETTI, “Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, cit., p. 62). Deste modo, a *natureza* jurídico-privada do particular não permite explicar o modo como estes se podem *elevare* para entrarem em relações contratuais com as autoridades administrativas. Finalmente, o contrato seria inadmissível dado o seu objeto (v.g., poder decisório ou de praticar atos administrativos, função pública, serviço público, bens dominiais) “estar fora do comércio jurídico”, sendo certo que apenas as coisas que se encontram no comércio jurídico podem constituir objeto de contratos (CAMMEO, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 1166-1667). Em face do exposto, torna-se fácil depreender que a generalidade da doutrina italiana enquadrava as concessões de serviço e do domínio público na categoria do *Verwaltungsakte auf Unterwerfung*, propondo o desdobramento da relação jurídica em dois momentos jurídicos

Uma última nota apenas para referir que os obstáculos levantados por MAYER em torno da alegada *desigualdade entre as partes* no contrato já haviam sofrido o impacto da crítica de HANS KELSEN<sup>1124</sup>. Para KELSEN, as relações de soberania estabelecem-se entre o *ordenamento jurídico* e os *demaís sujeitos de direito*, de molde que não se verifica qualquer impossibilidade ontológica de ligar a vontade soberana do Estado à vontade do particular. A essência do Estado de Direito reside na subordinação daqueles sujeitos (públicos e privados) ao ordenamento jurídico e ao império das normas legais, não tendo qualquer fundamento o dogma do “poder público” como uma realidade “*pré ou supra-jurídica*”<sup>1125</sup>. Consequentemente, o Estado pode ser titular, como os demais sujeitos, de posições ativas e passivas, incluindo a estipulação de efeitos jurídicos contratuais no procedimento administrativo (de autoridade), o que permite superar a discrepância entre a vontade soberana do Estado e a vontade do particular.

### **32.2. 2.<sup>a</sup> Fase – Desenvolvimentos posteriores: a inversão de rota a partir de meados da década de 50; as posições de ERNST FORSTHOFF e de KLAUS STERN; a Sentença do *Bundesverwaltungsgericht* de 04/02/1966**

Os autores alemães posteriores a LABAND, MAYER e KELSEN continuaram a aprofundar o estudo do contrato de direito público na sua *extensio* (*Bedeutung*), alargando o leque de matérias abrangidas pela regulação contratual e aflorando diretamente o problema do exercício contratual do poder administrativo, o que, naturalmente, provocou uma variação do sentido e significado daquela expressão. Tais perspetivas recolocam a questão

---

sucessivos: um ato administrativo, que confirmava a autoridade da administração sobre um objeto público (um serviço público ou um bem público), seguido de um contrato de direito privado, que regulava os direitos e deveres das partes de natureza patrimonial – PIETRO VIRGA, *Il Provvedimento Amministrativo*, Milano, 1972, pp. 139-141.

<sup>1124</sup> Num estudo que passou quase despercebido entre a dogmática administrativa do seu tempo – “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31, 1913, pp. 53-98 e 190-249 – KELSEN descarta o conceito de ato administrativo carecido de sujeição. É essa, quanto a nós, a verdadeira contra-corrente a OTTO MAYER que ocorre nesta fase inicial, na medida em que se enfrenta o problema do carácter unilateral ou contratual daqueles atos que a administração dita com o consentimento do particular, através da proposta de um conceito amplo de contrato: sempre que a produção de um efeito jurídico estiver subordinado à concorrência de várias manifestações de vontade concordantes estamos diante de um *contrato de direito público* – *ob. cit.*, p. 225.

<sup>1125</sup> Partindo de uma construção de ordenamento jurídico distinta da proposta por MAYER, afirma KELSEN que o conceito de “poder público” não impede que entre a administração e os particulares se estabeleçam relações contratuais: o *poder público* não é uma realidade pré ou supra-jurídica, mas o exercício de um poder concedido ou outorgado pelo direito. A essência do Estado de Direito residiria, precisamente, na inexistência de poderes pré-jurídicos, quer dizer, de poderes que não se reconduzem à aplicação de normas jurídicas – nestes termos, o poder do Estado (em particular, o poder administrativo) está tão submetido ao ordenamento jurídico como o de qualquer outro sujeito de direito – “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft”, *cit.*, p. 212.



da admissibilidade e o *modus operandi* do contrato de direito público em moldes diferentes daquela doutrina tradicional: discute-se, agora, *se o contrato pode ser celebrado no contexto de uma relação suscetível de regulação por ato administrativo*<sup>1126</sup>. Descobre-se a possibilidade de *combinar ou substituir* o ato administrativo pelo contrato, admite-se o alargamento da aplicação do contrato às atividades sociais de prestação da administração pública e reconhece-se a existência na *praxis* jurídica de contratos em que as prestações patrimoniais satisfeitas pelos particulares são ditadas por razões de prática de atos administrativos. No fundo, é a partir desta *segunda fase* que verdadeiramente se coloca o problema de saber como resolver as situações em que os entes públicos concluem contratos que têm por objeto regular o exercício de poderes públicos, constituindo exemplo típico a celebração de *contratos destinados a regular os termos do exercício do poder público por ato administrativo*.

Alguns desses estudos manifestam, ainda, a influência das categorias elaboradas por MAYER e do pan-privatismo reinante, pelo que assumem hoje interesse como curiosidade histórica<sup>1127</sup>. Outros – como sucede com o de APELT, o de FORSTHOFF e o de

---

<sup>1126</sup> Cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 381; e ALFONSO MASUCCI, “La *quaestio* nel diritto tedesco dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato”, cit., p. 421.

<sup>1127</sup> Reconhecendo à administração uma capacidade genérica de contratar em regime de direito privado, KARL KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, pp. 30-36, artificialmente qualifica como contratos de direito privado os acordos relativos à prática de atos administrativos (em que a administração se compromete a praticar um determinado ato administrativo como contrapartida pela realização por parte do particular de determinadas prestações em favor do interesse geral), por forma a que estes possam produzir efeitos jurídicos validamente e à margem de qualquer previsão legal. Afirma, assim, que pode haver *contrato* nestas matérias de direito público (no âmbito da emissão de autorizações e licenças de construção), iludindo-se o dogma da igualdade entre as partes, na medida em que se trata de uma *relação jurídica contratual privada*. Poucos anos depois, MAX LAYER, *Zur Lehre vom öffentlichen-rechtlichen Vertrag. Eine Studie aus dem österreichischen Verwaltungsrecht*, Graz und Leipzig, 1916, pp. 18-23 e 30-35, publica uma monografia inteiramente dedicada ao *öffentlichenrechtlichen Vertrag*, identificando alguns contratos no ordenamento jurídico austríaco em que a administração se obriga à prática de um ato administrativo e recebe contraprestações do cocontratante privado. LAYER adverte que tais contratos estão previstos na lei e são de direito público: trata-se, sobretudo, de contratos urbanísticos relacionados com questões de licenciamento, de pagamento de custos de urbanização e de custos pela realização de operações urbanísticas (*Zur Lehre vom öffentlichen-rechtlichen Vertrag*, cit., pp. 18-35). Por sua vez, GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1919), Aalen, 1979, pp. 203-218, reconhecia o contrato entre os atos que podem dar lugar à constituição de relações jurídicas de direito público, quando a administração pretende modificar o *status libertatis* do cidadão e não dispõe de habilitação legal específica que fundamente esse poder. Se o Estado pretende vincular os particulares à observância de condutas ou à realização de prestações que não pode impor unilateralmente, uma vez que não possui habilitação legal para o efeito, não tem outra forma de obtê-las senão recorrendo ao contrato. Assim, há contrato “quando o Estado constitui uma relação de poder que não deriva do seu *imperium*” – *idem*, p. 218 –, exercendo poderes de conformação sobre quem nele é parte (e que não poderia exercer *não fosse* a celebração do contrato). Em consequência, na relação entre a administração pública e os particulares o contrato de direito público é para GEORG JELLINEK, *ob. cit.*, p. 212, um “contrato de sujeição” (*Subjektionsvertrag*). Só por via desse contrato pode a administração modificar o *status libertatis* do cidadão e assim constituir uma relação de sujeição do particular face ao Estado (*ob. cit.*, pp. 198-199). Sobre as referidas

STERN – representam já a porta de entrada para o tema do exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral.

Em 1920, APELT dedica uma monografia ao contrato administrativo, num período em que se começa a assistir ao crescimento da intervenção administrativa na realidade económico social e se vislumbram na *praxis* contratos sobre poderes públicos entre os particulares e as autoridades administrativas<sup>1128</sup>. O contrato administrativo é, agora, configurado como “um *meio de autorregulação de interesses recíprocos das partes* [...], já não como um «*Subjektionsvertrag*», um módulo com o qual o Estado, na sua qualidade de sujeito público, instituía por via consensual uma relação de supremacia/sujeição com o

---

obras, cfr. as reflexões de HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 69-74; e VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 28-33.

Por outro lado, a polémica doutrinal em torno do carácter unilateral ou contratual dos atos que a administração dita com o consentimento do particular não se extinguiu. FRITZ FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., pp. 154-155, questionava se o “contrato de direito público” não deverá, então, absorver duas realidades distintas: a qualificação do ato constitutivo de certas relações jurídicas nas quais a administração precisa do consentimento do particular e a possibilidade da administração constituir ou modificar relações jurídico-públicas mediante um contrato. WALTER JELLINEK, “Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung”, *Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts*, Berlin, 1925, pp. 93-109, e *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, pp. 249-279, adotaria, a este propósito, uma posição mais sofisticada, propondo uma categoria intermédia entre o *Verwaltungsakt auf Unterwerfung* e o *öffentlich-rechtlichen Vertrag*, a saber o *Zweiseitiger Verwaltungsakt* (ato administrativo bilateral). Através da criação desta categoria, WALTER JELLINEK pretende chegar à conclusão de que o ato administrativo de sujeição conserva a sua intrínseca unilateralidade, pelo que a ausência da exigida colaboração do particular apenas gera a antijuridicidade (anulabilidade) do ato, não o privando de eficácia. Diversamente, tal falta despojaria de quaisquer efeitos os atos bilaterais em que se verificasse. A categoria de *ato administrativo bilateral* foi duramente criticada por contrariar a unidade jurídica e o sentido imanente do conceito cunhado de ato administrativo, tendo sido abandonada pela doutrina alemã posterior. De qualquer modo, o ensaio de WALTER JELLINEK deixaria algum rasto na doutrina alemã, de tal forma que, posteriormente, sobretudo graças à influência de FORSTHOFF, passou a admitir-se a categoria de atos administrativos, cuja eficácia (ou mesmo validade) está dependente do consentimento prévio ou posterior dos destinatários – assim se fala em *atos administrativos carecidos de colaboração* (*mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt*). Esta categoria de atos, que continua a ser objeto de tratamento pela doutrina alemã, é, no entanto, suscetível de abarcar técnicas distintas nos capítulos da validade e da eficácia. Para FORSTHOFF, no âmbito de certos atos administrativos a cuja emissão deve corresponder o consentimento prévio ou posterior dos destinatários, a falta de manifestação de tal consentimento é condição de validade do ato (é seu elemento fundador ou parte integrante do seu *Tatbestand*), determinando-se a nulidade daqueles relativamente aos quais a necessidade de consentimento se deva considerar uma exigência de defesa de princípios fundamentais. Pretende-se evitar que pudessem ser impostas obrigações ao particular que não foram aceites, simplesmente por decurso do prazo de impugnação contenciosa. Cfr., também, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 59-67. Na técnica do direito português, o consentimento do particular exigido por lei para certos atos administrativos funciona, em regra, como requisito de *eficácia* desses mesmos atos. Contudo, quando os atos administrativos estão dependentes de requerimento ou solicitação do particular, a iniciativa deste constitui requisito de *validade*, implicando a sua falta a anulabilidade ou mesmo nulidade do ato, quando se entenda existir ofensa do conteúdo essencial de um direito fundamental [artigo 161.º, n.º 2, d) do CPA]. Sobre este ponto, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 346; ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, policop., Coimbra, 1977-1978, pp. 176-177; e CASALTA NABAIS, *Contratos Fiscais*, cit., pp. 100-101. Para uma visão no direito italiano, cfr. ALFONSO MASUCCI, *ob. cit.*, pp. 420 e 423; e no direito francês, cfr. SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les contrats administratifs*, London, 1998, pp. 33-36.

<sup>1128</sup> *Der verwaltungsrechtliche Vertrag* (Leipzig, 1920), Scientia Verlag, Aalen, 1964, p. 23.

particular”, nas situações em que não a poderia constituir por força do *imperium*<sup>1129</sup>. O leque de matérias objeto de contratualização é também renovado, tratando-se, agora, de contratos de urbanização entre os municípios e os particulares, contratos que têm por objeto a emissão de licenças de construção, contratos de concessão de subvenções, contratos de transação, etc.<sup>1130</sup>. Por isso, APELT reconduzia o contrato administrativo a um acordo de vontades que afeta direta e imediatamente o *interesse público*, critério esse que deve justificar a autonomização de um regime jurídico especial de direito administrativo face aos contratos de direito privado<sup>1131</sup>.

É naquela monografia de APELT que podemos encontrar um primeiro esboço de análise de alguns contratos que tocam o exercício do poder administrativo (v.g., contratos urbanísticos, mas também contratos de utilidade pública no âmbito de atividades de distribuição de energia elétrica, de água e de saneamento básico<sup>1132</sup>), submetidos a um regime de direito público. Salvo se existir uma proibição legal expressa, em princípio, a administração pode celebrar contratos deste tipo, admitindo-se que o contrato substitua o ato administrativo<sup>1133</sup>.

No entanto, o exercício consensual de poderes administrativos recebe na República Federal da Alemanha um tratamento completamente diferenciado no pós-guerra, com ERNST FORSTHOFF, na primeira edição do seu *Lehrbuch* de 1950. Para FORSTHOFF o contexto político-social colocara no centro do debate a necessidade de adaptar o

---

<sup>1129</sup> ALFONSO MASUCCI, “La *quaestio* nel diritto tedesco dell’ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato”, cit., p. 421.

<sup>1130</sup> Sublinhando esta alteração (*rectius*, ampliação) do âmbito objetivo do contrato de direito público, cfr. F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., p. 34.

<sup>1131</sup> *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 103-105.

<sup>1132</sup> *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 139-141.

<sup>1133</sup> *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 161-164. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 142, nota 47, escreve que “no § I.4 da *VwVfG* consagrou-se a tese de APELT, ao admitir o contrato na ausência de uma proibição expressa ou implícita, quer dizer, de uma norma que obrigue a utilizar o ato unilateral como veículo para a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica”. Para além de rebater alguns dos argumentos mayerianos sobre a inadmissibilidade do contrato de direito público, provavelmente, os aspetos de maior relevância da obra de APELT consistem no facto de advogar a existência de contratos administrativos quando se verifica a prossecução por via contratual de interesses públicos não abrangidos na área tradicionalmente designada de *Fiskus* e no facto de, pioneiramente, defender a possibilidade de a administração poder, sem habilitação normativa prévia, recorrer ao contrato administrativo como forma de disciplinar o exercício dos seus poderes. E como se processava esta última hipótese? Sempre que o *direito posto* à administração fosse cogente ou imperativo, indicando o ato administrativo como *forma obrigatória*, não haveria espaço para o contrato (APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., p. 120). Diferentemente, sempre que a administração se visse perante “normas dispositivas” (com “margem para agir por via contratual”) ou quando a execução da decisão unilateral exigisse a celebração de um acordo com o interessado, o contrato administrativo seria admissível, mesmo na ausência de uma *norma-base* (*idem*, pp. 163-164). Nesses casos, o contrato administrativo encontraria fundamento no princípio *pacta sunt servanda* (válido no direito internacional público e no direito público interno – *idem*, p. 206), apenas se admitindo a sua limitação pela cláusula *rebus sic stantibus* (*idem*, p. 220).

*instrumentarium* jurídico-administrativo às novas exigências e finalidades do Estado Social, não podendo a administração afastar, por muito mais tempo, a concertação voluntária com os particulares interessados no procedimento administrativo.

Assim, na dogmática do ato administrativo, sedimenta-se a noção de ato administrativo constitutivo de direitos e defende-se que, se a administração pública se pode vincular para com o particular através da emanção de um ato desta natureza, nenhuma razão subsiste para que o não possa fazer através de um contrato. Depois, o contrato de direito público é rigorosamente tratado naquele manual como forma de exercício consensual dos poderes administrativos, portanto, já desligado do férreo conceptualismo da influência e do peso das categorias mayerianas<sup>1134</sup>. Em jogo estão duas vontades livres e autónomas, não subsistindo qualquer diferença ontológica entre o Estado e o particular suscetível de impedir relações jurídicas marcadas pela conjugação de vontades dirigidas à produção de efeitos jurídicos constitutivos<sup>1135</sup>. A ideia de contrato não deixa, necessariamente, de estar presente pelo facto de se reconhecer alguma *disparidade jurídica* entre as partes. Há, assim, um nítido afastamento da doutrina mayeriana, num duplo sentido: rejeita-se a tese de que o poder público, qual *res sacra*, não se apresenta suscetível de negociação<sup>1136</sup> e de que o contrato conhece como nota determinante o requisito da igualdade jurídica entre as partes.

---

<sup>1134</sup> *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., pp. 415-426. Dois dos aspetos que não são diretamente aflorados em “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, cit., de OTTO MAYER prendem-se, por um lado, com a possibilidade de aplicação do contrato de direito público na área que o ato administrativo também compreende, apenas se inferindo a sua posição de recusa por força da dedução dos axiomas de direito administrativo que preconizava; e, por outro, com a admissibilidade de uma relação jurídica contratual de direito público entre duas entidades administrativas em pé de igualdade ou equiparadas no plano horizontal, por falta de superioridade de uma em relação à outra.

<sup>1135</sup> *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., pp. 419-420.

<sup>1136</sup> Sobre a superação do mito da sacralidade do poder público, cfr. HANS PETERS, que, na primeira edição do *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, München, 1949, p. 153, se desliga da doutrina mayeriana, reconhecendo o contrato de direito público como forma de ação administrativa ao lado do ato administrativo. Mantém-se, neste período, a voz discordante de MARTIN BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, cit., p. 245, não tanto por reeditar a argumentação mayeriana, mas porque, considerando que o ato administrativo é o conceito central do direito administrativo (*perspetiva atocêntrica*), defende que a aposição de cláusulas acessórias ao ato administrativo configura uma alternativa prática ao contrato de direito público, tornando-o uma figura com escassa utilidade, sem aderência à realidade ou até mesmo desnecessária. A utilização de módulos contratuais na administração de autoridade seria, inclusivamente, contrária aos princípios da legalidade, da proporcionalidade (designadamente, quanto ao enlace das prestações contratuais) e da imparcialidade.

Por outro lado, quanto àquelas relações que, sendo consideradas de direito público, reclamam, todavia, uma regulação consensual mínima (por exemplo, as relações jurídico-administrativas decorrentes da atividade de fomento económico do Estado), nos anos 50 surgiu uma construção dualista – designada “teoria do duplo grau ou nível” (H. P. IPSEN, *Öffentliche Subventionierung Privater*, Berlin, 1956, p. 62) – que propôs o respetivo desdobramento em dois momentos jurídicos sucessivos: um ato administrativo, que confirma a autoridade da administração sobre um objeto público, seguido de um contrato de direito privado, que regula os direitos e deveres das partes de natureza patrimonial. Contudo, uma parte significativa da doutrina reputou por desnecessária a aplicação da teoria dos dois degraus no domínio dos contratos administrativos, considerando-a,

Por outro lado, neste período foram também progressivamente superadas as preocupações em roda do caráter excessivamente vinculativo do contrato e do dogma de que, contratualizando-se o poder administrativo, a administração pública estaria a alienar a capacidade de poder exercê-lo de acordo com as exigências de interesse público que se visassem em cada momento<sup>1137</sup>.

Neste contexto convém, igualmente, reter os trabalhos de MAX IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel, 1958, KLAUS STERN, “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, cit., JÜRGEN SALZWEDEL, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, Neue Kölner rechtswissenschaftliche, Abhandlungen Heft 11, Berlin 1958, e H. ZWAHLEN, “Le contrat de droit administratif”, *ZSR* (77), 1958, que, surgindo simultaneamente no ano de 1958, com escassa diferença de dias, alcançaram de imediato eco no panorama jurídico-administrativo, lançando nova luz sobre este tema.

O estudo de KLAUS STERN assume extraordinária importância neste campo, ao propor uma das teses mais inovatórias e marcantes da “teoria geral do contrato de direito público”, a *tese do apriorismo do conceito de contrato*. STERN defende que, não obstante o ato administrativo constituir a forma típica de ação administrativa, a entidade pública pode recorrer ao contrato nos casos em que a lei não estabelece imperativamente uma regulação autoritária e unilateral (*normas dispositivas*) ou quando a lei prevê implicitamente uma regulação consensual<sup>1138</sup>. No que tange à questão da necessidade de *habilitação legal* dos contratos de direito público, KLAUS STERN oferece-nos uma exposição sistemática que agrupa a doutrina daquele período em duas grandes direções: uma *corrente restritiva* – a chamada “*normativen Theorie* ou *Ermächtigungstheorie*” – à qual pertencem LÖNING, KORMANN, FLEINER, LAFORET, IMBODEN, BULLINGER –, que defendia que a possibilidade de celebração dos contratos nas relações de supra-infra ordenação dependia de a lei expressamente os prever (*teoria normativa*), ou, quando muito, com base num preceito de direito consuetudinário<sup>1139</sup>; e uma *corrente utilitarista* (*utilitaristische Lehre*), que prescindia, de todo, daquelas exigências e indica outros fundamentos materiais do contrato (v.g., princípios da participação administrativa, da eficácia da ação administrativa, natureza

---

neste domínio específico, artificiosa e pan-privatística. Para uma visão geral, entre nós, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, cit., pp. 117-120.

<sup>1137</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., pp. 417-420.

<sup>1138</sup> “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, cit., p. 145.

<sup>1139</sup> “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, cit., pp. 114-117. A utilização da via contratual pela autoridade administrativa encontrava-se sempre dependente de expressa disposição legal habilitadora, equivalendo o silêncio da lei (ou de uma norma consuetudinária) à obrigatoriedade de adoção de uma forma unilateral de atuação.

apriorística do conceito de contrato) – à qual pertencem VON SEYDEL, STERN, FORSTHOFF e WOLFF.

STERN afirma que o argumento da habilitação legal autorizativa do contrato (da *norma-base*, que – recorde-se –, segundo MAYER, era pressuposto essencial para, no limite, se reconhecer vinculatividade ao contrato de direito público) representa um argumento falacioso: segundo KLAUS STERN, a força vinculativa do contrato não carece de se fundar numa norma jurídica, na medida em que essa obrigatoriedade está compreendida na própria *natureza* do conceito de contrato, que é *forma de ação vinculativa* para as partes<sup>1140</sup>. O contrato – afirma STERN – é “um conceito apriorístico” (“*ein apriorischer Begriff*”)<sup>1141</sup>. Também HANS PETERS sustentava que os contratos administrativos eram admissíveis “sempre que a lei nada dissesse a esse respeito”<sup>1142</sup>.

Por seu turno, para FORSTHOFF, o óbice da inexistência de habilitação legal prévia para a celebração de contratos deste tipo constitui um argumento paradigmático do positivismo legalista, que visava reduzir o direito ao conjunto de regras escritas<sup>1143</sup>. O contrato será, assim, admissível em todos os casos em que o não proibam os preceitos legais imperativos. Para tanto, deve atribuir-se ao princípio “*pacta sunt servanda* uma validade universal, elemento fundamental da ideia ocidental de direito”, enquanto base habilitante e fundamento geral da celebração de contratos de direito público<sup>1144</sup>. Contudo, isso não poderia significar uma vinculação contratual concebida de forma rígida, que amarrasse a administração no exercício das suas funções e impossibilitasse a sua adaptação a uma situação nova. Por forma a acautelar uma eventual modificação dos pressupostos de interesse público subjacentes à celebração do contrato, FORSTHOFF confere à cláusula *rebus sic stantibus* um papel indispensável na adaptação das situações jurídicas reguladas ao interesse público e às circunstâncias concretas<sup>1145</sup>.

Finalmente, o âmbito objetivo do contrato com objeto público é alargado, para além das atuações de autoridade e de polícia, à *administração de prestações e de fomento*.

<sup>1140</sup> “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, cit., p. 146.

<sup>1141</sup> “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, cit., pp. 129-130. Esta tese fez escola entre os cultores do direito público alemão. Recordando as palavras de KLAUS STERN, “*a força vinculativa de um contrato não resulta, por isso, derivadamente de uma norma jurídica positiva, mas originariamente do próprio contrato, em último termo, da sua natureza pré-jurídica (ou) apriorística*” (*Die bindende Kraft eines Vertrages ist mithin nicht derivativ aus einer Rechtsnorm abgeleitet, sondern originär aus dem Vertrag selbst, letztlich aus seiner vorrechtlichen, apriorischen Natur*). Assim sendo, muitas vezes o que sucede é que o direito do Estado (como veremos, a VwVfG de 1976) não cria originariamente, antes reconhece formas de vinculação negociais que se desenvolvem na *praxis*.

<sup>1142</sup> *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin, 1949, pp. 154-155.

<sup>1143</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., p. 419.

<sup>1144</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., p. 420.

<sup>1145</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., pp. 424-426.

As teses defendidas, sobretudo por FORSTHOFF no pós II Guerra, coincidem com um dos momentos de maior afirmação do novo modelo do Estado Social e, conseqüentemente, num período em que a administração pública se vê confrontada com a necessidade de se dotar de novos meios de atuação que lhe permitam desempenhar as suas novas tarefas de prestação. Na realidade do dia-a-dia das atividades económicas e industriais, do urbanismo, dos serviços, da cultura, onde o poder de *iniciativa* e a *adesão* dos particulares são decisivos para a dinamização da vida económica e social, o contrato jurídico-público introduz flexibilidade e maleabilidade na composição da relação jurídica administrativa, porquanto permite a adaptação da ação administrativa a uma situação concreta e às circunstâncias que envolvem a prossecução do interesse público num determinado momento<sup>1146</sup>. Dando cobertura à atuação prestadora e gestonária da administração (*Leistungsverwaltung*), o contrato surge, agora, como uma figura com idoneidade para se apresentar como *alternativa* ao ato administrativo enquanto fonte de relações jurídicas.

A defesa feita por FORSTHOFF acerca da admissibilidade e das virtualidades do contrato de direito público vai sustentar diretamente a fundamentação acolhida na sentença do *Bundesverwaltungsgericht* de 4 de Fevereiro de 1966, que, pela primeira vez, reconhece jurisprudencialmente a validade deste tipo de contratos<sup>1147</sup>. Neste aresto refere-se que a posição tradicional de OTTO MAYER sobre a recusa do contrato no direito público fora

---

<sup>1146</sup> Cfr. KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Gesamtwerk des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, München, 1984, pp. 877-895.

<sup>1147</sup> *Bundesverwaltungsgericht*, Urt. v. 04.02.1966, Az.: BVerwG IV C 64.65, publicado em *BVerwGE* 23, 213, e disponível em <https://www.jurion.de> (2015). O caso diz respeito a um “contrato jurídico-público de dispensa de construção” (“*Baudispensvertrag*” ou “*öffentlichrechtlicher Dispensvertrag*”), que envolve um problema de concessão de licença para a construção de um edifício comercial que iria funcionar como Supermercado ou *Supermarkt* (“*Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung für den Bau eines Wohnhauses und Geschäftshauses*”), suscitando-se no projeto submetido a licenciamento a necessidade de previsão de um número adequado de lugares de estacionamento público a garantir pelo requerente (“*Schaffung einer angemessenen Zahl von Einstellplätzen*”) em conformidade com o Regulamento de Garagem e Lugares de Estacionamento (*Reichsgaragenordnung* – RGaO). Como o requerente não estava em condições de garantir a construção desses lugares de estacionamento, celebrou com a administração um contrato de direito público, que regulava os *termos* e as *condições* daquela obrigação e tinha em vista obter a *dispensa* daquele dever legal, através da satisfação de prestações pecuniárias (no valor de 6.100 DM, situação admissível à luz do §58 da *Reichsgaragenordnung* vigente – *Baugenehmigung mit Dispensbeschuß*). Por força desse contrato de direito público, na modalidade de “*Baudispensvertrag*”, a autoridade administrativa obrigou-se à dação da dispensa de aplicação da norma legal (“*die Behörde verpflichtet sich zur Erteilung des Dispenses*”) e, por sua vez, o requerente comprometeu-se a pagar a quantia de 6.100 DM que a administração empregaria para realizar o fim previsto pela norma legal. Sobre a evolução jurisprudencial que se verificou a partir desta decisão, cfr. EHLERS, “Die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen über die Ablösung der Stellplatz oder Garagenpflicht”, *DVBl*, 1986, pp. 529-531; ZIEGLER, “Zur Ablösung der Stellplatzpflicht”, *DÖV*, 1984, pp. 831-832; e MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 372-373, sublinhando que, para além daquele tipo de contratos, foram considerados como contratos que têm por objeto regular o exercício do poder público por ato administrativo aqueles em que o requerente da licença participa financeiramente no saneamento ou no reforço de infraestruturas gerais afetadas pela atividade privada a desenvolver.

superada pela doutrina mais recente<sup>1148</sup>, sustentando-se que, na moderna administração pública, a ação administrativa em toda a sua variedade já não se reduz à execução de normas legais através de atos unilaterais sob a forma de atos administrativo, carecendo de ser complementada por “atos jurídicos consensuais” ou “contratos de direito público”<sup>1149</sup>. O recurso a esta forma de ação não careceria de habilitação legal expressa, tendo o Supremo Tribunal Administrativo Federal sufragado que a *reserva de lei*, estabelecida no artigo 20.º da *Grundgesetz*, só abrangia as intervenções na liberdade e na propriedade dos administrados e já não as colaborações voluntárias entre a administração e os particulares<sup>1150</sup>. Na ausência de uma habilitação legal que previsse este tipo de contratos, os mesmos seriam, ainda assim, admissíveis como fonte de autovinculação bilateral, desde que compatíveis com os *princípios gerais da atividade administrativa* e acautelando-se os princípios fundamentais da confiança, da reciprocidade e do equilíbrio entre as prestações<sup>1151</sup>.

Além disso, o Tribunal evidencia que o particular contratante não exerce diretamente o poder público, intervindo num negócio jurídico para a realização dos seus interesses (*rectius*, no âmbito da sua autonomia privada). Assim, no contrato de direito público entrelaçam-se declarações que correspondem ao exercício de dois poderes de natureza diferente, um *poder público*, da administração, e um *direito subjetivo*, do particular. O exposto reconhecimento jurisprudencial dessa admissibilidade sucedeu, deste modo, através da Sentença do Tribunal Supremo de Jurisdição Administrativa de 4 de Fevereiro de 1966, que, nas palavras de HUERGO LORA, veio a constituir o “*auténtico leading case* da tese da validade dos contratos de direito público”<sup>1152</sup>. A partir daqui formase a convicção de que a administração pode utilizar o contrato como forma de exercício de

---

<sup>1148</sup> Assim, referindo os trabalhos de “MAX IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag* [Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 48, Basel 1958]; KLAUS STERN, «Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages» [Verwaltungsarchiv Bd. 49 (1958) S. 102-157]; JÜRGEN SALZWEDEL, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages* [Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 11, Berlin 1958]; MARTIN BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt* [res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 9, Stuttgart, 1962] e E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* [8. Auflage, S. 249 f.]” – cfr. <https://www.jurion.de> (ponto 13).

<sup>1149</sup> Cfr. <https://www.jurion.de> (pontos 13 e 14).

<sup>1150</sup> Cfr. <https://www.jurion.de> (ponto 5).

<sup>1151</sup> Cfr. <https://www.jurion.de> (pontos 14 e 15). Cfr., também, VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 33-34.

<sup>1152</sup> *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 83. Cfr., também, HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., p. 74; e A. MASUCCI, “La *quaestio* nel diritto tedesco dell’ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato”, cit., p. 432. Poucas vezes referido pela generalidade da doutrina é o artigo 121.º da Lei de Administração Territorial do Estado Federado de *Schleswig-Holstein* de 18 de Abril de 1967 (*Schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetzes*), que reconheceu legalmente, pela primeira vez, o contrato administrativo, antes da VwVfG alemã de 1976.



poderes públicos de autoridade, abrindo caminho à afirmação de um *princípio de paridade ou alternatividade* entre contrato e ato administrativo.

### 32.3. 3.<sup>a</sup> Fase – Da consagração do contrato jurídico-público nos §§ 54-62 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* de 1976 até à atualidade (expansão do contrato sobre poderes administrativos)

A referência histórica, com que se iniciou a exposição, cumpriu o propósito de permitir perceber as condições em que se iniciou e evoluiu o *contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos* e, bem assim, o processo de sedimentação de um regime jurídico próprio no direito alemão, distinto do regime dos contratos de direito privado (seja dos contratos de direito privado *tout court*, seja daqueles que “à francesa” são tidos como contratos administrativos de colaboração ou com objeto passível de contrato de direito privado). Sustentámos que a discussão em torno daquela figura, verdadeiramente, só surgiu, de forma direta, nos escritos dos autores alemães e austríacos posteriores a LABAND e a OTTO MAYER, circunstância que demonstra o sentido evolutivo que o conceito de *öffentlichrechtlichen Vertrag* foi adquirindo ao longo do século XX.

O quadro evolutivo traçado culminou com a *Verwaltungsverfahrensgesetz* de 25 de Maio de 1976, que consagrou positivamente o contrato jurídico-público nos seus §§54 a 61 (Parte IV), pondo assim cobro à longa polémica sobre a admissibilidade da figura do contrato administrativo no direito alemão<sup>1153</sup>. É esta Lei que, pela primeira vez, na primeira

---

<sup>1153</sup> Como esclarece HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 367, “a VwVfG refere-se, sem dúvida, continuamente ao «contrato de direito público» (*öffentlichrechtlichen Vertrag*) e à definição legal de uma «relação jurídica no âmbito do direito público» (*Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts*)”. No entanto, nem todos os contratos que dizem respeito a uma relação jurídica de direito de público são abrangidos pela Lei do Procedimento Administrativo, ficando de fora do seu âmbito de aplicação *outros contratos não administrativos de direito público*, como os contratos de natureza internacional, constitucional (sobretudo, entre a *Bund* e os *Länder* ou entre os próprios *Länder*) e eclesíastica – *vide* sobre esses contratos, H. MEYER, Meyer/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar zum*, Frankfurt am Main, 1982, pp. 484-491; e HANS JOACHIM KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, 1982, pp. 665-672. Falar, por isso, de “contratos de direito público” é excessivo, já que, na realidade, a VwVfG se refere a “contratos de direito administrativo”. Assim, como refere H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 367, “da limitação geral do §1 I da lei VwVfG (atividade administrativa jurídico-pública das autoridades) e do §9 da VwVfG (conceito de procedimento administrativo) resulta que somente caem sob essa definição legal os contratos que forem celebrados por uma *autoridade administrativa* e devam ser associados ao âmbito do *direito administrativo*”. Apesar da expressão *öffentlich-rechtlichen Vertrag* designar literalmente o “contrato de direito público”, a partir da regulação da Parte IV VwVfG, essa expressão passa a estar consagrada na linguagem jurídica alemã para designar os contratos regidos pelo direito administrativo, o que levou grande parte da doutrina a empregar o *nomen iuris* “*verwaltungsrechtliche Vertrag*” (assim, cfr. SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 18-20; e FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., p. 651) no lugar de “*öffentlich-rechtlichen Vertrag*”. Isso mesmo é colocado em evidência por H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 368, ao

parte do §54, consagrou expressamente o princípio geral da *admissibilidade dos contratos de direito público para a constituição, modificação ou extinção de relações jurídico-públicas, sempre que uma norma jurídica não prescreva o contrário* (“pode, mediante contrato, constituir-se, modificar-se ou extinguir-se uma relação jurídica no âmbito do direito público, desde que a isso se não oponham preceitos legais. Em particular, em vez de emitir um ato administrativo, a autoridade administrativa pode celebrar um contrato administrativo com quem, de outro modo, seria destinatário de um ato administrativo”). Nas palavras de WOLFF/BACHOF/STOBER, a inclusão do contrato administrativo como figura geral na lei do procedimento administrativo representa “um símbolo do crescente «pluralismo das formas de atuação»”<sup>1154</sup>.

Assim, superada com a mencionada Lei do Procedimento Administrativo toda e qualquer dúvida sobre a admissibilidade do contrato administrativo, o esforço da doutrina e da jurisprudência vai concentrar-se na determinação do âmbito de aplicação da figura, dos tipos contratuais abrangidos e das especificidades de regime jurídico. Neste sentido, a doutrina salienta que o §54 contém uma norma habilitante para a celebração de contratos administrativos, estabelecendo, em termos amplos, um *princípio de autonomia pública contratual*, ou seja, a possibilidade genérica de qualquer entidade pública recorrer ao contrato administrativo para realizar as atribuições que estiverem a seu cargo. Essa habilitação configura uma norma atributiva de discricionariedade, que assim oferece cobertura material suficiente à conformação de relações jurídico-administrativas de subordinação por estipulação contratual [o “pode”(Kann) expressa a ideia de que a administração está autorizada, dentro dos limites do enunciado ou da proposição legal, a celebrar contratos administrativos<sup>1155</sup>]. Quer isto significar que os órgãos administrativos são, por princípio (isto é, desde que a tal a lei não se oponha), *livres* na decisão de escolha do contrato ou da decisão unilateral para agir, não se encontrando, pois, condicionados quanto à forma por que podem exteriorizar a respetiva vontade ou exercer os seus poderes-deveres funcionais. Efetivamente, a administração pode optar por cumprir os seus deveres mediante atuação unilateral, que poderá assumir a forma de uma decisão individual, ou, em alternativa, exercer os seus poderes mediante contrato administrativo, podendo, inclusivamente, combinar, na mesma atuação, a forma unilateral e a forma contratual [fala-se, assim, em “atividade administrativa consensual” (*Konsensualen Verwaltungshandeln*)].

---

referir que se deve empregar a designação “contrato administrativo” (“*Verwaltungs Vertrag*”) – nesta aceção, o contrato que tem por objeto relações jurídico administrativas, que constitui, modifica ou extingue relações jurídicas de direito administrativo.

<sup>1154</sup> *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 200.

<sup>1155</sup> HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit p. 397.

Neste sentido, a figura contratual é enquadrada no procedimento administrativo, como ato conclusivo, em termos de *paridade* com o ato administrativo<sup>1156</sup>. Contudo, a alternatividade entre ato e contrato administrativo na VwVfG encontra-se associada à disponibilidade de regimes jurídicos substantivos, não significando uma estrita *neutralidade* ao nível da regulação do *concreto conteúdo de uma relação jurídica*. Escreve, a este respeito, MAURER que a utilização do contrato administrativo em detrimento da forma jurídica unilateral, desde que observados certos limites, tem consequências relevantes ao nível do regime jurídico substantivo, como a estabilidade da relação jurídica, o efeito vinculativo, o poder de modificação em caso de alteração das circunstâncias, a invalidade e a execução das prestações contratuais em falta<sup>1157</sup>.

Pois bem, o contrato administrativo ficou a constituir uma *figura de utilização geral* pelas entidades administrativas, que tanto pode pôr termo de forma consensual a um procedimento já iniciado, como disciplinar uma determinada relação jurídica administrativa constituída à margem de um concreto procedimento administrativo (acordos prévios à tramitação do procedimento). De resto, importa enfatizar que, tratando-se de um contrato com *objeto público*, a sua *administratividade* é inegável. Pode mesmo dizer-se que se trata de um *contrato administrativo por natureza*, cuja autonomia substantiva é indiscutível<sup>1158</sup>. Sob ponto de vista funcional, o contrato apresenta-se como “um instrumento efetivo da administração no exercício do poder público” (*Ausübung öffentlicher Gewalt*): a “função de complemento da norma, a substituição do ato administrativo, a busca do consenso e a promoção da aceitação de compromissos pelo interessado são uma série de conceitos associados ao contrato administrativo, mas não ao contrato de direito privado”<sup>1159</sup>.

Com a consagração do contrato administrativo na lei de procedimento, vigora no ordenamento jurídico alemão uma *dicotomia* entre contratos de direito público e contratos de direito privado, com reflexos no plano do regime *substantivo* e ao nível do *contencioso*.

---

<sup>1156</sup> A questão de saber se a atuação contratual da administração carecia de uma habilitação especial ficou decidida *de lege lata* (cfr. a Exposição de Motivos do §50 do Anteprojeto da VwVfG, correspondente ao citado §54). A VwVfG de 1976 consagrou, assim, uma *alternatividade entre ato e contrato*, que constituem, salvo exceção, duas vias fungíveis de atuação administrativa. Desta forma, confere-se à administração uma margem de discricionariedade optativa no que concerne à escolha do instrumento através do qual pretende exercer as suas competências dispositivas – cfr. ELKE GURLIT, “Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen”, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), De Gruyter, 2010, pp. 773-775; E. SCHMIDT-ASSMANN/WALTER KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge: Vertragstypen und Vertragsrechtslehren*, cit., pp. 76-80; H. MEYER, Meyer/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 492-507; e HANS JOACHIM KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 674-682.

<sup>1157</sup> *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 378.

<sup>1158</sup> Cfr. HEIKO FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 275.

<sup>1159</sup> Cfr. WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., p.

No primeiro plano, a doutrina debruçou-se sobre o apuramento do *critério do contrato jurídico-público* consagrado no §54 da VwVfG<sup>1160</sup> e chamou a si a tarefa de determinação

---

<sup>1160</sup> A fórmula utilizada pelo legislador de 1976 deixa em aberto a questão de saber *quando* ou *como* um contrato *cria, modifica ou extingue uma relação jurídica de direito administrativo* e, como a administração pode, agora, contratar tanto *jure publico* como *jure privato*, logo se colocou a questão de saber qual o *critério* a partir do qual se pode aferir a natureza jurídico-pública ou jurídico-privada de um contrato. A busca de uma sistematização racional de critérios, inicialmente ligada ao problema mais geral da distinção entre direito público e privado, tornou-se numa *missão* permanente doutrinal, “uma vez que disso depende o regime contratual aplicável, que género de responsabilidade vale, que formas de execução existem e qual a via jurisdicional aberta no plano contencioso” (HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 368). Constituía, por isso, uma das questões mais difíceis a de saber qual o *critério* do contrato jurídico-público consagrado no §54 da VwVfG. Eco de tais dificuldades podia ver-se na pluralidade de teorias que se enfrentavam nesta matéria: a *teoria subjetiva* (*Subjektstheorie* ou *Zuordnungstheorie*), de acordo com a qual, para se falar em contrato jurídico-público, pelo menos uma das partes que nele participasse teria que ser necessariamente o Estado ou qualquer outro ente público; a *teoria objetiva* (*Gegenstandstheorie*), que qualifica como administrativo o contrato em função do respetivo objeto ou da índole da relação jurídica por ele constituída, modificada ou extinta, determinada pela natureza dos efeitos de direito que a integram e/ou da situação de facto a que respeita; a *teoria dos interesses* (*Interessentheorie*), que atende à natureza do interesse tutelado no contrato; e a *teoria do direito especial* (*Sonderrechtstheorie*), que defende que só existe contrato de direito público, quando, segundo o ordenamento jurídico, pelo menos um dos sujeitos da relação jurídica contratualmente regulada seja uma entidade do poder público, que age *enquanto tal*, isto é, na sua qualidade de titular do poder público (*Hoheitsträger*). O §54 da VwVfG – que veio prever a capacidade de os órgãos administrativos recorrerem ao contrato como instrumento normal de exercício das suas competências –, ao dispor que uma relação jurídica de direito público pode ser constituída, modificada ou extinguida mediante contrato, desde que um preceito legal não o proíba, consagra, em correspondência com a orientação da jurisprudência e da doutrina maioritárias, o *critério do objeto* (*Gegenstandstheorie*) – cfr. H. MEYER, MEYER/BORGS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 493-494; BONK, STELKENS/BONK/SACHS (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, München, 1993, p. 1239; E. SCHMIDT-ASSMANN/WALTER KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, cit., p. 165; e HEIKO FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 250-257.

O critério do objeto configura o primeiro e fundamental critério seletivo. Seguindo de perto HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 368-371, “a natureza jurídica (jurídico pública ou jurídico privada) do contrato deve ser determinada segundo *critérios objetivos*; as ideias subjetivas das partes contratantes não são decisivas”. Além disso, “o *objeto* do contrato deve ser averiguado em função do seu conteúdo [...], devendo verificar-se se a obrigação assumida contratualmente tem carácter jurídico público. Nestes termos, existe um contrato administrativo quando: ele serve a execução de normas públicas [...]; ele comporta a obrigação de emissão de um ato administrativo ou de um outro ato da função administrativa [...]; e se ele diz respeito à criação de um direito ou à imposição de uma obrigação de natureza pública ao cidadão”. Numa fórmula próxima, que recorre ao próprio *regime jurídico*, para LANGE, “Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag”, *NVwZ* 313, 1983, p. 313, é de qualificar como administrativo o contrato que, “por força de uma lei especial, se encontre submetido a regras de direito administrativo; ou inclua a obrigação de emissão de um ato administrativo; ou, ainda, diga respeito à criação de direitos e obrigações de «natureza» pública”.

Por conseguinte, existe um contrato de direito público quando a relação que nele se funda é regulada por normas de direito público ou pertence ao âmbito do direito público, envolvendo uma situação jurídica de exercício típico da função administrativa – na expressão do §54 da VwVfG, “*auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts*”. A fórmula adotada pelo legislador foi interpretada como tendo consagrado o critério do objeto (*Gegenstandstheorie*), mas não faltaram autores que, com base na chamada “*normativen Theorie* ou *Ermächtigungstheorie*”, passaram a aceitar o contrato apenas com base no argumento formal (ou jurídico-positivo) de que o mesmo dispõe de um fundamento legal expresso, fosse por via do §54 da VwVfG ou de habilitações legais específicas. Diante de habilitações específicas, não se levantariam em princípio grandes dificuldades, quando é o próprio legislador a qualificar certos contratos como administrativos, isto é, quando se trata de *contratos administrativos por determinação da lei* (critério esse também invocado quando se tratasse de qualificar o contrato administrativo face ao ato administrativo carecido de consentimento do particular). No

de regras ou princípios de direito administrativo que concedem à administração uma posição de *supra-ordenação* ou quaisquer *prerrogativas* específicas no contrato (designadamente, o poder de modificar o conteúdo do contrato ou de decidir a resolução por razões de interesse público). No segundo plano demarca-se, para efeitos contenciosos, o conhecimento dos litígios emergentes de relações jurídicas contratuais pela jurisdição administrativa ou pela jurisdição comum<sup>1161</sup>.

Aliás, essa estruturação dualizada, à qual se faz corresponder um regime jurídico diferenciado, constitui uma das marcas tradicionais do sistema alemão de contratação administrativa. Assim, enquanto os contratos com objeto público dizem respeito ao exercício acordado de poderes administrativos mediante contraprestações, estando submetidos à jurisdição administrativa, os contratos de solicitação ao mercado de atividades de obras ou serviços continuam a ser considerados de natureza privada, discutindo-se, ao nível do direito pré-contratual, a existência de posições subjetivas contenciosamente sindicáveis<sup>1162</sup>.

---

entanto, os difíceis problemas de qualificação continuavam a persistir no que tange a certos contratos que a lei prevê, embora sem se pronunciar expressamente sobre a sua natureza administrativa ou privada, sem nada dizer sobre o respetivo regime jurídico ou perante contratos atípicos ou inominados. Assim, alguns autores alertavam para a dificuldade de distinguir o objeto *mediato* do objeto *imediato* do contrato, circunstância que justificava completar o critério do objeto com outros critérios, designadamente: o critério do regime jurídico de direito público do contrato e as condições da sua aplicação; a acentuação do valor dos efeitos de direito produzidos no âmbito do contrato; e o tipo de interesses ou de atividades a que o contrato respeita, qualificando-se como administrativo o contrato quando em causa estejam fins de imediata utilidade pública. A qualificação do contrato dependeria, assim, para além do critério do *objeto*, da verificação de outros critérios – de preferência cumulativos –, como o critério da *sujeição* (em geral, todas aquelas situações em que o interesse público impõe a criação de obrigações ou sujeições especiais para a administração), do *fim* (pela prevalência dos fins de imediata utilidade pública) ou do *direito estatutário* privativo da administração (*Sonderrechtstheorie*). Em suma, pode dizer-se que a posição doutrinal e jurisprudencialmente dominante procede à combinação do *critério do objeto* com o *critério do direito especial* ou *critério estatutário* (*Sonderrechtstheorie*), havendo, do ponto de vista doutrinal, espaço para a aplicação de critérios auxiliares ou integrativos nos casos mais duvidosos. Para mais desenvolvimentos, cfr. A. GERN, “Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag”, *VerwArch*, 1979, pp. 219-220; H. MEYER, Meyer/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 493-497; HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 124-129 e 145-151; LANGE, “Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag”, cit., pp. 313-316; HEIKO FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 250-257; e, entre nós, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 379 e 384-385; e MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, cit., pp. 101-103.

<sup>1161</sup> Sublinhe-se que os §§ 40.1 e 40.2 da Lei de Funcionamento dos Tribunais Administrativos (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*) atribuem à jurisdição administrativa competência para o julgamento dos conflitos que tenham por base os “contratos de direito público”, aí se incluindo não apenas dirimir controvérsias emergentes de contratos administrativos, como também todos os aspetos relacionados com as pretensões indemnizatórias fundadas em incumprimento contratual (§40, 2 da VwGO). Cfr., para mais desenvolvimentos, cfr. ALFONSO MASUCCI, *La Legge Tedesca sul Processo Amministrativo*, Milano, 1991, pp. 10-24.

<sup>1162</sup> Efetivamente, no direito alemão, as aquisições e encomendas públicas são qualificadas tradicional e pacificamente como contratos de direito privado – VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 149. Nos termos do §99 Abs. 1 da Lei da Concorrência (*Gesetz gegen*

São considerados de direito público os *contratos administrativos de coordenação* e de *subordinação*, sejam estes *contratos substitutivos de atos administrativos* ou *contratos obrigacionais (endoprocedimentais)*. Apesar da Lei do Procedimento Administrativo alemã não empregar os termos citados, a doutrina entende unanimemente estarem aí abrangidos na Parte IV da referida Lei os *contratos de coordenação (koordinationsrechtliche Verträge)* e os *contratos de subordinação (subordinationsrechtliche Verträge)*, já que o §54 (2) fixa um conceito *aberto* de contrato administrativo (*numerus apertus*)<sup>1163</sup>. Os primeiros, já

---

*Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*), são encomendas públicas (*Öffentliche Aufträge*) os “contratos onerosos entre entidades adjudicantes e empresas relativos à aquisição de prestações que tenham por objeto fornecimentos, empreitadas ou serviços” e, ainda, as “concessões de obras públicas e procedimentos destinados a conduzir a uma prestação de serviços”. O direito pré-contratual alemão tem pertencido tradicionalmente ao *direito financeiro*, sendo informado pela gestão criteriosa das finanças públicas (interesse público financeiro do Estado). Essas disposições sobre a contratação pública, apoiadas nas *Verdingungsordnungen*, eram entendidas como parte integrante do *direito interno da administração pública*, produzindo os seus efeitos imediatos apenas no seio da administração. Consequentemente, no plano da tutela jurisdicional dos interessados na adjudicação, dada a falta de vinculação externa daquelas regras, os concorrentes não dispunham de qualquer posição subjetiva que contenciosamente protegesse o seu interesse na observância das normas pré-contratuais.

O cenário alterou-se com a transposição das diretivas europeias da contratação pública, porquanto a transposição da disciplina europeia implicava a transformação desse direito meramente interno da administração num direito com eficácia *externa*, suscetível de proteger os concorrentes na adjudicação de contratos públicos e a competição *no* mercado. Assim, a partir de 1999, as alterações exigidas pelo direito europeu foram introduzidas na lei da concorrência (GWB), com a designada “solução jus-concorrencial”, que consistiu em incorporar a regulamentação legal da contratação pública na legislação da concorrência (Parte IV da GWB, nos §§ 97 a 129). Acima dos limiares comunitários, aplicam-se as disposições da GWB, falando-se em “direito *legal e concorrencial* da contratação pública”. Escreve, por isso, JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, “A bipartição do direito alemão da contratação de compras públicas”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, CEDIPRE, 2012, pp. 70-75, que “o direito alemão da contratação de compras públicas (*Vergaberecht*) encontra-se dividido em dois grandes segmentos: um primeiro que reflete os comandos comunitários e um segundo que se manteve fiel à compreensão tradicional desta disciplina que a subtraía em larga medida à intervenção dos tribunais”. Esta dualidade de regime subsiste presentemente no direito alemão, sendo qualificada, de acordo com o Autor, como “bipartição do direito pré-contratual” (*Zweiteilung des Vergaberechts*). Deste modo, “acima dos limiares, a lei concede aos interessados um direito subjetivo à observância das regras pré-contratuais e, simultaneamente, oferece-lhes mecanismos especiais de tutela”. Ao invés, no campo situado abaixo desses limiares, continua a vigorar a conceção tradicional jus-financeira (as ordenações são normas privadas não legitimadas pelo legislador). Aqui, “as regras do procedimento pré-contratual só operam no seio da administração e não a vinculam perante qualquer interessado preterido na escolha da contraparte privada” (*idem*, ob. cit., p. 75). Neste último segmento, a doutrina germânica tem vindo a propor soluções conducentes a uma tutela primária dos interessados preteridos na contratação situada abaixo dos limiares, já que se trata de um tipo de contratação concebida como um *campo vedado aos tribunais*, mas que, paradigmaticamente, representa cerca de 90% das encomendas e aquisições públicas. Para mais desenvolvimentos, cfr., *idem*, ob. cit., pp. 70-104.

Finalmente, existem contratos que visam a prossecução imediata de tarefas públicas (*öffentliche Aufgaben*), mas que não são contratos administrativos segundo o §54 da VwVfG. Referimo-nos a alguns contratos celebrados no âmbito de atividades de tipo prestacional, aos quais se aplicam regras de direito contratual comum e de direito público, de entre as quais se destacam a vinculação aos direitos fundamentais, ao princípio da igualdade ou à obrigação universal de contratar (*Verwaltungsprivatrecht*) – v.g., contratos que regulam o acesso de utentes a instalações desportivas ou centros culturais de titularidade ou gestão pública. Cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 440-447.

<sup>1163</sup> Cfr. H. MEYER, Meyer/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 497-501; ELKE GURLIT, “Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen”, cit., pp. 767-768, e

reconhecidos em geral pela doutrina mesmo antes da entrada em vigor da VwVfG, são *contratos interadministrativos de coordenação*, concluídos entre pessoas coletivas públicas em pé de igualdade, que cooperam na realização de tarefas e atividades comuns ou no cumprimento de deveres legais, disciplinando as condições, os termos e os prazos para esse efeito (v.g., coordenação interadministrativa e gestão de serviços públicos)<sup>1164</sup>. Estes contratos regulam situações jurídicas que não são suscetíveis de ser disciplinadas por ato administrativo unilateral porque a ideia de coordenação está fundamentalmente ligada à correlativa paridade de posições. Já os *contratos de subordinação* [§54, (2)] são concluídos entre a administração e os particulares no âmbito das relações de *supra-infra* ordenação<sup>1165</sup> – de situações que a administração poderia resolver por ato administrativo –, tendo por objeto a regulamentação de uma situação de exercício típico da função administrativa.

Apesar da Lei de Procedimento não submeter os contratos de subordinação ao princípio da taxatividade, entende a doutrina que, para além dos *contratos decisórios ou substitutivos de atos administrativos* (*Verfügungsverträge*), são, igualmente, subsumíveis no §54, 2.<sup>a</sup> parte, da VwVfG os *contratos obrigacionais* ou *endoprocedimentais*, dirigidos à definição consensual do conteúdo discricionário do ato final do procedimento, através dos quais a administração se compromete a praticar (ou a não praticar) um ato administrativo com um certo conteúdo (*Verpflichtungsverträge*)<sup>1166</sup>. Este último configura um típico contrato que tem por *objeto regular os termos do exercício do poder público por ato administrativo*. A Lei do Procedimento menciona duas modalidades de contratos, que merecem regulações especiais nos §55 e 56: os *contratos de transação ou de conciliação* e

---

*Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 27-31; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 211-213; VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 263-331; e HEIKO FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 275-276.

<sup>1164</sup> Segundo H. MEYER, Meyer/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 498-499, esses contratos celebrados entre entidades públicas, não ligadas entre si por uma relação de sujeição, fez com que os mesmos se assumissem como um instrumento privilegiado de coordenação da atividade conjunta de diversas entidades públicas, sendo admitidos pela doutrina antes da entrada em vigor da VwVfG. A explicação para esse facto reside na circunstância de, historicamente, a construção do Estado na Alemanha não ter obedecido totalmente ao figurino da centralização político-administrativa, tendo a estrutura federal e a descentralização administrativa fomentado o recurso a tais contratos.

<sup>1165</sup> Para KLAUS STERN, “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, cit., pp. 143-144, o critério de distinção entre *coordenação* e *subordinação* na doutrina alemã refere-se apenas à *posição* que, em *abstrato*, as partes ocupam numa relação jurídica, nada nos dizendo sobre o conteúdo, interesses ou finalidade do contrato. Está aqui em causa o critério da *posição relativa das partes fora do contrato*. Com base neste critério, quando se trate de situações que a administração poderia tipicamente resolver por forma unilateral e autoritária, fala-se em *subordinação* do particular e *primazia* da administração, embora essa designação (arcaica) de “contrato de subordinação” não seja atualmente bem recebida na doutrina alemã – HANS JOACHIM KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, cit., pp. 672-673.

<sup>1166</sup> Cfr. MEYER/BORGS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 501-507; HANS JOACHIM KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, cit., pp. 681-683; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 211; e HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 374-375.

os *contratos de intercâmbio*. Quanto aos primeiros (*Vergleichsverträge*), dispõe o §55 que pode ser celebrado um contrato administrativo na aceção do §54, (2), por via do qual a *incerteza* existente na consideração razoável de uma situação de facto ou de direito cessa por conciliação mútua, se a autoridade administrativa considerar, segundo discricionariedade adequada, que o recurso à conciliação é oportuno para pôr fim ao estado de incerteza. Nesse caso, o contrato é celebrado antes da emissão de um ato administrativo desfavorável. Por meio da transação visa-se pôr termo a uma situação de incerteza, motivada pela apreciação/avaliação de uma situação de facto ou jurídica, que é resolvida por via de concessões recíprocas (*aliquid datum e aliquid retentum*), sendo a transação o meio escolhido pela administração para pôr fim à incerteza<sup>1167</sup>. Estes contratos, celebrados no domínio do direito fiscal, do direito do urbanismo e do direito processual administrativo, apenas são cabíveis quando a administração possua, por força da lei, faculdades de flexibilização e de moderação de prestações de *facere* a realizar pelos particulares<sup>1168</sup>.

No que tange aos *contratos de conteúdo prestacional (isto é, com contrapartidas), sinalagmáticos ou de intercâmbio* – designados *Austauschverträge* –, dispõe o §56.1 da VwVfG que pode ser celebrado um contrato administrativo na aceção do §54, (2), por via do qual o cocontratante se compromete a realizar uma contraprestação, desde que a mesma seja acordada no contrato para cumprir uma finalidade de interesse público. Note-se que o legislador estabelece regras específicas para o contrato administrativo quanto às contrapartidas que as autoridades administrativas podem exigir aos particulares. Portanto, não é qualquer contrapartida que pode ser voluntariamente entregue pelo particular. Assim, a contraprestação devida tem de ser *adequada às circunstâncias* e deve estar ligada objetivamente à decisão administrativa (*conexão objetiva*). Os contratos de intercâmbio revestem, assim, uma determinada qualidade, baseada na *estrutura* do negócio, já que criam obrigações para *ambas as partes*, mas sem que essas obrigações se encontrem unidas umas à outras por um vínculo de *reciprocidade* ou *interdependência* (“*Austauschverträge sind*

---

<sup>1167</sup> Nos termos do §55 da Lei de Procedimento, para haver contrato de transação necessário se torna para HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 376, seguindo a jurisprudência dominante, que “(1) exista uma incerteza referente a circunstâncias fácticas ou questões jurídicas; (2) que a prática de um ato desfavorável acarrete graves prejuízos (desproporcionados) se emitido contra a pretensão do interessado; (3) e que ambas as partes façam concessões recíprocas”. Cfr., também, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 218-219.

<sup>1168</sup> Quanto às *transações fiscais*, a doutrina aceita-as sempre que as mesmas se encontram previstas em diplomas especiais e quando a administração fiscal está legalmente autorizada a “moderar” a prestação tributária, dispondo de uma margem de livre apreciação ou decisão. Note-se que, em matéria de impostos, são os preceitos normativos da *Abgabenordnung* (e não da *Verwaltungsverfahrensgesetz*) que se consideram aplicáveis aos procedimentos administrativos das autoridades fiscais da Federação e dos *Länder* (*ex vi* §2.2 da VwVfG), assinalando parte da doutrina que, em matéria de *contratos fiscais*, se verifica mesmo uma inversão da regra do §54 da VwVfG, exigindo-se, em qualquer caso, *habilitação legal específica*.



*gegenseitig verpflichtende Verträge*<sup>1169</sup>). Ao compromisso da autoridade administrativa praticar um ato administrativo com um certo conteúdo corresponde o compromisso do particular de realizar uma determinada prestação – constitui esse o âmbito da previsão legal do §56.1., sempre que o órgão administrativo disponha de *podereis discricionários*. Para se dizer de intercâmbio, é necessário que um contrato administrativo reúna determinados pressupostos fixados na lei. Assim, a contraprestação do particular cocontratante deve estar funcionalizada à realização de imperativos de interesse público, tendo que: *ser compatível com uma determinada finalidade pública; servir o cumprimento de tarefas públicas; ser conveniente para o interesse público; e estar em conexão objetiva com a prestação contratual*, ou seja, diretamente ligada ao objeto do contrato e apresentando corresponsabilidade com a prestação da administração<sup>1170</sup>. Por sua vez, o §56.2 da VwVfG

---

<sup>1169</sup> Cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 376. Registe-se, então, que a administração pode acordar com o particular a emissão de um ato (discricionário) favorável, recebendo, como contrapartida, uma determinada prestação para o cumprimento de uma finalidade pública. De notar que se pode tratar de uma prestação não prevista pelas normas que atribuem à administração o poder (discricionário) de praticar esse ato, pelo que também aqui se supera o conteúdo típico (admissível) do ato. Consequentemente, nos contratos de intercâmbio, podem ser entregues à administração prestações que ela não poderia exigir à luz das normas objetivas, caso atuasse por via unilateral. Daí essa negociação situar-se em domínios onde existe margem discricionária de decisão administrativa e fundar-se direta e imediatamente no *consenso* do particular (*rectius*, no *acordo de vontades*).

Quando respeitam os requisitos do §56.2 da VwVfG, os contratos de intercâmbio traduzem uma exceção ao princípio jurídico consolidado, de origem jurisprudencial, da *Koppelungsverbot* ou da “proibição de acoplamento”, segundo o qual a administração não pode incorrer na “venda total de prerrogativas de soberania” (*Ausverkauf der Hoheitsrechte*), condicionando o seu exercício à satisfação de prestações de natureza económica pelo interessado. ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 336-340 e 369-383, entende a *Koppelung* como o entrelaçamento de prestações manifestamente incoerentes ou o acoplamento de decisões administrativas discricionárias com contraprestações económicas carentes de justificação. Por esta via, a administração utilizaria a forma contratual para prosseguir simultaneamente várias finalidades e, como moeda de troca, exigiria prestações indevidas aos particulares e sem conexão objetiva com o objeto do contrato (v.g., impondo-lhes cláusulas com um conteúdo *acrescido* ou *desvantajoso*). Nos contratos obrigacionais, o único meio para afastar a aplicação desse rigoroso princípio jurisprudencial no caso concreto vai, então, consistir num *exercício de controlo* que visa apurar se a prestação entregue pelo particular é *causa* da prática do ato, sem a qual o órgão administrativo nunca praticaria o ato administrativo favorável (conexão objetiva). Além disso, defende-se que não se verifica a proibição de acoplamento (*Koppelungsverbot*), quando, mediante acordo do particular, se afastam normas legais previstas exclusivamente para tutela dos interesses privados e a cuja proteção os particulares possam renunciar, desde que ainda se prossiga o interesse público (geral). Cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 390-391; VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 471-480; e WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 216-218. Na jurisprudência, cfr., entre outras decisões: *BVerwG, NJW 1981, 1747*; *BVerwG, NVwZ 1994, 485*; *BVerwG, NVwZ 2006, 458*; *BVerwGE 124, 385*; *BVerwGE 111, 162, NVwZ 2000, 1285*.

<sup>1170</sup> Cfr. as anotações de KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 689-696; e de H. MEYER, Meyer/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 522-530. Aqueles pressupostos valem não só nas hipóteses de *contrato sinalagmático autêntico*, no qual a prestação e a contraprestação são acolhidas no próprio texto do contrato, mas também quando se trate de *contrato sinalagmático claudicante* (*hinkenden Austauschvertrag*), que contém somente o dever de prestação do cocontratante privado, sendo a contraprestação do contraente público pressuposta pelas partes como base do negócio ou fim do contrato. Exemplo do primeiro tipo é o *contrato de dispensa de construção* (na modalidade de contrato de dispensa mediante pagamento ou cessão de terreno). Também aqui tais pressupostos se verificam: a prestação pecuniária

dispõe que, quando existir uma pretensão jurídica do particular à prática de um ato administrativo, só pode ser acordada uma contraprestação que possa constituir o conteúdo de uma cláusula acessória ao ato administrativo nos termos do §36. Quando não exista qualquer margem de discricionariedade e estejamos na presença de poderes vinculados da administração, deve aplicar-se o preceituado no §54.2., o que significa que apenas serão admissíveis contraprestações que possam constituir o conteúdo de uma cláusula acessória ao ato administrativo, não podendo o contraente público ir além disso<sup>1171</sup>.

A *ratio legis* do §56 é a de impedir que a posição do particular perante a autoridade administrativa se degradasse por comparação com aquela de que gozaria caso a administração optasse por atuar por via unilateral e, bem assim, a de impedir que a administração, ao recorrer ao contrato, pudesse constranger o particular a aceitar certas obrigações manifestamente desproporcionadas ou não previstas para a prática atos administrativos<sup>1172</sup>. Em rigor, tais imposições consubstanciarão autênticas intromissões nos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos carentes de qualquer suporte constitucional e legal.

A regulamentação da VwVfG não se limita a *autorizar* o contrato em direito administrativo, estabelecendo também, ainda que de forma não exaustiva, o respetivo regime jurídico aplicável. No que tange às condições de *forma*, de validade e de *eficácia* dos contratos administrativos, a Lei de Procedimento Administrativo estabelece algumas regras que cumpre, *hic et nunc*, analisar. Em primeiro lugar, o contrato administrativo carece, nos termos do §57 da Lei de Procedimento Administrativo, de *forma escrita*<sup>1173</sup>. Neste capítulo, valem, portanto, exigências mais rigorosas do que as correspondentes ao ato administrativo, que, não obstante ser em geral praticado sob a forma escrita, pode ser ditado sob a forma “eletrónica, oral ou por outra forma” (§37 da Lei de Procedimento Administrativo). A exigência da forma escrita para os contratos administrativos cumpre

---

entregue pelo particular deve ser afeta à construção de lugares de estacionamento; a construção dos lugares de estacionamento satisfaz o interesse público; a prestação pecuniária é conveniente quando corresponde aos custos totais a suportar pela construção do estacionamento; e, finalmente, verifica-se uma conexão objetiva entre as prestações pública e privada, pois a dispensa só é atribuída após a entrega de uma prestação pecuniária pelo requerente da licença, o qual, recorde-se, se encontra, nos termos da lei ou de regulamento municipal, obrigado à construção de lugares de estacionamento. O ente administrativo empregará o valor económico resultante da prestação satisfeita pelo particular para cumprir o mesmo objetivo fixado na norma cuja execução fora objeto de dispensa administrativa (*Dispensvertrag*).

<sup>1171</sup> Assim, cfr. BONK, STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, cit., pp. 1296-1297. Dizendo de outra maneira, na presença de poderes vinculados, o contrato administrativo não pode impor ao particular aquilo que não pudesse constar de uma cláusula acessória de um ato administrativo.

<sup>1172</sup> Cfr. ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht. Ein Studienbuch*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, p. 753.

<sup>1173</sup> *Um contrato de direito público deve ser celebrado por escrito, a menos que outra forma seja prescrita por uma norma.*

uma dupla função: por um lado, é essa a forma que melhor tutela os interesses das partes contratuais, protegendo-as de conclusões precipitadas quanto ao sentido, âmbito e extensão dos vínculos correspondentes (função de advertência ou *Warnfunktion*); por outro, é essa a forma que reproduz mais fielmente o conteúdo e o fim do contrato (função de prova ou *Beweisfunktion*)<sup>1174</sup>, permitindo o afastamento da sua qualificação como atuação administrativa informal.

A isto acresce, para certos contratos administrativos, a necessidade de *consentimento de terceiros* quando o contrato afete a esfera jurídica destes (§58.1<sup>1175</sup>) e, bem assim, a exigibilidade de obter a *autorização, a aprovação ou o acordo de outra(s) autoridade(s) administrativa(s)* com competência dispositiva sobre a matéria (§58.2<sup>1176</sup>). No primeiro caso, sempre que, em virtude de um contrato (seja um *Verfügungsvertrag* ou um *Verpflichtungsvertrag*), a administração afeta os direitos de terceiros (*der in Rechte eines Dritten eingreift*), a eficácia jurídica do contrato fica dependente da aprovação por escrito daqueles. O mesmo vale *mutatis mutandis* para um contrato substitutivo de ato administrativo (*Verfügungsvertrag*), quando, para a emissão desse ato, for necessária a autorização, a aprovação ou o acordo de outra autoridade administrativa. Também aqui se trata de salvaguardar que certas condicionantes legalmente impostas à administração pública não sejam iludidas pela escolha da forma contratual.

Já no que respeita aos problemas da *execução* e da *invalidade* do contrato administrativo, a regulamentação constante da VwVfG, não obstante ordenar um regime jurídico de direito administrativo, procede nestas matérias à combinação de soluções de direito público e de direito privado<sup>1177</sup>, em função da respetiva aproximação às normas específicas da validade dos atos administrativos e da validade dos negócios de direito privado. Para além da aplicação *direta* de disposições do Código Civil (BGB), não é de estranhar que o §62 da VwVfG mande aplicar, supletivamente, aos contratos administrativos as regras gerais estabelecidas na Lei de Procedimento para os atos

---

<sup>1174</sup> Cfr. HEIKO FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 277. Para além da forma escrita, para certos contratos administrativos que preveem a obrigação de transferência da propriedade de imóveis ou de parcelas de terrenos, é necessária a *autenticação notarial*, em conformidade com o disposto no §311 b I do Código Civil alemão.

<sup>1175</sup> *Um contrato de direito administrativo que prejudique os direitos de terceiro somente produz efeitos se o terceiro der a sua aprovação por escrito.*

<sup>1176</sup> *Se um contrato é celebrado, em vez de um ato administrativo, para cuja emissão é necessária, ao abrigo de uma norma, a autorização, a aprovação ou o acordo de outra autoridade administrativa, o contrato só produz efeitos após esta última ter colaborado na forma prescrita.*

<sup>1177</sup> No que respeita à formação, o §9 da VwVfG manda aplicar à formação dos contratos de direito público as normas procedimentais previstas para o ato administrativo.

administrativos e, por analogia, as *disposições do Código Civil (BGB)* com as necessárias adaptações nesta matéria.

Relativamente à *execução* dos contratos, não se consagra um *naipe* de prerrogativas exorbitantes para o contraente público, ao contrário do que sucede no modelo francês de contratação administrativa. A relação contratual entre as entidades adjudicantes e os contraentes privados é estruturalmente marcada pela (tendencial) paridade entre as partes, não dispondo a administração de poderes genéricos de direção e de fiscalização, de modificação e de aplicação de sanções fundadas em *regime administrativo*. Nessa medida, as pretensões contratuais da administração não são resolvidas através de ato administrativo, mas através de *declarações negociais* ou da propositura da competente *ação nos tribunais administrativos*.

Na rúbrica da *patologia do contrato*, o §59 da VwVfG refere-se às consequências da *antijuridicidade* do contrato administrativo, preceito cuja aplicação suscita muitas dúvidas por força da conjugação de normas de direito administrativo com as disposições do BGB. WOLFF/BACHOF/STOBER entendem que o regime legal estabelecido representa uma solução de compromisso entre, por um lado, o princípio *pacta sunt servanda* e a tutela da boa fé e, por outro, o princípio do Estado de Direito e a tutela da legalidade<sup>1178</sup>. No plano da invalidade, o §59 elenca hipóteses de nulidade dos contratos (por determinação da lei)<sup>1179</sup>, não contendo a VwVfG nenhuma cláusula geral de anulabilidade de contratos administrativos, ao contrário do que sucede em matéria de invalidade dos atos administrativos<sup>1180</sup>. O §59.1 aplica-se a todos os contratos administrativos, sejam estes de *coordenação* ou de *subordinação*, ao passo que o §59.2 se aplica apenas aos *contratos de subordinação*, tipificando *outros fundamentos de nulidade* para além do constante do §59.1. Novamente, para compreender as soluções consagradas na lei alemã do procedimento administrativo, é preciso atender aqui ao princípio que postula ser necessário comparar o conteúdo do contrato com aquilo que a administração estaria habilitada a decidir por via

<sup>1178</sup> *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 222.

<sup>1179</sup> (1) *Um contrato de direito público é nulo se a nulidade procede por analogia com as disposições do Código Civil.*

(2) *Além disso, um contrato de direito público, na aceção do § 54, segunda frase, é nulo, quando: 1. um ato administrativo com conteúdo idêntico for nulo; 2. um ato administrativo com conteúdo idêntico for ilegal, salvo se se tratar de um vício de procedimento ou de forma na aceção do §46, e as partes contratantes dele tiverem conhecimento; 3. os requisitos para a conclusão de um contrato de transação não se encontrarem reunidos e o ato administrativo de conteúdo idêntico for ilegal, salvo se se tratar de um vício de procedimento ou de forma na aceção do §46; 4. num contrato de intercâmbio, a autoridade administrativa aceitar uma contraprestação que é inadmissível nos termos do §56.*

(3) *Se a nulidade apenas disser respeito a uma parte do contrato, é nulo na sua totalidade, a menos que se deva supor que o mesmo teria sido celebrado sem a parte nula.*

<sup>1180</sup> Constitui este um dos aspetos que permite diferenciar o regime jurídico do ato do regime jurídico do contrato administrativo – cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 222.

unilateral<sup>1181</sup>. Assim se compreende que o §59.2.1 estabeleça a nulidade do contrato “quando for nulo um ato administrativo com conteúdo análogo” (*mit entsprechendem Inhalt*).

Da remissão geral do §59.1 da VwVfG para as prescrições de nulidade resultantes do BGB que possam ser aplicadas analogicamente ao contrato administrativo, resulta que um contrato administrativo é *nulo* quando: uma parte contratante for incapaz de contratar ou incapaz de atuar (§105 do BGB); exista reserva mental ou simulação nos termos dos §§ 116-118 do BGB; o contrato viole uma prescrição de forma geral (§125 do BGB) ou especial (v.g., autenticação notarial – §313 do BGB); o contrato viole os bons costumes (§138 do BGB); o representante atue sem poder de representação (§§ 164 e segs. do BGB); e o contrato viole as disposições relativas à falta e vícios da vontade que gerem nulidade (erro, dolo ou coação – §§ 119, 120 e 123 do BGB). Problema discutido pela doutrina alemã consiste na aplicação do §134 do BGB, relativo à nulidade dos negócios jurídicos contrários à lei<sup>1182</sup>. A aplicação direta e imediata desse preceito normativo aos contratos administrativos colocaria em sério risco a estabilidade e a utilidade da instituição contratual no direito administrativo, porquanto todos os contratos antijurídicos (*scilicet*, que violem a lei) seriam nulos, seja por vícios materiais, seja por vícios de forma ou de procedimento. Ora, quem defende a aplicação do §134 do BGB aos contratos administrativos tem necessariamente que resolver o problema da sua alegada contradição com o §59.2, II, da VwVfG, pois segundo este último preceito legal nem toda a infração de uma norma imperativa provoca a nulidade do contrato. Da interpretação do §59.2, II, resulta uma diretriz de *irrelevância dos vícios de forma e de procedimento* na aceção do §46 da VwVfG, sendo inquestionável que na *mens legislatoris* não se deveria cominar a sanção da nulidade para os vícios de forma e de procedimento<sup>1183</sup>. Para além disso, advogar, sem mais, a aplicação do §134 do BGB acabaria por esvaziar as hipóteses de nulidade elencadas no §59.2, já que, sendo todos os contratos antijurídicos nulos perante o §59.1, a enumeração feita pelo §59.2 tornar-se-ia inútil.

No entanto, como adverte HARTMUT MAURER, a exclusão da aplicação do §134 do BGB teria, por sua vez, consequências graves, na medida em que poderiam permanecer fora do filtro do §59.2, I e II da VwVfG *contratos ilegais* que, com o decurso do tempo, se

<sup>1181</sup> Escreve WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., pp. 68-69, que o contrato não deve tornar-se um “atrativo para a administração como «via de evasão» da vinculação à lei, pois essa fuga é, em todo o caso, juridicamente irrealizável”.

<sup>1182</sup> Defendendo tal aplicação, cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 223-225.

<sup>1183</sup> Por exemplo, a violação da exigência da forma escrita prevista no §57 da VwVfG poderia gerar a nulidade do contrato administrativo, não com base no §59.2, mas por via da aplicação do §59.1 da VwVfG, em conjugação com o §134 ou com o §125 do BGB, solução que traduziria um formalismo excessivo.

tornariam inimpugnáveis<sup>1184</sup>. Por essa razão a jurisprudência (*BVerwGE* 98, 58, 63) adotou uma posição intermédia no que tange à aplicação do §134 do BGB aos contratos administrativos: não é toda e qualquer infração à lei que motiva a aplicação daquele dispositivo legal, mas somente uma “antijuridicidade qualificada” (*qualifizierten Fall der Rechtswidrigkeit*)<sup>1185</sup>. Em conformidade, distinguem-se as hipóteses de “contratos administrativos antijurídicos-ordinários” (*einfach-rechtswidrigen Verwaltungsverträge*) que, apesar da antijuridicidade, podem provisoriamente ser eficazes e tornar-se inimpugnáveis, dos “contratos administrativos de antijuridicidade qualificada” (*qualifiziert-rechtswidrigen Verwaltungsverträge*), que, de antemão, são nulos (improdutividade total de efeitos jurídicos)<sup>1186</sup>. Também se extrai da interpretação conjunta dos §§ 59.1 da VwVfG e 134 do BGB a nulidade dos contratos administrativos que violem *prescrições coercitivas* (*zwingenden Vorschriften*) do direito europeu (*Verstoß gegen EG-Recht*). Esta nuance conhece enorme relevância prática no que concerne aos contratos de subvenção (*Subventionsverträge*), que infringem os artigos 107.º e 108.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE): se tais contratos violarem a proibição de auxílio estatais do artigo 107.º do TFUE, sendo essa contrariedade face ao direito europeu comprovada pela Comissão nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 108.º do TFUE, os mesmos são nulos<sup>1187</sup>.

Já quanto às hipóteses de nulidade tipificadas no §59.2, note-se que o preceituado do §59.2, III e IV, diz respeito especificamente aos contratos de transação e aos contratos de intercâmbio e determina a nulidade sempre que os requisitos para a conclusão daqueles contratos não se verifiquem. O §59.2, I, dispõe que um contrato de direito público é nulo quando for nulo um ato administrativo com conteúdo análogo, o que justifica uma remissão

---

<sup>1184</sup> *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 395, citando exemplos de contratos em que tal poderia ocorrer.

<sup>1185</sup> Em sentido idêntico, cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 223-225.

<sup>1186</sup> Tem-se posto o problema de saber o que se entende por “antijuridicidade qualificada” para efeitos de aplicação do §134 do BGB ao contrato administrativo. MAURER indica alguns critérios: os contratos administrativos que sofram de um *vício especialmente grave* por violação do *fim da lei*; a *evidência* para o *cidadão médio*, numa avaliação razoável das circunstâncias, quer da ilegalidade, quer da gravidade; a repercussão na satisfação do *interesse público*. Em todo o caso, MAURER reconhece a necessidade de se realizar uma *ponderação* dos interesses públicos e privados em jogo no que se refere à manutenção do contrato, apesar da sua antijuridicidade – *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 395-397. Defendendo, também, a aplicação do §134 do BGB aos contratos administrativos, cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 223-225. Para mais desenvolvimentos no panorama atual, cfr. ELKE GURLIT, “Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen”, cit., pp. 793-800.

<sup>1187</sup> Questão distinta é a de saber se um contrato de subvenção foi celebrado não tendo sido a Comissão Europeia informada para se pronunciar sobre a incompatibilidade do auxílio face ao ordenamento jurídico europeu. Da violação do artigo 108.º, n.º 3 do TFUE (*dever de informar a Comissão Europeia*) não resulta, para a doutrina germânica, a nulidade *ipso iure* do contrato de subvenção, mas tão-só a sua ineficácia até à decisão definitiva da Comissão Europeia, interpretação conforme ao direito comunitário ancorada no §58 (2) da VwVfG (*necessidade de aprovação ou autorização de outra autoridade administrativa*) – cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 555-556.

para o §44 da VwVfG, que elenca as hipóteses de atos administrativos nulos. Quando a ilegalidade de um ato de conteúdo análogo der lugar apenas à anulabilidade, o contrato só será nulo se a ilegalidade for conhecida pelas partes – *ex vi* §59.2.2. Assim, o §59.2.2 prescreve a sanção da nulidade do contrato quando os atos com conteúdo análogo forem ilegais (anuláveis), desde que ambos os contraentes dela tenham conhecimento. A *ratio essendi* dessa norma legal visa impedir que as partes contratantes, por atuação consciente, voluntária ou querida, pudessem violar a lei ou iludir prescrições legais, não adquirindo, em princípio, relevância as questões de procedimento e de forma. Especial interesse adquire o problema da violação de normas imperativas, como, por exemplo, de normas que constituem requisito de validade do ato administrativo. Parte da doutrina interroga-se sobre o sentido interpretativo do §59.2, II, porquanto comina-se a sanção de nulidade do contrato quando o ato de conteúdo análogo for anulável (excluindo-se os vícios de forma e de procedimento nos termos do §46), desde que o(s) vício(s) fosse(m) conhecido(s) pelas partes. Esta condição visa dar corpo ao *princípio da confiança*, mas também demonstra a dificuldade de transformar a patologia típica do ato na patologia do contrato administrativo. Pense-se num contrato substitutivo do ato administrativo, obtido na ausência dos pressupostos substanciais para a emissão do próprio ato: essa ilegalidade não produziria logo a nulidade, *se não fosse conhecida por todos os contraentes*. Para além disso, VOLKER SCHLETTE adverte para o facto de que, não se verificando qualquer fundamento de nulidade, o §59 da VwVfG deixar a descoberto contratos administrativos antijurídicos, razão pela qual a administração, que se obrigara à prática de um ato administrativo com um certo conteúdo, se encontrar vinculada a produzir o ato, não obstante a invalidade do contrato<sup>1188</sup>.

Quanto à disciplina da *relação jurídica contratual*, os deveres de prestação assumidos devem ser pontualmente cumpridos, sendo esse o *desenlace normal* do cumprimento de obrigações contratuais (*pacta sunt servanda*). Por remissão do §62 da VwVfG, ao cumprimento dos contratos administrativos são aplicáveis as regras gerais estabelecidas no Código Civil com as necessárias adaptações, designadamente os §§ 241 e segs., 273, 280 e 320 do BGB, respeitantes à mora, ao cumprimento defeituoso, ao incumprimento definitivo, à impossibilidade objetiva e subjetiva, à *culpa in contrahendo* e à obrigação de indemnização<sup>1189</sup>. Mas o cumprimento integral do contrato pressupõe a manutenção dos pressupostos de facto e de direito que fundaram a decisão de contratar.

---

<sup>1188</sup> *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 541-542, referindo que essas invalidades, contudo, reduzem-se a “poucas infrações legais em zonas marginais”. A esse problema voltaremos *infra*, 59..

<sup>1189</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a remissão para as normas do BGB, cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 580-606.

Assim, especial atenção merece, agora, o problema da aplicação da teoria da *alteração das circunstâncias* aos contratos administrativos.

Caso essas circunstâncias se tenham modificado de tal forma que não é possível ou razoável exigir de uma das partes a manutenção das disposições contratuais iniciais, então há que encontrar soluções adequadas<sup>1190</sup>. O §60<sup>1191</sup> regula os problemas da *adaptação* e da *resolução* do contrato administrativo sempre que circunstâncias fácticas ou jurídicas que estão na sua base se modifiquem. Trata-se de uma regulação legal que concretiza a doutrina civilística da alteração das circunstâncias que formam a base do contrato (“desaparecimento da base contratual” – *wegfall der Geschäftsgrundlage*), intrinsecamente ligada ao princípio da boa fé<sup>1192</sup>. A alteração global das condições da realização do contrato pode agravar os encargos de uma das partes, tornando a sua posição mais onerosa e provocando, em consequência, a necessidade de modificação ou de resolução do contrato.

Deste modo, o §60 estabelece um *mecanismo de reequilíbrio das condições contratuais* quando as condições originais negociadas resultem substancialmente alteradas. Trata-se de um verdadeiro direito do contraente prejudicado pelos factos supervenientes, que pode solicitar um ajuste do conteúdo do contrato às circunstâncias alteradas ou, no limite, *rescindi-lo*, se esse ajuste não puder ser exigido ou não for possível ao outro contratante<sup>1193</sup>. Nessa medida, distingue-se a *pretensão de adaptação* (*Anpassung des*

---

<sup>1190</sup> Cfr. W. SPANOWSKY, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, cit., pp. 271-272.

<sup>1191</sup> (1) *Se as circunstâncias que foram determinantes para a fixação do conteúdo do contrato se tiverem modificado desde a celebração na sua forma essencial, de tal modo que a manutenção das cláusulas do contrato original não pode ser exigida a uma das partes, esta pode solicitar um ajuste do conteúdo do contrato às circunstâncias alteradas ou rescindi-lo se esse ajuste não for possível ou não puder ser exigido ao contratante. A autoridade administrativa pode também resolver o contrato para prevenir ou eliminar graves prejuízos para o interesse público.*

(2) *A resolução deve ser realizada por escrito, a menos que outra forma esteja prevista por norma legal. Ela deve ser fundamentada.*

<sup>1192</sup> Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 226.

<sup>1193</sup> O acautelamento de eventuais alterações supervenientes do interesse público e, bem assim, o reequilíbrio das condições contratuais fazem-se com base na cláusula *rebus sic stantibus*, prevista no §60.1 e invocável por ambas as partes. A VwVfG concedeu, portanto, à parte desfavorecida o direito à adaptação do contrato quando se torne insuportável ou intolerável a execução das obrigações contratuais. A doutrina sustenta que o legislador foi sensível à ocorrência de *alterações de facto ou de direito* na definição do regime substantivo do contrato administrativo, razão pela qual a cláusula *rebus sic stantibus* e o cânone da *interpretação corretiva* podem ser invocados com mais facilidade nos contratos administrativos (mais sensíveis às alterações de facto e de direito) do que nos contratos de direito privado. Assim, quando se recorre aos §§ 313 (instituto da alteração das circunstâncias, regulado no Código Civil depois da reforma do direito das obrigações de janeiro de 2002) e 242 (princípio da boa fé) do BGB, pressupõe-se a verificação das seguintes condições: as circunstâncias que foram determinantes para a fixação do conteúdo do contrato modificaram-se desde a celebração do mesmo na sua forma essencial; a alteração das circunstâncias ocorreu objetivamente fora do domínio de influência das partes; e a alteração das circunstâncias ultrapassou os riscos inerentes ao próprio contrato. Já no que tange à *alteração das circunstâncias de direito*, a cláusula *rebus sic stantibus* cobre as hipóteses em que uma alteração legislativa posterior modifica o enquadramento jurídico do contrato celebrado,



*Vertragsinhalts*) do direito de *resolução do contrato (Kündigungsrecht)*. Assim, segundo o §60.1, 1.<sup>a</sup> parte, a execução do contrato não pode ser exigida se as circunstâncias determinantes da sua celebração se modificarem, de modo essencial ou substancial, depois da sua conclusão, quando se revelar contrário ao princípio da boa fé manter as obrigações de uma das partes. Neste caso, a parte afetada pode pedir a *adaptação do contrato* às circunstâncias modificadas, mediante *declaração negocial* emitida no exercício de um direito potestativo<sup>1194</sup>.

Já o *poder de resolução* tem natureza ambivalente: por um lado, sendo invocável por ambas as partes, pode fundar-se na *alteração das circunstâncias* nos termos do §60.1, 1.<sup>a</sup> parte, quando as circunstâncias que foram determinantes para a fixação do conteúdo do contrato se tiverem modificado desde a sua celebração, de tal modo que o ajustamento se mostrou impossível, insuportável ou intolerável (*subsidiären Kündigung*); e, por outro, sendo invocável apenas pelo contraente público nos termos do §60.1, 2.<sup>a</sup> parte, quando a superveniência de circunstâncias impossibilite o reequilíbrio contratual e a resolução constitua o único meio para prevenir ou eliminar *graves prejuízos para o interesse público (außerordentliche Kündigung)*<sup>1195</sup>.

---

alterando as condições iniciais acordadas. De fora parecem ficar outras alterações legislativas ou regulamentares pertinentes, cuja disciplina se aplica à execução do contrato e torne impossível o seu cumprimento (situações que já seriam acauteladas, caso se considerasse a aplicação da *teoria do facto do príncipe*, implicando diretamente a modificação ou extinção do contrato). Cfr., a este respeito, KLAUS STERN, “Die clausula *rebus sic stantibus* im Verwaltungsrecht”, *Festschrift für Paul Mikat*, 1989, pp. 775-792, RALF KÖBLER, *Die «clausula rebus sic stantibus» als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Mohr Siebeck, 1991, pp. 11-12 e 117-119; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 225-226; e VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 610-619.

<sup>1194</sup> Cumpre enfatizar que não está em causa um poder público de modificação unilateral do contrato exercido através de ato administrativo. É que, no direito alemão, a declaração emitida pela entidade pública contratante ao abrigo do §60 (1), última frase, deve ser qualificada não como um ato administrativo, mas como uma *declaração negocial*, emitida no exercício de um direito potestativo. Esse direito potestativo configura-se como um direito dependente de exercício judicial. Sobre a natureza dos atos pelos quais os poderes públicos são exercidos na execução do contrato administrativo, cfr. F. KOPP, “Die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge als Verwaltungsakte?”, *BayVBl*, 1980, pp. 609-612; J. FLUCK, *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt*, cit.; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 227; e HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 404. Se a outra parte contratante recusar os termos da modificação do contrato, a forma processual adequada é a que corresponde à nossa ação administrativa comum (a *Leistungsklage*), tendo em vista um pedido de modificação do contrato com fundamento na alteração das circunstâncias.

<sup>1195</sup> HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 393, interpreta o §60 (1), 2.<sup>a</sup> parte como uma “cláusula de urgência” (*Notstandsklausel*), que o contraente público pode utilizar quando, confrontado com a alteração de circunstâncias de facto ou de direito, haja que prevenir ou eliminar graves prejuízos para o interesse público. A orientação dominante entende que o contraente público (e só o contraente público) dispõe de um *poder de resolução especial ou extraordinário* para intervir unilateralmente na regulação contratual, nos termos do §§60.1, 2.<sup>a</sup> parte, e 60.2, sendo utilizado “*para prevenir ou eliminar graves prejuízos para o interesse público*”, independente da alteração das condições originárias. Contudo, essa resolução, por um lado, é um *remédio excepcional* para tutela de interesses públicos que estão fora do contrato,

Como veremos em lugar próprio, esta abertura concedida à administração para resolver o contrato nesta última hipótese mostra-se passível de provocar *prejuízos* na esfera jurídica do cocontratante, de molde que o legislador alemão determina que as condições para o exercício desta resolução são equivalentes às da *revogação por razões de interesse público de atos administrativos produtores de vantagens para os particulares*. O contraente público fica, por isso, obrigado ao pagamento de *indenização* devida ao cocontratante pelos prejuízos causados, que se funda analogicamente nas normas de revogação de atos administrativos favoráveis [§49 (6), da VwVfG].

Por último, a disciplina da execução do contrato administrativo é complementada com o §61, que prevê formas (voluntárias) simplificadas e céleres de execução coativa das prestações contratuais<sup>1196</sup>. Tanto o contraente público como o cocontratante privado podem sujeitar-se à *execução imediata* de um contrato administrativo, através de uma *declaração de submissão à execução*. Se a administração torna dependente a conclusão de um contrato de uma declaração correspondente do cocontratante, na qual este aceita submeter-se à execução do contrato administrativo, isso significa que ela pode lançar mão das formas executórias típicas do ato administrativo. Por seu lado, se o contraente público aceitar submeter-se à execução do contrato administrativo, o cocontratante privado dispõe de um título semelhante àquele que permite a execução de decisões por um juiz administrativo. Assim, a “declaração de submissão torna o contrato um título executivo. Se esta for emitida, então pode a própria autoridade administrativa impor as suas exigências contratuais de acordo com as regras dos atos administrativos e o particular realizar as suas exigências contratuais segundo as prescrições sobre a execução das sentenças administrativas [...], na

---

devendo, por isso, ser objeto de específica fundamentação (*Gemeinwohl*), e, por outro, está subordinada às restrições impostas pelos princípios da proporcionalidade e da confiança, podendo basear pretensões indemnizatórias, que se fundamentam analogicamente nas normas de revogação de atos administrativos favoráveis [§49.6, da VwVfG]. Sobre este entendimento, cfr. KOKOTT, “Entschädigungsfragen bei der Ausübung des einseitigen Kündigungsrechts der Behörde beim öffentlich-rechtlichen Vertrag (§ 60 Abs. I Satz 2 VwVfG)”, *Verwaltungsarchiv* 83 (1992), pp. 503-526, com diversas referências sobre a doutrina dominante.

<sup>1196</sup> (1) *Cada cocontratante pode sujeitar-se à execução imediata de um contrato de direito público, na aceção do §54, segunda frase. A administração, neste caso, deve ser representada pelo chefe da autoridade administrativa ou pelo agente de serviço público que reúna os requisitos do § 110, primeira frase, da Lei Alemã dos Juízes (“Deutsche Richtergesetzes”).*

(2) *A lei de execução administrativa coativa da Federação aplica-se por analogia aos contratos de direito público, na aceção do preceituado anterior, primeira frase, se for cocontratante uma autoridade administrativa, nos termos do §1, 1, n.º 1. Se uma pessoa singular ou coletiva de direito privado ou uma associação sem capacidade jurídica pretender executar um crédito monetário, o § 170, 1 a 3 da Lei de Justiça Administrativa aplica-se por analogia. Se a execução é dirigida contra uma autoridade administrativa, nos termos do § 1, 1, n.º 2, para forçar uma atuação ou omissão, o §172 de Lei da Justiça Administrativa aplica-se por analogia.*

prática isso significa que os contratos administrativos podem ser executados com uma cláusula executiva como atos administrativos ou sentenças judiciais”<sup>1197</sup>.

No plano do contencioso administrativo, aplicam-se os meios processuais previstos na Lei de Funcionamento dos Tribunais Administrativos (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*). Assim, o § 40.2 atribui à jurisdição administrativa competência para o julgamento dos conflitos que tenham por base os “contratos de direito público”, aí se incluindo não apenas as *exigências de cumprimento*, como também todos os aspetos relacionados com as *pretensões indemnizatórias* fundadas em incumprimento contratual ou fundadas na *culpa in contrahendo* [§40, 2 da VwGO]<sup>1198</sup>. Em regra, as partes fazem valer as pretensões contratuais através da *Leistungsklage* (que *grosso modo* corresponde à nossa ação administrativa comum), mas no que toca aos contratos obrigacionais, há quem defenda que a forma processual adequada é a que corresponde à nossa ação administrativa especial, para a condenação à prática de ato administrativo (a *Verpflichtungsklage*)<sup>1199</sup>.

Refira-se, para finalizar, que o âmbito do contrato administrativo no direito alemão é, atualmente, muito vasto, abrangendo diversas áreas, desde a administração agressiva ou ablativa (*Eingriffsverwaltung*), como a administração urbanística, a administração fiscal e a administração do ambiente e da proteção da natureza (*Vertragsnaturschutz*), à administração prestacional (*Leistungsverwaltung*) e à administração económica e empresarial (*Wirtschaftsverwaltung*). Mais recentemente, o contrato administrativo viu-se instituído como instrumento primacial ao serviço do novo modelo de pilotagem e de governança das autoridades públicas (*steuerung durch konsens*)<sup>1200</sup>, seja no interior da

---

<sup>1197</sup> Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 228; e HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 405. Sublinhe-se que a declaração de submissão da autoridade administrativa à execução carece de *autorização* da autoridade de inspeção tecnicamente competente, ao passo que a declaração de submissão do particular à execução constitui um ato jurídico praticado ao abrigo da sua autonomia da vontade, o que, na prática, facilita a conclusão de contratos administrativos. Todavia, se essas declarações de submissão à execução não se verificarem, não há como negar que a opção pela forma contratual implicou uma disponibilidade de *escolha de regime jurídico substantivo pela administração* – em particular, no que se refere à *autotutela executiva* –, já que, em caso de litígio, terá que submeter-se aos tribunais administrativos a execução forçada das prestações contratuais, deixando de existir qualquer privilégio de execução prévia, ao invés do que sucederia, por via de regra, se uma tal competência decisória tivesse revestido a forma de ato administrativo.

<sup>1198</sup> Assim, cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 226-227, defendendo que a natureza contratual do negócio proíbe que a administração pratique atos administrativos durante a execução do contrato, fazendo valer as suas pretensões sob essa forma. Constitui esta uma marca decisiva do contrato administrativo alemão face ao contrato administrativo de modelo francês.

<sup>1199</sup> Cfr. J. FLUCK, *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt*, cit., pp. 83-85; e VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 648.

<sup>1200</sup> Cfr. os desenvolvimentos expedidos a esse propósito na Parte I, 25., no contexto da *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*.

esfera administrativa e na relação entre entes públicos, seja através da cooperação com o setor privado. Neste último domínio, têm vindo a assumir particular relevância os contratos de cooperação (*kooperation-rechtlicher Verträge*), através dos quais os particulares participam na *execução de tarefas administrativas* no contexto de uma relação administrativa marcada pela tendencial paridade de posições<sup>1201</sup>.

Muito para além das normas reguladoras da Lei de Procedimento Alemã relativas ao *öffentlichrechtlichen Vertrag*, é nos setores administrativos especiais que encontramos outras modalidades de contratos administrativos, indicadoras de um movimento de expansão dos *contratos sobre o exercício de poderes públicos* na atividade administrativa.

O primeiro domínio é o do direito administrativo da socialidade (*Sozialverfahrenrecht*), encontrando-se aí o contrato administrativo previsto como figura de utilização geral nos §§53 a 61, Livro X, do Código Social (*Sozialgesetzbuch*), para a atribuição de prestações sociais (§11, Parte Geral, do *Sozialgesetzbuch*). Nestes termos, o contrato administrativo pode ser utilizado como forma jurídica destinada a regular a concessão de prestações ou auxílios sociais, quando essa atribuição se encontre dentro da margem de livre apreciação discricionária da entidade concedente (*ex vi* §11, Parte Geral, e §53, Livro X, do *Sozialgesetzbuch*). Já quando resulta diretamente da lei um *direito* à prestação social, o contrato encontra-se excluído, constituindo o ato administrativo a forma jurídica obrigatória. Esta restrição traduz, em certa medida, uma desconfiança do legislador que não pretende remeter para a negociação a regulação jurídica de direitos sociais ou de pretensões jurídicas que decorrem direta ou indiretamente da lei<sup>1202</sup>. Em tais hipóteses, é proibido o recurso ao contrato administrativo.

O segundo domínio diz respeito ao direito do urbanismo (*Baurecht*), sendo previsto tanto no *Bauordnungsrecht*, como no *Städtebaurecht*. Como observam WOLFF/BACHOF/STOBER, “o direito do urbanismo há muito que vem desempenhando uma função pioneira no domínio do direito contratual da

---

<sup>1201</sup> Efetivamente, cresceu a importância conferida aos contratos celebrados entre a administração e os particulares, tendo por objeto a realização direta e imediata de tarefas públicas (v.g., certas modalidades de contratos de delegação de tarefas públicas, de parcerias público-privadas). Por essa razão, surgiram algumas propostas para incluir na regulamentação da VwVfG os *contratos de cooperação* celebrados entre a administração e os particulares, por esta via acautelando a realização de alguns valores fundamentais de direito público (v.g., execução do contrato, direito especial de resolução, consequências das invalidades contratuais). GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, *Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts: Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership*, Bundesministerium des Innern, 2001, e JAN ZIEKOW, *Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz* (Juni 2001), beide Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, www.bmi.de (7.10.2002), emitiram pareceres, a pedido do Ministério do Interior da Alemanha, no sentido de integrar a matéria da cooperação administrativa com o setor privado num novo Capítulo da VwVfG (intitulado “cooperação no exercício de funções públicas” ou “*Zusammenwirken bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben*”), cujas *factispecies* contratuais (*Kooperationsverträge, Gesellschaftsverträge, Leistungsverträge*) deveriam ser integradas (ou ficar em secção autónoma) da regulamentação do contrato administrativo na Parte IV. Em ambas as soluções, os contratos de cooperação ficariam sujeitos à regulamentação jurídica da lei do procedimento.

<sup>1202</sup> Cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 306-312, referindo, ainda, diversas modalidades especiais daquilo que qualifica como “*Leistungserbringungsverträge*”; e WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 206.

administração pública”<sup>1203</sup>. Sobretudo após a entrada em vigor do Código do Urbanismo (*BauGB*) de 1998, os contratos urbanísticos (*städtebauliche Verträge*) conheceram um forte impulso na atividade administrativa. O sistema urbanístico alemão assenta sobre o designado *princípio da planificação urbanística de âmbito municipal em dois degraus* (*Prinzip der Zweistufigkeit der Bauleitplanung*): o plano de utilização de zonas ou plano de zonamento (*Flächennutzungsplan*) e o plano de urbanização ou plano de utilização do solo com fins de edificação (*Bebauungsplan*). Se o primeiro se destina a disciplinar o uso geral dos solos no interior do município, vinculando quer este último, quer as demais autoridades públicas (sem que, todavia, esteja dotado de eficácia plurisubjetiva), ao segundo encontra-se cometida a tarefa de estabelecer vinculativamente para os cidadãos a natureza e a intensidade de utilização dos solos (integrados em sectores determinados do município), sem contrariar as disposições contidas no *Flächennutzungsplan* [§§ 5 a 7 e §§ 8 a 10, do *BauGB*]. Em qualquer das hipóteses, e por força do § 1.4 *BauGB*, impende sobre os planos uma obrigação de *adaptação*, impondo o referido preceito que os planos urbanísticos se adaptem (*anpassen*) aos fins de ordenamento do território, estabelecidos nos planos de ordenamento do território que abrangem toda a área de um *Land* (*Raumordnungsplänen für das Landesgebiet*) e nos planos regionais, que se referem a uma parte do território do *Land* (*Regionalplänen*).

Sem perder de vista as eventuais dificuldades emergentes da celebração de qualquer contrato de direito público (relacionadas, primordialmente, com a possibilidade de modificação de exigências legais por via contratual), o direito do urbanismo alemão consagra, em termos muito latos, a possibilidade de os municípios celebrarem *contratos urbanísticos* (*städtebauliche Verträge*), caracterizando-se a prática urbanística alemã pela nítida tendência para o consenso, logo a partir dos anos 90 do século passado. Encontrando já antecedentes nos instrumentos legais de execução dos planos (*Planverwirklichungsgebote*), previstos desde a *Städtebauförderungsgesetz* de 1971, a admissibilidade dos contratos urbanísticos está hoje plasmada no § 11 *BauGB*<sup>1204</sup>. A intervenção legislativa nesta matéria surge orientada por um triplo propósito: constituir um instrumento de redução da conflitualidade entre o município e os promotores, promover a correta definição da tarefa urbanística como tarefa comum do sector público e do sector privado e legitimar a prática da celebração de contratos no âmbito urbanístico<sup>1205</sup>. O *objeto* destes contratos (*Planausarbeitungsverträge*) é indicado, exemplificativamente, no § 11/1, frases 1 a 4, do *BauGB*, estatuidando o n.º 4 do mesmo preceito que “a admissibilidade de outros contratos urbanísticos não é afetada” pela referida indicação exemplificativa<sup>1206</sup>. Permite, assim, o direito

<sup>1203</sup> *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 207.

<sup>1204</sup> Cfr. BICK, “Städtebauliche Verträge”, cit., p. 154; e KRAUTZBERGER, “Städtebauliche Verträge in der praktischen Bewährung”, cit., p. 1.

<sup>1205</sup> Cfr. KRAUTZBERGER, “Zum Stellenwert von städtebaulichen Verträgen im heutigen Städtebau”, cit., p. 1, e “Städtebauliche Verträge in der praktischen Bewährung”, cit., p. 407; e BICK, “Städtebauliche Verträge”, cit., p. 154.

<sup>1206</sup> Aliás, o próprio *BauGB* admite, noutros preceitos, a existência de contratos urbanísticos diversos dos elencados no § 11: assim acontece, v.g., com o contrato através do qual os *Gemeinde* delegam num privado a preparação e realização de diligências procedimentais (§4b), com o contrato de urbanização (§124) ou com o contrato de reabilitação urbana (§171c). Cfr. KRAUTZBERGER, “Zum Stellenwert von städtebaulichen Verträgen im heutigen Städtebau”, cit., p. 2; e ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 36-41. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 265-297, elenca, ainda, outros tipos de contratos urbanísticos, designadamente o *Projektmittlervertrag*, o *Erschließungsvertrag*, o *Folgekostenvertrag* e o *Baudispensvertrag* (na modalidade de *Stellplatzdispensvertrag*).

germânico não apenas os *contratos de gestão urbanística (Vorhabenträgerverträge)*, isto é, aqueles que têm por objeto “a preparação ou a realização de operações urbanísticas pelo cocontratante a expensas suas” (*die Vorbereitung oder Durchführung städtebaulicher Massnahmen durch Vertragspartner auf eigene Kosten*), mas também o *contratos para planeamento (Bauplanungsabreden)*, ou seja, aqueles que têm por objeto “a elaboração de planos urbanísticos, bem como, sendo necessário, do relatório ambiental” (*die Ausarbeitung der Städtebaulichen Planungen sowie erforderlichenfalls des Umweltbericht*), viabilizando dentro destes os contratos na fase preparatória ou no decorrer do planeamento urbanístico<sup>1207</sup>.

O terceiro domínio é o do direito do ambiente (*Umweltrecht*), âmbito de atuação informado por um *princípio da cooperação* (§§6 EUGB-Parte Geral e 7 UGB-KomE) e pelo recurso a *acordos e contratos ambientais* diversos<sup>1208</sup>. Geralmente, distinguem-se os contratos no direito das emissões (*Verträge im Immissionsschutzrecht*), tais como os contratos de adaptação ambiental (*Duldungsverträge*), dos contratos na conservação da natureza (*Verträge im Naturschutzrecht*). A importância que a disseminação do contrato representa no domínio da conservação da natureza (v.g., cooperação com as associações e os proprietários agrícolas nos domínios da biodiversidade e na utilização de produtos químicos), conduziu as entidades administrativas a adotarem a estratégia ou o paradigma da “proteção ambiental contratual” (*Vertragsnaturschutz*)<sup>1209</sup>.

Um quarto domínio concerne ao direito fiscal e tributário (*Steuer und Abgabenrecht*). Uma parte da doutrina assinala que, em matéria de *contratos fiscais*, se verifica uma inversão da regra do §54 da VwVfG, exigindo-se, em qualquer caso, *habilitação legal específica* para a celebração de contrato<sup>1210</sup>. Apesar de tradicionalmente o contrato estar afastado da conformação da relação jurídica fiscal por alegada violação do princípio da legalidade fiscal e da homogeneidade da tributação<sup>1211</sup>, é possível aventar hipóteses em que as autoridades fiscais estão legalmente autorizadas a acordar com os contribuintes a determinação da matéria coletável, a fim de evitar divergências (v.g., avaliação/determinação de valores, estimativas e juízos de prognose) ou, ainda, hipóteses de transações fiscais relativas a factos tributários (v.g., entrevista final, perdão de dívida e suspensão ou limitação da execução do ato tributário por razões de equidade). Nesta matéria, são incontornáveis os estudos de ROMAN SEER<sup>1212</sup>, com base nos quais a jurisprudência alemã tem vindo a admitir a validade dos acordos de fixação de factos (*tatsächlichen Verständigung*), em particular na fixação da matéria tributável. O

<sup>1207</sup> Cfr. KRAUTZBERGER, “Städtebauliche Verträge in der praktischen Bewährung”, cit., p. 408.

<sup>1208</sup> Cfr. *Besonderes Verwaltungsrecht*, II, Ehlers/Fehling/Pünder, Hüthig Jehle Rehm, 2013, pp. 382-383; e WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 208.

<sup>1209</sup> Cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 634-649; e VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 300-304.

<sup>1210</sup> Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 206. Note-se que a *Abgabenordnung* representa um diploma especial que afasta a aplicabilidade das normas da *Verwaltungsverfahrensgesetz* no que aos procedimentos administrativos das autoridades fiscais da Federação e dos *Länder* diz respeito (*ex vi* §2.2 da VwVfG).

<sup>1211</sup> Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 205.

<sup>1212</sup> *Verständigungen in Steuerverfahren*, Köln, 1996, pp. 1-21, “Contratos, Transacciones y otros Acuerdos en Derecho Tributario Alemán”, *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, coord. Gabriel Elorriaga Pisarik, 1996, pp. 133-160, e “Verständigungen an der Schnittstelle von Steuer und Steuerstrafverfahren”, *39. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft hat sich am 22./23.9.2014 (Bremen)*, Betriebs-Berater, 2015, pp. 214-220.

significado prático destes acordos reside no facto de os mesmos produzirem efeitos vinculativos no tratamento de certas matérias que exigem um apuramento ou esclarecimento definitivo para fins de fixação de matéria tributável. Na literatura, considera-se que, nas hipóteses de utilização de conceitos indeterminados e quando existe incerteza na determinação da factualidade, admite-se o recurso ao acordo para fixação do montante de imposto a pagar pelo contribuinte, o que representa o primeiro passo para a evolução, ao nível do procedimento, para um direito fiscal mais cooperativo e menos conflitual e/ou litigioso<sup>1213</sup>. A doutrina refere-se ao §78 da *Abgabenordnung* como habilitação legal que fundamenta o recurso à contratualização no direito fiscal, ainda que seja amplamente discutido o potencial habilitante desse preceito legal<sup>1214</sup>.

Noutros setores da atividade administrativa também se nota a presença do contrato administrativo, embora com menor intensidade. Aludiremos apenas a dois. Primeiro, o direito da função pública (*Dienstrecht*) ainda se encontra fortemente marcado pela unilateralidade e pelo elevado grau de determinação das disposições legais, pelo que não se presta a uma regulação contratual, pelo menos nas questões principais<sup>1215</sup>. No que respeita ao clássico problema da natureza jurídica do provimento, que dividiu LABAND e OTTO MAYER, não deixa de ser curioso que, atualmente, no domínio do *funcionalismo público*, o ato administrativo continua a desempenhar um papel de preponderância, relegando o contrato para segundo plano. A nomeação do funcionário público deve ser feita por ato administrativo, tal como resulta do regime legal da função pública<sup>1216</sup>. Este cenário contrasta com uma tendência acentuada dos sistemas administrativos europeus para a transformação do tradicional regime estatutário da função pública, baseado no ato administrativo de nomeação, por uma disciplina mais próxima do *contrato individual de trabalho*, aplicável nas relações entre privados<sup>1217</sup>. Segundo, no direito administrativo económico encontramos algumas manifestações do contrato administrativo, principalmente naqueles casos em que os contratos de subvenção (*Subventionsverträge*) são submetidos a um regime substantivo de direito administrativo<sup>1218</sup>.

Finalmente, de forma inovadora, a conceção dinâmica que anima a temática da *renovação das formas da ação administrativa*, em grande medida, é decorrência das novas modalidades de contratos administrativos, que resultam da intersecção do *contrato* com o *regulamento administrativo*: o “contrato relativo a normas” – *Normbezogene Vertrag* – representa uma designação genérica que abrange tanto os *Normenverträge*, como os *Normsetzungsverträge*, categorias que serão estudadas em secção própria da

<sup>1213</sup> Cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 323-327, analisando as principais manifestações do contrato na legislação fiscal; e ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 44-46, com especial incidência no direito tributário.

<sup>1214</sup> Sobre essa discussão, cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 361-363.

<sup>1215</sup> Assim, cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 207, indicando, contudo, alguns exemplos legais de regulação jurídica contratual no direito da função pública.

<sup>1216</sup> Assim, cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 385.

<sup>1217</sup> No ordenamento jurídico português, cfr. a Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, que aprovou a *Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas*, revogando a anterior Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, que tinha aprovado o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas. De facto, dada a tendência crescente – e, digamo-lo, inevitável – para a adoção de métodos de gestão tipicamente privados nas entidades administrativas (implementação da “Nova Gestão Pública”), as relações de emprego e os vínculos laborais entre a administração e os seus funcionários passam, cada vez mais, pelo recurso aos mecanismos contratuais.

<sup>1218</sup> Cfr. ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 46-52; e VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 315.

presente investigação, pelo que remetemos subsequentes desenvolvimentos para essa sede. Veremos que uma das questões mais discutidas consiste em saber se a esses *Normbezogene Verträge* se aplicam os §§54 e segs. da VwVfG.

### **33. O problema do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos nos ordenamentos jurídicos europeus**

A abertura do direito alemão ao exercício contratual de poderes administrativos em meados da década de setenta do século passado seria, depois, seguida noutros ordenamentos jurídicos euro-continentais, mas apenas a partir da década de 90: em Itália, com o reconhecimento de “*accordi amministrativi*” sobre o exercício de poderes públicos concluídos no procedimento administrativo entre a administração e os particulares; em Portugal, primeiro com a admissibilidade de “contratos com objeto passível de ato administrativo” e, mais tarde, de “contratos endoprocimentais e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”; e, em Espanha, com o instituto da “*terminación convencional del procedimiento administrativo*”. Efetivamente, como bem ilustra GUIDO ZANOBINI, apesar de potencialmente se poderem esgrimir diversos argumentos de recusa ou de aceitação, o problema do contrato administrativo [de matriz germânica] não é abstrato, mas jurídico-positivo<sup>1219</sup>, porquanto a sua plena aceitação depende de uma escolha feita pelo ordenamento jurídico em consagrá-lo como figura geral. Não quer isto significar, num esforço de compatibilização axiológico-material, que a “infraestrutura” do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos não se encontre ancorada em determinados princípios materiais da atividade administrativa (v.g., princípio da participação, princípio da boa administração), mas tão-somente que a expressa consagração da figura na lei traduz o reconhecimento pelo legislador da admissibilidade de um tipo contratual específico, acompanhado de um regime jurídico pensado e desenhado em função do *quid specificum* dos contratos daquela natureza jurídica.

Nos ordenamentos jurídicos espanhol, italiano e português, o reconhecimento positivo dos contratos sobre o exercício de poderes públicos fez-se em plena década de noventa do século passado. Alguns destes contratos já existiam na *praxis* da “administração concertada”, confundindo-se com atuações informais de estrutura bilateral desprovidas de vinculatividade jurídica. O seu reconhecimento jus-positivo permitiu, contudo, superar a absoluta falta de segurança jurídica desses “convénios”, “acordos” ou “protocolos” e definir mais detalhadamente as “margens negociais”, a entrega de prestações e o cumprimento das obrigações contratuais, porquanto certas cláusulas eram amiúde de duvidosa legalidade ou

---

<sup>1219</sup> *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol. I, Milano, 1950, pp. 209-210.



abertamente contrárias ao direito. Em países tributários da figura do *contrat administratif*, como Espanha e Portugal, para além das regras da contratação pública, a existência de um regime substantivo do contrato administrativo segue de perto, na matéria atinente à disciplina da relação jurídica contratual, o modelo do contrato administrativo de colaboração, havendo nestes sistemas que distinguir as regulamentações jurídicas que atingem preferencialmente esse modelo de contrato administrativo daquelas regulamentações (gerais ou especiais) que disciplinam os contratos administrativos sobre poderes públicos.

Longe de qualquer pretensão jus-comparativa, o objeto deste número consiste em apresentar brevemente o regime legal do exercício contratual de poderes administrativos e situá-lo no seu contexto jurídico, permitindo, assim, fazer referências às soluções propostas nos capítulos seguintes. Ainda que perfunctoriamente, refletiremos sobre a existência da categoria do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos nos ordenamentos jurídicos europeus, bem como a sua utilidade, virtualidades e necessidade de manutenção. Por essa razão, o enquadramento sistemático da matéria da contratação administrativa no direito comparado não representa um exercício académico despedido de utilidade prática, possuindo consequências ao nível da opção por regimes jurídicos (públicos e/ou privados) relevantíssimas. Em último termo, ele permite compreender que o problema principal que nos ocupa não é o da “administrativização dos contratos da administração” e muito menos a procura de critérios de distinção entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da administração. O problema principal situa-se “dentro do universo do contrato administrativo”, nele havendo que demarcar, nos ordenamentos jurídicos tributários das figuras do *contrat administratif* e do *öffentlichrechtliche Vertrag*, o regime substantivo do contrato administrativo de colaboração do regime substantivo do contrato administrativo sobre poderes públicos, procurando captar as especificidades deste último, no que tange às *vicissitudes* da relação jurídica contratual.

### 33.1. Ordenamento jurídico italiano

Superada a fase tradicional de *hostilidade* quanto ao reconhecimento do contrato no âmbito do direito administrativo<sup>1220</sup>, no ordenamento jurídico italiano, as últimas

---

<sup>1220</sup> Recordem-se os argumentos de recusa do contrato pela doutrina tradicional expostos *supra*, 32.1.. Na doutrina anterior à entrada em vigor da *Legge sul Procedimento Amministrativo*, cfr. ORESTE RANELLETTI, “Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, *Giurisprudenza Amministrativa*, XLVI (1894), IV, “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, Giur.

décadas do século XX foram marcadas pela abundância de estudos e de monografias sobre o problema do regime jurídico dos *acordos procedimentais sobre o exercício de poderes públicos*.

Essa abundância na dogmática italiana é, em parte, uma decorrência da influência do direito administrativo alemão e da consagração do contrato de direito público em 1976 nos §§54 e segs. da *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Ora, quando a Lei n.º 241/1990, de 7 de agosto – *Legge sul Procedimento Amministrativo* (diploma regulador das “novas disposições em matéria de procedimento administrativo e de direito de acesso aos documentos administrativos”) –, entrou em vigor e, através do seu artigo 11.º, consagrou a figura dos *accordi procedurali* (*accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*), foi bem visível o “entusiasmo” da doutrina italiana pela temática da contratualização da atividade administrativa no procedimento<sup>1221</sup>. Seja pela audácia dos trabalhos preparatórios

---

it., Vol. 48, 1894, e *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945; FEDERICO CAMMEO, “La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico”, *Giurisprudenza Italiana*, LII (1900), IV, e *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 1901; UGO FORTI, “Natura giuridica delle concessioni amministrative”, *Giurisprudenza Italiana*, LII (1900), IV; SANTI ROMANO, *Principi di Diritto Amministrativo*, Milano, 1906; F. CARNELUTTI, “Contratto di diritto pubblico”, *Riv. dir. pubbl.*, 1929; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, e *Principi di Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1974; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, e “Contrato di Diritto Pubblico”, *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1959; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit.; e F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; G. FALCON, *Le Convenzioni Pubblicistiche: Ammissibilità e Caratteri*, cit.; ALDO SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1978; M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993; F.P. PUGLIESE, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d’ America*, Padova, 1974; M. D’ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; R. FERRARA, *Gli accordi tra privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985; e ALFONSO MASUCCI, “La quaestio nel diritto tedesco dell’ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato”, *Scritti in Onore di M.S. Giannini*, Vol. I, Milano, 1988, e *Trasformazione dell’amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988.

<sup>1221</sup> Cfr. F. BASSI, “Autorità e Consenso”, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, 1992; G. SALA, “Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive”, *Dir. Proc. Amm.*, 1993; B. SORDI, “Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto”, *Dir. Amm.*, 1995; BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; N. AICARDI, “La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativo: fondamenti e caratteri”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.º 33, 1997; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell’attività amministrativa*, cit., e “Contratti e accordi di diritto pubblico”, a cura di Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell’azione amministrativa* (2006), Napoli; PIER LUIGI PORTALURI, *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali: Studi sui Rapporti a Collaborazione Necessaria*, cit.; F. FRACCHIA, *L’ Accordo Sostitutivo*, Padova, 1998; G. MANFREDI, *Accordi e Azione Amministrativa*, Torino, 2001; G. PERICU, “L’attività consensuale della pubblica amministrazione”, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001; B. CAVALLO, “Il procedimento amministrativo e attività patrizia”, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000; C. MAVIGLIA, *Accordi con l’Amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002; F. TIGANO, *Gli Accordi Procedimentali*, Torino, 2002; GUIDO GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, cit.; MARIA TERESA MOSCATELLI, *Moduli consensuali e*

da Comissão Nigro (onde se chegou a preconizar um *princípio de preferência legal por formas jurídicas contratuais* – *supra*, 26.2.), seja pela incompletude do regime jurídico estabelecido para os *accordi procedimentali*, multiplicaram-se as abordagens e as dúvidas suscitadas sobre a respetiva qualificação como contratos, ao ponto de raramente se vislumbrarem na doutrina soluções coincidentes quanto ao regime aplicável às *factispecies* contratuais.

Cumpre, no entanto, aqui notar que no direito italiano não se confunde a regulamentação jurídica dos *accordi procedimentali*, previstos e disciplinados na lei geral do procedimento administrativo, com a dos *contratti pubblici* (*l'appalto di opere pubbliche*), regulados no *Codice dei Contratti Pubblici* de 2006 (Decreto Legislativo n.º 163/2006)<sup>1222</sup>. Torna-se, assim, claro que, no ordenamento italiano, os *accordi procedimentali*, disciplinados na *Legge sul Procedimento Amministrativo*, constituem contratos de direito público celebrados entre os órgãos administrativos e os interessados no decurso do procedimento, que têm por objeto o próprio exercício do poder administrativo de decisão unilateral<sup>1223</sup>.

Ao contrário das finalidades e interesses que presidem à utilização dos *contratti pubblici* e dos *contratti ad evidenza pubblica*<sup>1224</sup>, o procedimento administrativo permite a participação dos interessados, que nele encontram um meio de legitimamente tentar influenciar a administração a atuar no sentido que os favorece: os interessados têm, por conseguinte, no procedimento, um *locus* privilegiado para defesa dos seus direitos subjetivos e interesses legítimos no âmbito das decisões que forem ou possam ser tomadas, mas também um espaço para exporem os seus pontos de vista e, sobretudo, de tomar parte no processo de identificação/seleção dos interesses públicos e privados e de fornecer a sua perceção sobre o conteúdo da decisão<sup>1225</sup>.

---

*istituti negoziali nell'attuazione della norma tributaria. L'ordinamento tributario italiano*, Milano, 2007; PIERPAOLO GRAUSO, *Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati*, Milano, 2007; G. SCIULLO, “Profili degli Accordi tra Amministrazioni Pubbliche e Privati”, *Dir. Amm.*, 2007; os contributos em *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, a cura di Civitarese Matteucci/Lorenzo Del Federico, FrancoAngeli, 2010; ROBERTO CARANTA, *I Contratti Pubblici*, Torino, 2012; e ALBERTO MASSERA, *Lo Stato che Contratta e che si Accorda*, Pisa, 2012.

<sup>1222</sup> Cfr., por todos, SALVATORE BUSCEMA/ANGELO BUSCEMA/RAFFAELLA RAFFAELE, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Wolters Kluwer Italia, 2008, pp. 345-352 e 745-750, onde se estabelece claramente essa distinção.

<sup>1223</sup> Cfr. M. DUGATO, “L’oggetto dell’accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, cit., p. 76.

<sup>1224</sup> Cfr. SALVATORE BUSCEMA/ANGELO BUSCEMA/RAFFAELLA RAFFAELE, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 115-118.

<sup>1225</sup> Cfr. PIER LUIGI PORTALURI, *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali*, cit., pp. 181-186. Não é por acaso que o n.º 1 do artigo 11.º utiliza a seguinte fórmula: “no acolhimento das observações e propostas apresentadas nos termos do artigo 10.º” (isto é, ao abrigo do direito de participação dos interessados

Deve sublinhar-se que a intervenção dos particulares não se esgota na audiência, uma vez que os mesmos dispõem da faculdade de delimitar o seu próprio espaço de intervenção procedimental e de celebrar com a administração *contratos de conteúdo procedimental, contratos integrativos e contratos substitutivos*. A expressa previsão legal da faculdade atribuída à administração para celebrar acordos endoprocedimentais ou substitutivos de atos administrativos traduz uma ideia de *consensualização do poder administrativo discricionário*<sup>1226</sup>.

Importa, contudo, reconhecer que estamos na presença de *tipos* contratuais distintos. Assim, o artigo 11.º da Lei do Procedimento Administrativo estabelece, no seu n.º 1, que “a administração poderá concluir acordos com os interessados com o fim de determinar o conteúdo discricionário do ato final ou, inclusive, em substituição desse ato”, ressaltando, em qualquer dos casos, a exigência de “proteção do interesse público” e a salvaguarda “dos direitos de terceiros”. O preceito introduz no ordenamento jurídico italiano o contrato sobre o exercício de poderes públicos<sup>1227</sup>, mas com caráter mais limitado do que a congénere figura alemã, já que os tipos contratuais ali abrangidos, encontrando o seu fundamento material no “princípio da participação dos interessados nas decisões administrativas”<sup>1228</sup>, nascem necessariamente no âmbito ou na sequência de um procedimento administrativo já iniciado, sendo, portanto, “acordos procedimentais”. Deste modo, o legislador italiano delimitou o alcance da *autonomia pública contratual* com base no enquadramento conferido pelos acordos procedimentais<sup>1229</sup>, em termos diferenciados da opção pela expressa consagração de um princípio geral de autonomia pública contratual e de paridade entre ato e contrato administrativo<sup>1230</sup>.

---

na formação da decisão pública), podem ser concluídos acordos integrativos e substitutivos. Observe-se, contudo, que, nos termos do artigo 13.º, n.º 1, as normas relativas à participação e à contratação – previstas na Lei do Procedimento – não se aplicam aos procedimentos que visam a emissão de atos normativos, de planificação e de programação, mercê da existência de legislação especial.

<sup>1226</sup> Nestes termos, cfr. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., pp. 44-48 e 128, reconduzindo ao esquema do contrato sobre o exercício do poder público à verificação de três elementos essenciais: “o princípio de que o poder discricionário pode ser exercido não apenas através de atos unilaterais e imperativos, mas também através de atos bilaterais e consensuais; o princípio de que, quando conclui um contrato, a administração assume um efetivo vínculo jurídico no respeito pelo regulamento contratual; o princípio de que, na presença de motivos de interesse público supervenientes, a administração deve poder rescindir unilateralmente o contrato por motivos de interesse público, desde que assegure a tutela dos interesses patrimoniais da parte privada”. Em sentido idêntico, cfr. G. SCIULLO, “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso*, cit., pp. 46-48; e GUIDO GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., p. 146.

<sup>1227</sup> Cfr. L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., p. 57.

<sup>1228</sup> Cfr. GIANLUCA GARDINI, “Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, cit., p. 17.

<sup>1229</sup> Cfr. GIANLUCA GARDINI, “Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso”, cit., p. 20.

<sup>1230</sup> Assim, cfr. G. SCIULLO, “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, cit., p. 42.

Seguindo de perto CERULLI IRELLI, o artigo 11.º permite que, “no exercício do poder *discricionário*, o conteúdo dispositivo dos atos nos quais o poder administrativo se exterioriza, possa ser objeto de acordo ou negociação com as partes interessadas, acordo esse que pode ser configurado como a forma que define a *factispecie* procedimental e produz efeitos jurídicos (substitutivos) ou como aquele cujo conteúdo dispositivo é vertido no ato final do procedimento (integrativo)”. No primeiro caso, o ato unilateral acaba substituído pela celebração de um contrato; no segundo, “a *factispecie* procedimental é definida pelo ato administrativo, o qual produz os efeitos jurídicos, mas uma parte (ou a totalidade) do conteúdo dispositivo deste ato deriva de um negócio e está a «coberto» pela disciplina negocial”<sup>1231</sup>. Constituem exemplos de acordos procedimentais no direito italiano, *inter alia*, a *convenzione di lottizzazione* e demais contratos urbanísticos típicos da “*urbanistica contrattata*”<sup>1232</sup>; o acordo de indemnização em matéria de expropriação (artigo 20.º do D.P.R. de 2001, n.º 327, que aprovou o “*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*”); o *accordo bonario* (artigo 240.º do Código dos Contratos Públicos); e as *transações fiscais*.

Até 2005, uma parte significativa da doutrina, em conformidade com o texto original do artigo 11.º, limitava a possibilidade de celebração de acordos substitutivos de atos administrativos aos *casos especificamente previstos na lei*. Todavia, a expressão “nos casos previstos na lei” – referente às hipóteses em que o acordo substitui o ato administrativo – foi eliminada por força do artigo 7.º da Lei n.º 15/2005, de 11 de fevereiro<sup>1233</sup>. Deste modo, pode afirmar-se que, pelo menos a partir de 2005, sem quaisquer restrições, a “conclusão negociada do procedimento administrativo tornou-se modalidade ordinária da fase decisória ou constitutiva” no direito italiano<sup>1234</sup>.

O regime substantivo dos *accordi procedimentali* conhece uma *natureza mista*, fruto da conjugação de regras e princípios da disciplina jus-privatística do negócio jurídico (“lógica do *pactum*”) com regras e princípios de direito público do ato administrativo (“lógica da função”)<sup>1235</sup>. Hodiernamente, pode afirmar-se que, entre a doutrina, é pacífica a afirmação de que o regime jurídico dos contratos sobre poderes públicos representa um espaço de fusão entre soluções de direito administrativo e de direito privado, discutindo-se,

<sup>1231</sup> *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 405.

<sup>1232</sup> Cfr. o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 85-97.

<sup>1233</sup> Para além dessa alteração, o artigo 7.º da *Legge 11 febbraio 2005, n.º 15* adicionou o §4-bis ao artigo 11.º, reforçando a sujeição de tais acordos aos princípios da *transparência*, *imparcialidade* e da *publicidade*.

<sup>1234</sup> Cfr. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., pp. 405-406.

<sup>1235</sup> As expressões são de BRUTI LIBERATI, *Consensus e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., pp. 63 e 71.

contudo, se essas regras conferem aos *accordi* natureza jurídica publicista ou privatística<sup>1236</sup>.

Por um lado, quanto à respetiva ordenação no direito público, entre as *reglas e princípios de direito administrativo* aplicáveis às *factispecies* contratuais destacam-se as seguintes:

➤ O n.º 3 do artigo 11.º prevê que os “acordos substitutivos de atos administrativos são sujeitos aos mesmos controlos previstos para estes últimos”. Na prática, os acordos procedimentais não produzem quaisquer efeitos, mesmo que concluídos, se não for superada a fase administrativa de controlo no procedimento<sup>1237</sup>;

➤ O n.º 4 do artigo 11.º estabelece o poder de a administração “resolver unilateralmente o acordo por motivos sobrevindos de interesse público, sem prejuízo da indemnização devida em relação aos eventuais prejuízos causados ao particular”<sup>1238</sup>;

➤ Os litígios emergentes das relações jurídicas fundadas nos acordos procedimentais são submetidos à jurisdição administrativa [artigo 133.º, 1, a), (2), *Codice del Processo Amministrativo*], a qual deve ser entendida como jurisdição exclusiva (*giurisdizione esclusiva*) em matéria de “*formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo*”;

➤ O 1-bis do artigo 11.º prescreve que, tendo em vista favorecer a conclusão dos acordos procedimentais, o responsável do procedimento pode elaborar um calendário de

---

<sup>1236</sup> Cfr., com desenvolvimento, GUIDO GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., pp. 86-98; e L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., pp. 42-56. Tanto a natureza pública como a privada das regras e princípios a que estes acordos se encontram submetidos confirmam a *tese contratuálista*, devendo, por isso, afastar-se as “clássicas” qualificações de “*contratto ad oggetto pubblico*” (M. S. GIANNINI) ou de “*atto amministrativo di adesione alla convenzione*” (G. FALCON). Sobre esta problemática, cfr. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., pp. 44 e 118. Aquando da discussão da natureza jurídica do contrato administrativo sobre poderes públicos, voltaremos a este tema. Diga-se, no entanto, acompanhando a exposição de M. DUGATO, “L’oggetto dell’accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione”, cit., pp. 75-76, que o facto de a tese contratuálista (de direito público ou de direito privado) ter alcançado maior difusão (“*contratti di diritto pubblico*”, segundo CERULLI IRELLI, TRIMARCHI BANFI, MANFREDI; “*contratti aventi a oggetto la funzione pubblica*”, na expressão de GUIDO GRECO) não anula a existência de outras correntes de pensamento com tradição na doutrina italiana, que, na esteira de G. FALCON, sustentaram, durante uma boa parte da década de noventa, *teses não contratuálistas* dos acordos procedimentais, qualificando-os como uma espécie de atos administrativos consensuais quanto à respetiva natureza jurídica (assim, STICCHI DAMIANI, DUGATO, FRACCHIA – “*l’accordo è un atto amministrativo non provvedimentale*”; CANGELLI e AICARDI – “*gli accordi sostitutivi sono atti bilaterali autosufficienti a struttura consensuale*”).

<sup>1237</sup> Cfr. L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., p. 44; CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., pp. 409 e 460.

<sup>1238</sup> Trata-se de um *poder exorbitante* que é conferido ao contraente público em virtude da “*logica della funzione*” e da “*inesauribilità del potere amministrativo*”. Para a doutrina, o poder de rescisão unilateral configura o marco característico que melhor diferencia os acordos procedimentais, enquanto contratos de direito público, dos contratos de direito comum – assim, cfr., por todos, L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., p. 134.

reuniões, convidando, separada ou conjuntamente, o destinatário do ato e eventuais contra-interessados para exercício do contraditório;

➤ No n.º 1 do artigo 11.º, preceitua-se que os acordos procedimentais podem ser celebrados “sem prejuízo de direitos de terceiros”. No quadro das relações jurídicas administrativas multipolares, deve, contudo, estabelecer-se uma diferença no que toca à proteção dos terceiros portadores de interesses legítimos e das respetivas pretensões jurídicas impugnatórias. Assim, perante acordos substitutivos, os terceiros afetados podem impugnar diretamente o contrato nos tribunais administrativos; na hipótese de acordos integrativos, deverão os terceiros impugnar não o contrato, mas o ato administrativo emitido ao abrigo do contrato concluído<sup>1239</sup>;

➤ No artigo 11.º, n.º 2, 1.ª parte, prevê-se que os “acordos procedimentais deverão ser assinados, sob pena de nulidade, por instrumento escrito, salvo disposição legal em contrário”. A forma escrita é, assim, assumida como ordenação específica de direito administrativo, distinta da solução preconizada no direito civil;

➤ Finalmente, o artigo 11.º, 4-bis, dispõe que a outorga do acordo procedimental deve ser “precedida de uma determinação do órgão administrativo competente para a adoção do ato final do procedimento”, com isso admitindo que órgãos sem competência para produzir certos efeitos jurídicos por decisão unilateral o possam fazer com autorização do órgão competente. Naturalmente, essa determinação do órgão administrativo competente deve explicitar os motivos e as razões de interesse público que levaram à contratação (para efeitos de controlo), sendo entendida como “forma de externalizar ou publicitar a motivação” pela escolha do acordo procedimental<sup>1240</sup>.

Por outro lado, o artigo 11.º, n.º 2, 2.ª parte, opera uma remissão do *regime jurídico substantivo* dos acordos procedimentais para os “princípios do Código Civil em matéria de obrigações e contratos na medida em que sejam compatíveis”. Isso significa, desde logo, que lhe são aplicáveis as normas do Livro IV do Código Civil, quando compatíveis, nomeadamente em matéria de acordo e formação da vontade das partes

---

<sup>1239</sup> Assim, cfr., na especialidade, a exposição de LUCA DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Giappichelli, 2005, pp. 158-169; e CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 414, referindo que os acordos integrativos “não podem ser diretamente impugnados porque não são diretamente lesivos, devendo ser impugnado o ato administrativo emitido para, conseqüentemente, ser afastado o conteúdo negocial”.

<sup>1240</sup> G. SCIULLO, “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, cit., p. 43, referindo que essa motivação é menos exigente do que aquela que ocorre no âmbito dos procedimentos adjudicatórios respeitantes a contratos *ad evidenza pubblica*, já que nestes, “em conformidade com o artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos, é necessário predeterminar os objetivos, os critérios, os conteúdos e a modalidade de atividade administrativa que deve ser concretizada através do procedimento de formação do contrato público”

(artigos 1326.º e segs.), de interpretação (artigos 1362.º e segs.), de efeitos do contrato (vinculativo e “força de lei entre as partes” – artigo 1372.º), de constituição de efeitos obrigacionais (muito relevante nos contratos de intercâmbio, v. artigos 1173.º e segs. e 1320.º e segs.), de invalidade e patologia (nulidade e anulabilidade – artigos 1418.º e segs.) e de incumprimento (v.g., resolução por incumprimento – artigos 1453.º e segs.)<sup>1241</sup>.

Contudo, tal não implica a sujeição *in toto* dos acordos procedimentais a um regime substantivo de direito privado. É que, como acentuámos já por diversas vezes, decorre do estatuído no artigo 11.º que a esta figura são aplicáveis regras de direito público. Assim, no caso dos acordos integrativos, se o ato administrativo for praticado em desrespeito pelo conteúdo do contrato, o particular pode “recorrer ao tribunal administrativo para que este condene a administração à prática do ato devido, segundo o esquema que é previsto para o silêncio da administração, e não de acordo com o disposto no artigo 2932.º do Código Civil” (*Cons. Stato*, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636). Mas, uma vez emitido o ato, no que tange à validade, “a parte da *factispecie* coberta pelo conteúdo do acordo segue o regime da invalidade negocial do Código Civil: apenas quando for reconhecida a causa de invalidade presente no acordo, pode ser anulado, nessa parte, o ato administrativo, segundo a sua disciplina. Na restante parte, o ato é válido ou inválido segundo o regime geral dos atos administrativos (v.g., incompetência, desvio de poder)”<sup>1242</sup>.

Note-se, igualmente, que o poder conferido ao contraente público de *resolver unilateralmente* o acordo por motivos sobrevindos de interesse público (n.º 4 do artigo 11.º) distancia-se claramente do direito de rescisão previsto no artigo 1373.º do Código Civil. Por um lado, “garante a funcionalização dos acordos à consecução do interesse público”<sup>1243</sup>. Mas, por outro, demonstra que existe neste domínio uma “diferença de armas” entre o particular e a administração, não obstante o poder de resolução exercitado ao abrigo no n.º 4 do artigo 11.º não contemplar uma desvinculação por questões de mérito ou de oportunidade (o “arrependimento” da administração), mas apenas por superveniência de motivos de interesse público e desde que acautelada a indemnização em relação aos eventuais prejuízos causados ao particular<sup>1244</sup>. Já o cálculo dos *danos* segue o disposto nos artigos 1218.º e segs. do Código Civil.

<sup>1241</sup> Cfr. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., pp. 409-410.

<sup>1242</sup> Cfr. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 413.

<sup>1243</sup> Cfr. L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., p. 134.

<sup>1244</sup> Pode dizer-se, acompanhando GUIDO GRECO, *Accordi Amministrativi*, cit., p. 79, e BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., pp. 173-192, que a estabilidade da relação jurídica contratual fica subordinada à permanência das condições originárias que levaram a administração a contratar, pelo que o princípio *pacta sunt servanda* valerá apenas *rebus sic stantibus*.



Em suma, no direito italiano, observa-se a existência de uma solução de compromisso entre *contrato* (relação jurídica paritária e negócio jurídico privado) e *poder público* (autoridade e ato administrativo) quanto à ordenação do regime dos acordos procedimentais<sup>1245</sup>. Os aspetos centrais do regime jurídico aplicável aos acordos procedimentais apontam para a sua qualificação como “*contratos de direito público*”<sup>1246</sup>, ainda que submetidos a um *regime jurídico misto*: porque é celebrado no exercício de um poder administrativo de autoridade e está sujeito a diversos vínculos de direito público, ao acordo aplica-se-lhe, em parte, a disciplina jurídica do ato administrativo; mas, em resultado de possuir natureza negocial e de comungar de elementos típicos do negócio jurídico, ao acordo deve aplicar-se, na restante parte, a disciplina civil em matéria de obrigações e de contratos. O que, ainda, divide os autores italianos é a maior ou menor latitude das regras e preceitos de direito administrativo ou de direito privado que, concretamente, devem ser mobilizados na aplicação aos acordos procedimentais. Na falta (ou impossibilidade) de consenso entre a doutrina italiana, tem cabido à jurisprudência trilhar o caminho que visa sedimentar o ponto de equilíbrio passível de objetivar os interesses causais assumidos na previsão legislativa (artigo 11.º da *Legge sul Procedimento Amministrativo*), claramente apontando para um *regime jurídico misto ou especial* dos acordos procedimentais.

### 33.2. Ordenamento jurídico espanhol

Em Espanha, ordenamento tributário do *contrat administratif* francês, a discussão dogmática em torno do fenómeno da contratação administrativa centrou-se, durante grande parte do século XX, no regime jurídico dos contratos administrativos de colaboração entre os particulares (o mercado) e a administração (entidades adjudicantes). A questão da

---

<sup>1245</sup> Assim, cfr. L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., p. 42; e G. SCIULLO, “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, cit., p. 39.

<sup>1246</sup> Cfr. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 414. Alguns dos signatários da *tese de contrato de direito privado* problematizam a aplicação aos acordos procedimentais do artigo 1.º, 4-bis (introduzido em 2005), considerando-os “*ação administrativa contratual segundo normas de direito privado*”. Recorde-se que esse preceito dispõe que a administração pública, quando adota ações de natureza não autoritária, age de acordo com as regras do direito privado, a menos que a lei disponha em contrário. Todavia, como atentamente sublinha G. SCIULLO, “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, cit., pp. 40-41, aquela tese (minoritária) não procede justamente porque, quando o órgão administrativo conclui acordos procedimentais segundo o disposto no artigo 11.º, “age no exercício de um poder administrativo de autoridade” e não segundo formas de direito privado. O entendimento jurisprudencial dominante perspetiva os acordos procedimentais como revestindo *natureza pública*, destacando-se, além dos aspetos de regime, que o seu objeto é público e a sua finalidade consiste na consensualização do poder discricionário da administração – cfr. *Cons. Stato*, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636; *Cons. Stato*, sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236; e *Corte Costituzionale n. 204/2004*. Analisando a orientação jurisprudencial, cfr. L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., pp. 42-45.

autonomização de um conceito de contrato administrativo em consonância com a substantivação desse contrato acompanharam de perto a experiência francesa e, até ao início da década de 90 do século transato, o legislador espanhol parecia manter-se, em certa medida, fiel ao paradigma do contrato administrativo modelo francês<sup>1247</sup>. No domínio da contratação pública e da formação de um regime jurídico substantivo do contrato administrativo, R. BUSTILLO BOLADO distingue cinco períodos fundamentais: “o nascimento da jurisdição contenciosa administrativa em 1845; a importação da teoria substantiva do contrato administrativo pela mão de FERNÁNDEZ DE VELASCO em 1927; a publicação da Lei de Contratos do Estado em 1965; a revisão que aquela sofreu em 1973; e a entrada de novas *Leyes de Contratos de las Administraciones Públicas*”, que regulam, de forma detalhada, o fenómeno da contratação pública e o regime substantivo do contrato administrativo (*Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprova o texto refundido da Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; e Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprova o texto refundido da Ley de Contratos del Sector Público*)<sup>1248</sup>.

Não obstante a centralidade do modelo do contrato administrativo de colaboração na discussão dogmática desenvolvida e consolidada em Espanha, também a doutrina naquele país soube reconhecer claramente o dualismo existente dentro da própria categoria genérica de contrato administrativo, advertindo para a necessidade de se estabelecer uma *summa divisio* em matéria da contratação administrativa<sup>1249</sup>. Paralelamente, na *praxis* administrativa, fruto de um enorme dinamismo da “administração concertada” nas áreas do

---

<sup>1247</sup> Cfr. MARTÍN BASSOLS COMA, “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la administración de los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, cit., pp. 78-93.

<sup>1248</sup> *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, cit., p. 176. Atualmente, no quadro da *Ley de Contratos del Sector Público*, são designadamente contratos administrativos: “*los contratos de obras; los contratos de concesión de obras públicas; los contratos de gestión de servicios públicos; los contratos de suministro; los contratos de servicios; los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*”. Esses contratos ficam sujeitos a um regime especial de direito administrativo no que se refere à adjudicação, efeitos e extinção, gozando a administração, nos termos do artigo 210.º e segs., de *prerrogativas exorbitantes* na fase de execução. Cfr. as pp. 153-207 daquela obra para uma panorâmica geral sobre a influência jus-administrativa francesa na receção da dogmática do *contrat administratif* e dos critérios de qualificação, bem como no desenho de regimes legais em matéria de contratação pública.

<sup>1249</sup> Assim, recebendo também o *öffentlich-rechtlichen Vertrag* e enfatizando a necessidade de distinção face ao *contrat administratif*, cfr. ENTRENA CUESTA, “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, cit., pp. 39-54; S. MARTÍN-RETORTILLO, “La institución contractual en el Derecho administrativo”, p. 226; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Contrato Administrativo en Derecho español”, cit., pp. 637-672; e MARTÍN BASSOLS COMA, “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la administración de los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, cit., pp. 78-93.

urbanismo e do ordenamento do território, assiste-se à disseminação de esquemas negociais com os atores privados (*convenios urbanísticos*) no domínio do controlo prévio de operações urbanísticas e do procedimento de elaboração, alteração, revisão e execução de planos urbanísticos<sup>1250</sup>. Isto mostra que atores públicos e privados valorizavam e compreendiam as virtualidades inerentes à utilização de módulos convencionais no procedimento.

Deste modo, seja por efeito da receção pela doutrina espanhola do *öffentlich-rechtlichen Vertrag*, seja pela necessidade de modernizar a ação administrativa e adequar o *instrumentarium* jurídico às novas finalidades públicas que a administração é incumbida de prosseguir – com preferência pelo contrato na definição do conteúdo da decisão em relação à atuação unilateral<sup>1251</sup> –, a figura da “terminação convencional do procedimento administrativo” (“*terminación convencional del procedimiento administrativo*”) acabou consagrada no ordenamento jurídico espanhol, dele resultando não apenas o reconhecimento da capacidade da administração pública celebrar acordos que regulem o

---

<sup>1250</sup> Cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 125-131, e HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., p. 101, destacam o papel fundamental do urbanismo como domínio de expansão dos “contratos sobre atos e poderes públicos”, fruto da *harmonização* entre a realização de ações privadas de cariz muito lucrativo e a sujeição das mesmas a poderes de ordenação das entidades públicas. Segundo CANO MURCIA, *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico*, cit., p. 22, a partir do último quartel do século XX, os *convenios urbanísticos* constituíram o “«el dorado» da ação dos municípios na concretização das políticas de ordenamento do território, fomentando e financiando a expansão do mercado imobiliário, das obras de urbanização e da construção de infraestruturas gerais. Há muito que na *praxis* jus-urbanística era possível encontrar uma multiplicidade de acordos celebrados entre a administração e os particulares tendentes a concretizar as determinações legais em matéria urbanística e a disciplinar os termos e as condições da execução dos planos municipais (*convenios de gestión urbanística*), sendo ainda possível encontrar lastros de concertação no âmbito da elaboração dos planos (*convenios de planeamiento*). Na verdade, ao nível da execução de planos urbanísticos, esse programa de ação – designado *Urbanismo Concertado* – foi instituído pelo *II Plan de Desarrollo Económico y Social* (Ley 22/1972, de 10/05), que promoveu um modelo público-privado de *gestão urbanística*, em que “a iniciativa privada ora complementava, ora substituía a gestão pública” – TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, 2008, p. 93. Com efeito, já em 1990, a jurisprudência espanhola tinha tomado posição relativamente a esta matéria: a Sentença de 01.11.1990 do Tribunal Supremo espanhol determinou que o pacto pelo qual o particular se obriga a ceder a certo *Ayuntamiento* um terreno e este a garantir que se torne possível uma determinada edificabilidade configura um contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos, que tem, no entanto, a sua eficácia dependente de a entidade administrativa acolher no plano o conteúdo do mesmo. Por outro lado, afirmou-se na Sentença de 20.12.1991 do mesmo Tribunal que tais contratos não podem limitar os poderes de planeamento e, mais tarde, na Sentença de 15.03.97, que os convénios urbanísticos constituem uma forma de atuação frequente na prática das administrações públicas, os quais são admissíveis na medida em que não incidam sobre competências das quais a Administração não possa dispor por via contratual – cfr. JOSÉ A. LÓPEZ PELLICER, “Naturaleza, Supuestos y Limites de los Convenios Urbanísticos”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 146, 1996, pp. 98-99.

<sup>1251</sup> Cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., p. 19.

exercício do poder administrativo, como também um princípio da fungibilidade entre ato e contrato administrativo<sup>1252</sup>.

Com efeito, o legislador consagrou, através do artigo 88.º, n.º 1, da Lei n.º 30/1992, de 26 de novembro, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, uma norma habilitadora da “terminação convencional do procedimento administrativo”, que acolhe acordos sobre o exercício do poder administrativo concluídos no decurso do procedimento<sup>1253</sup>. Nos termos do referido artigo 88.º, n.º 1, “as administrações públicas poderão celebrar acordos, pactos, convénios ou contratos com pessoas de direito público ou de direito privado, sempre que não sejam contrários ao ordenamento jurídico nem versem sobre matérias insuscetíveis de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público que aquelas devem prosseguir, com o alcance, efeitos e regime jurídico que em cada caso preveja a disposição que o regule,

---

<sup>1252</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los Contratos Administrativos*, Madrid, 1927; ENTRENA CUESTA, “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, cit.; PARADA VÁZQUEZ, *Los Orígenes del Contrato Administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Contrato Administrativo en Derecho español”, cit.; S. MARTÍN-RETORTILLO, “La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, cit.; JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER, *Poder Administrativo y Contrato*. Col. Conferencias y Documentos, n.º 27, 1970; J. L. MEILÁN GIL, “La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica”, cit.; MARTÍN BASSOLS COMA, “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la administración de los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, cit.; A. MENÉNDEZ REXACH, “Procedimientos administrativos: finalización y ejecución”, *La nueva Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), Madrid, 1993; F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1995; L. PAREJO ALFONSO, “La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración”, *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, INAP (MAP)-BOE, Madrid, 1995, e “El artículo 88 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo”, *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, (dir.) Gabriel Elorriaga Pisarik, 1996; HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., e *Los Convenios Urbanísticos*, cit.; J. ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 2000; MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, “La Terminación Convencional de los Procedimientos Administrativos”, *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, e *Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid, 2011; ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit.; JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, “La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites”, *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2004; F. DEL VALLE TAVARES DUARTE, *Actos administrativos y contratos de la administración pública: teoría general de la conexión*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2003; GASPAR ARIÑO ORTIZ, “Estudio Introductorio. La eterna cuestión de poder y contrato”, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Vol. I, El sistema contractual administrativo*, Ariño Ortíz y Asociados, Editorial Comares, 2002, e “El enigma del contrato administrativo”, cit.; M. A. SENDÍN GARCÍA, *Régimen Jurídico de los Convenios Urbanísticos*, Granada, 2008; R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Aranzadi, 2010; e LUIS M. BREMOND TRIANA, *La Terminación Anormal del Proceso Contencioso-Administrativo*, Editorial Reus, 2013.

<sup>1253</sup> Cfr. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, cit., p. 509; e L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 943-944.

podendo tais atos finalizar os procedimentos administrativos ou enxertar-se nos mesmos com carácter prévio, vinculante ou não, em relação ao ato que os extinga”<sup>1254</sup>. O preceito normativo é extenso e não prima pela clareza, nem pelo rigor estilístico. Dele se pode inferir que a autonomia pública contratual é definida em estreita relação com o *procedimento administrativo* e com o ciclo de formação da decisão administrativa. Assim, em princípio, apenas serão admissíveis em face daquela habilitação legal os *acordos endoprocedimentais* e os *acordos finalizadores (substitutivos) do procedimento*, instrumentos ao serviço da participação dos interessados nas decisões administrativas e da resolução de conflitos, dúvidas e incertezas na definição de situações jurídicas<sup>1255</sup>.

Nos *acordos endoprocedimentais* – sabemos-lo –, a administração pública compromete-se a praticar ou a não praticar um ato administrativo com um certo conteúdo. O conteúdo do ato final encontra-se previamente determinado pelo acordo celebrado<sup>1256</sup>. Em regra, estamos em presença de contratos obrigacionais, podendo tratar-se de contratos que geram obrigações para ambas as partes, na medida em que essas obrigações sejam recíprocas (isto é, ligadas entre si por umnexo de causalidade) – v.g., contraprestações realizadas pelo interessado, proporcionais e ajustadas a finalidades públicas. Nos *acordos substitutivos*, a administração pública está habilitada a usar a forma do contrato para produzir o efeito jurídico de um ato administrativo. Nessa medida, os acordos substitutivos são os que produzem imediatamente efeitos constitutivos numa dada relação jurídica administrativa – é o que se verifica, por exemplo, com o contrato que, substituindo um ato administrativo de licença, investe imediatamente o particular no poder de exercer a

---

<sup>1254</sup> “Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

<sup>1255</sup> Cfr. R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos*, cit., p. 385.

<sup>1256</sup> Segundo HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 47-48 e 319-326, os contratos obrigacionais sobre o exercício de poderes públicos em que a administração assume a obrigação de emitir ou não emitir um certo ato administrativo, estão implicitamente submetidos à condição (resolutiva) de não se verificar uma alteração dos pressupostos, de direito e de facto, que existiam no momento da celebração. A alteração desses pressupostos representa uma verificação da *condição resolutiva*. Para além disso, quando a administração se obriga a praticar ou a não praticar um ato administrativo com um certo conteúdo, essa obrigação “assumida *ex pacto* não constitui uma obrigação de resultados, mas uma obrigação de meios, que consiste, em linhas gerais, em tramitar no procedimento os atos instrumentais necessários à tomada de decisão, em tomar todas as diligências para defender o conteúdo acordado ao longo do procedimento e em não afastar-se dos termos negociados, exceto por razões de interesse público supervenientes ou pela colisão com interesses de terceiros”.

atividade sujeita a licenciamento administrativo<sup>1257</sup>. De fora da figura da *terminación convencional do procedimiento* parecem ficar os *acordos prévios* à tramitação do procedimento, por meio dos quais a administração se compromete para com o particular a emanar um ou mais atos administrativos sem que tenha ainda tramitado o respetivo procedimento, condicionando o cumprimento das obrigações assumidas à eventual compatibilidade dos atos prometidos com o resultado do procedimento a tramitar em momento posterior<sup>1258</sup>.

Logo após a entrada em vigor da lei de procedimento administrativo comum, foi discutido o potencial habilitante do artigo 88.º, havendo quem negasse a aplicabilidade direta daquela disposição e a consequente necessidade de ser complementada com habilitações legais específicas (“*normas de desarrollo*” infralegais ou de nível autonómico), que concretizariam a figura da terminação convencional do procedimento<sup>1259</sup>. O entendimento atualmente dominante é o do que o artigo 88.º constitui uma norma geral habilitadora da terminação convencional do procedimento administrativo, que acolhe os acordos procedimentais, quer tenham carácter finalizador do procedimento, quer sejam endoprocedimentais<sup>1260</sup>. Essa norma é *complementada* pela proliferação de regimes jurídicos especiais que regulam a terminação convencional dos procedimentos (em matéria de licenças e autorizações administrativas, expropriações, subvenções, transações e acordos finalizadores em matéria fiscal)<sup>1261</sup> – constitui um exemplo de concretização do

---

<sup>1257</sup> Sobre a tipologia de acordos abrangidos pelo citado preceito normativo, cfr. ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 256-276; F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 171-179; e HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 48-50.

<sup>1258</sup> Assim, criticando esta solução, HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 255-256.

<sup>1259</sup> Assim, cfr. A. MENÉNDEZ REXACH, “Procedimientos administrativos: finalización y ejecución”, cit., pp. 262-264; MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, “La Terminación Convencional de los Procedimientos Administrativos”, cit., p. 79, e *Derecho Administrativo*, cit., p. 511 (embora, hoje, pareça sufragar uma posição de aceitação do potencial habilitante do artigo 88.º); e E. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, Madrid, 2008, pp. 514-519. HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 287 e 397-407, preconiza uma solução intermédia, sustentando que, quando a administração abdica da unilateralidade decisória, celebrando contratos substitutivos de atos administrativos, a norma do artigo 88.º não constitui uma habilitação suficiente, devendo ser complementada com “*normas de desarrollo*”. O mesmo já não sucede quando estejamos na presença de contratos endoprocedimentais.

<sup>1260</sup> Cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 186-189; L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 948-949, e “El artículo 88 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo”, cit., pp. 49-52; e ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 54-61. Para mais desenvolvimentos, sistematizando as posições doutrinárias, cfr. R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos*, cit., pp. 411-419.

<sup>1261</sup> F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 215-226, estuda diversos *procedimientos especiales de terminación convencional* (acordos de indemnização

procedimento geral de terminação convencional o procedimento especial previsto no artigo 46.º da *Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, que aprofunda o regime jurídico dos acordos procedimentais.

L. PAREJO ALFONSO sustenta que “o artigo 88.º é uma norma completa [...], e o facto de o legislador não estabelecer com carácter geral um critério substantivo no que toca à opção entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais permite concluir que a escolha da mesma é, em princípio, discricionária”, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer<sup>1262</sup>.

Praticamente unânime na doutrina é a consideração de que o “artigo 88.º da lei do procedimento administrativo tão pouco desenha um regime jurídico dos acordos procedimentais (o concreto regime jurídico dependerá de regulamentações especiais e da natureza e alcance do acordo de vontades), limitando-se a prescrever algumas notas comuns sobre aspetos formais e competenciais”<sup>1263</sup>. Aquele preceito normativo não determina expressamente os aspetos relacionados com o *regime substantivo* destes contratos, o *regime da invalidade* e o *regime da execução*. Por isso, as dificuldades maiores surgem no que respeita à delimitação do regime jurídico aplicável aos acordos procedimentais, quer tenham carácter finalizador do procedimento, quer sejam endoprocedimentais. Tratando-se de *contratos sobre o exercício de poderes públicos* (ou de *contratos administrativos*

---

nos processos de responsabilidade patrimonial das administrações públicas; terminação convencional em procedimentos sancionatórios; concessão de subvenções mediante contratos; e terminação convencional em procedimentos de atribuição de licenças e autorizações). MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 510-11, indica alguns tipos de acordos sobre o exercício de poderes administrativos subsumíveis no artigo 88.º: os acordos de intercâmbio, através dos quais a administração e os interessados se obrigam a prestações mútuas (v.g., o acordo alcançado na negociação coletiva no quadro da função pública – artigo 38.º EBEP); acordos de *concretização* ou de fixação do conteúdo do ato ou de alguns dos seus elementos (v.g., *acordo na expropriação* para a determinação do justo preço – artigo 24.º LEF – e *acordo indemnizatório* em procedimentos de responsabilidade patrimonial da administração – artigos 8.º e 15.º do RPRP); as *atas com acordo* em matéria tributária (artigo 155.º LGT); acordos de carácter *modal*, relativos à forma ou ao modo de cumprimento de uma obrigação, como os que permitem compensar os gastos de urbanização mediante cessão de terrenos (artigo 2.2. RPRP); acordos de *composição de interesses*, como os relativos a auxílios e subvenções públicas; e acordos para a *prática ou observância de um trâmite procedimental* – por exemplo, uma prova – ou de submissão à *arbitragem voluntária*.

<sup>1262</sup> *Derecho Administrativo*, cit., p. 949, mencionando que daquele preceito não resulta, contudo, um direito ou pretensão dos interessados à “*la forma convencional de terminación del procedimiento*”.

<sup>1263</sup> Cfr. R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos*, cit., p. 392. No mesmo sentido, cfr. ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 252-253. Estabelecem, assim, os n.ºs 2 e 3 da mencionada disposição legal que “*los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados*”; e que “*requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano*”.

*especiais*<sup>1264</sup>), discute-se se o regime jurídico aplicável deve ser o regime jurídico dos atos administrativos estabelecido pela lei do procedimento com aplicação subsidiária das disposições do Código Civil relativas ao negócio jurídico bilateral ou o regime substantivo dos contratos administrativos de colaboração estabelecido na *Ley de Contratos del Sector Público*.

Segundo a doutrina maioritária, os acordos procedimentais são considerados contratos sobre atos e poderes públicos, pelo que a delimitação do seu regime jurídico deverá passar pela aplicação das normas procedimentais que a própria lei de procedimento consagra para a produção de atos administrativos, aplicando-se, subsidiariamente, o regime jurídico contratual estabelecido pela *Ley de Contratos del Sector Público* e, em último termo, as disposições do Código Civil<sup>1265</sup>. Contudo, esse exercício hermenêutico-cognitivo revela-se altamente problemático. Se na fase da formação, o acordo procedimental está submetido às normas procedimentais que a lei do procedimento consagra para a prática de atos administrativos<sup>1266</sup>, já quanto ao regime substantivo, atenta a natureza contratual dos acordos procedimentais, a tarefa de compatibilização com as normas substantivas para os atos de conteúdo análogo deverá ser ajustada: assim, o regime dos atos não se lhes pode aplicar em aspetos como a execução forçada, a revogação e o regime da responsabilidade extracontratual da administração, pois tal degradaria a natureza contratual dos acordos<sup>1267</sup>.

---

<sup>1264</sup> Neste sentido, cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., p. 171; e HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., p. 255.

<sup>1265</sup> Assim, cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 179-184; ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 252-254; MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 511-512; e L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 958-961.

<sup>1266</sup> Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., p. 958.

<sup>1267</sup> Quanto ao regime jurídico na fase da execução dos contratos, discute-se se a administração mantém as prerrogativas de autoridade – *poderes exorbitantes* – de que normalmente goza nos contratos de colaboração regulados na *Ley de Contratos del Sector Público* e, bem assim, o modo de funcionamento da cláusula *rebus sic stantibus* e a eventual indemnização devida nos casos de incumprimento contratual – cfr., a esse respeito, a exposição de HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 215-240 e 360-377, considerando que os poderes exorbitantes tem menor latitude nos contratos sobre atos e poderes públicos, desde logo porque são tipicamente de execução instantânea. Por seu turno, MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 511-512, sustenta que os contratos sobre poderes públicos “não se confundem com os contratos administrativos de colaboração [...], pelo que naqueles o contraente público não conserva os poderes de modificação e extinção que são típicos do regime de contratação pública”. O regime jurídico dos acordos procedimentais não pode ser reconduzido ao regime estabelecido na Lei de Contratos do Sector Público, mas também não pode ser inteiramente sujeito ao regime dos atos administrativos. Em sentido idêntico se pronuncia L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 959-960, embora refira que a figura da “terminação convencional do procedimento não supõe a perda pela administração da faculdade de resolução unilateral por motivos de interesse público”, já que o seu objetivo é, também, a execução da lei e a administração nunca perde a vinculação ao interesse geral. Em rigor, “nesta relação jurídica convencional, a administração não ostenta simplesmente um «interesse de parte», pois continua a ser gestora do interesse geral”. Daí que “a consequência de tudo isto não possa deixar de ser outra senão a aplicação no



Quanto ao regime da invalidade dos acordos procedimentais, PAREJO ALFONSO afirma mesmo que “o recurso ao regime geral de invalidade dos atos administrativos implicaria uma inaceitável defraudação da específica participação no exercício dos poderes administrativos que a terminação convencional institucionaliza, por via da sua descaraterização através da criação de uma figura mista convencional-unilateral insuscetível de adequado enquadramento e sistematização”<sup>1268</sup>. Por força da mencionada dificuldade de compatibilização entre *contrato* e *poder público*, alguns autores propõem, no que respeita ao regime da *invalidade*, que sejam aplicadas, com as necessárias adaptações, as regras do regime de invalidade dos contratos administrativos regulados na Lei dos Contratos das Administrações Públicas (uma vez que os acordos procedimentais são “contratos administrativos especiais”<sup>1269</sup>) e, subsidiariamente, o regime de invalidade dos contratos previsto no Código Civil<sup>1270</sup>.

Por outro lado, no que respeita aos limites erigidos aos contratos sobre atos e poderes públicos, os diversos n.ºs do artigo 88.º estabelecem *limites à autonomia pública contratual*. Assim, os acordos não podem ser contrários ao ordenamento jurídico; devem estar funcionalizados à prossecução do interesse público (*causa*); não podem incidir sobre matérias insuscetíveis de transação; e não podem alterar as competências, nem as responsabilidades das autoridades administrativas e dos respetivos funcionários e agentes (*princípio da indisponibilidade do poder público*)<sup>1271</sup>. O contrato não pode, também, afetar

---

essencial do regime do ato administrativo em harmonia com o regime jurídico do contrato administrativo”. Deste modo, advoga que a interpretação e modificação dos acordos sobre poderes públicos deve realizar-se segundo o princípio do contraditório e de acordo com as formas de mediação e arbitragem autorizadas pelo artigo 107.º, n.º 2, da lei de procedimento administrativo. Em alternativa à revogação unilateral do regime do ato, deve aplicar-se, segundo o Autor, a resolução por motivos de interesse público, sendo acompanhada de indemnização nos termos da responsabilidade contratual (*idem*, cit., p. 960).

Todavia, esta posição não é unânime, havendo quem considere que a resolução tem que ser feita por acordo e mediante negociação com os particulares. ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 445-446, dá-nos conta que “este problema foi amplamente discutido nas Jornadas de Sevilla (ocorridas em janeiro de 1997), tendo sido proposta uma alteração ao artigo 88.º que expressamente previa que o órgão administrativo que celebrou um acordo procedimental poderia acordar, dando audiência às demais partes, a sua resolução, no caso de circunstâncias supervenientes determinarem a sua inadequação ao interesse público”.

<sup>1268</sup> Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., p. 961.

<sup>1269</sup> Cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., p. 182.

<sup>1270</sup> Cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 179-184; L. PAREJO ALFONSO, “El artículo 88 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo”, cit., pp. 21-76, e *Derecho Administrativo*, cit., pp. 960-961; HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 377-388; e ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 535-535.

<sup>1271</sup> Prescreve o n.º 4 do citado artigo 88.º que “*los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos*”.

diretamente a esfera jurídica de terceiros, pelo que devem estes ser ouvidos no procedimento para o exercício do contraditório<sup>1272</sup>.

Finalmente, registre-se o facto de muito recentemente ter sido aprovado um projeto de nova Lei do Procedimento Administrativo (*Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*), que adita um novo número ao preceito normativo da “terminação convencional do procedimento” (o artigo 88.º passa a 86.º e contempla um novo n.º 5), disciplinando os termos específicos da *indemnização* a pagar em caso de incumprimento do contrato e de responsabilidade contratual<sup>1273</sup>. Registre-se, também que, de forma inovadora, o artigo 85.º do mencionado projeto introduz a figuração da “*terminación en los procedimientos sancionadores*”.

### 33.3. Ordenamento jurídico português

Em Portugal, tal como em Espanha, a influência jus-administrativa francesa levou a que a discussão desenvolvida e consolidada em torno do fenómeno da contratação pública se centrasse, logo nos primeiros decénios do século XX, nos contratos administrativos de colaboração (MAGALHÃES COLLAÇO, MELO MACHADO), pelo que, somente bem mais tarde, já no último quartel de século, a doutrina nacional recebeu a dogmática germânica do contrato de direito público, debatendo os seus efeitos jurídicos e potencial aplicativo à relação jurídica procedimental<sup>1274</sup>.

---

Desenvolvendo a temática dos *limites materiais* impostos a estes contratos, cfr. R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos*, cit., pp. 419-424, referindo que, com a alteração da *Ley 4/1999, 13 enero*, à *Ley 30/1992*, passam a aplicar-se à terminação convencional do procedimento os artigos 42.1., 42.5. e), e 109. e), da lei geral do procedimento administrativo. Em sede contenciosa, são os *tribunales administrativos* os órgãos competentes para conhecer dos litígios jurídico-administrativos emergentes daquelas relações contratuais.

<sup>1272</sup> Cfr. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, cit., p. 511.

<sup>1273</sup> *En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 77.* Por sua vez, o artigo 77.º do Projeto dispõe que: *Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.*

<sup>1274</sup> Na doutrina nacional, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Contrato Administrativo e Ato Jurídico Público*, cit., pp. 1-17; MARCELLO CAETANO, “Conceito de contrato administrativo”, *Estudos de direito administrativo*, Lisboa, 1974; A. BARBOSA DE MELO/F. ALVES CORREIA, *Contrato Administrativo*, CEFA, Coimbra, 1984; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, cit., pp. 739-743; VIEIRA DE ANDRADE, “As Novas Regras para a Atividade Administrativa”, CEFA, Coimbra, 1993, p. 101, e “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos da Contratação Pública - II*, Coimbra, 2010; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., pp. 12-21 e 76-78, e *Entidades Privadas*, cit., pp. 686-688; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE

Apesar de a instituição jurídica “contrato administrativo” contar já com cerca de um século de história no direito administrativo português, a figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos só mais recentemente começou a ser objeto de tratamento científico aprofundado. Aprovado em 1991 pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, o Código de Procedimento Administrativo português mantinha-se em certa medida fiel ao paradigma do contrato administrativo tradicional de *modelo francês*: é o que se deduzia a partir dos tipos de contratos indicados (artigo 178.º, n.º 2), todos eles pertencentes a esse modelo, e ainda das regras sobre os poderes da administração e a escolha do cocontratante (artigos 180.º e 182.º e 183.º). Contudo, dois aspetos fundamentais apontavam já para um sistema jurídico contratual misto (porque aberto à influência germânica). O primeiro intrinsecamente relacionado com a noção de contrato administrativo proposta pelo legislador no artigo 178.º, n.º 1 – “o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa” – em termos idênticos à definição de contrato administrativo cunhada no §54 da VwVfG.

---

AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, Coimbra, 1997, pp. 816-820; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição*, Vol. I, cit., pp. 79-91, *Legalidade*, cit., pp. 834-844, e *Direito Administrativo – Relatório*, Lisboa, 1998, pp. 346-347 e 423-426; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 184-198; CASALTA NABAIS, *Contratos Fiscais*, cit., pp. 17-54; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., pp. 41-45; BERNARDO AYALA, “Considérations sur l’interchangeabilité entre acte administratif et contrat administratif dans le droit portugais”, *Revue Européenne de Droit Public*, n.º 2, 1998, pp. 423-429; JOÃO TABORDA DA GAMA, *Promessas Administrativas*, Coimbra, 2008, pp. 24-29; JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., pp. 69-71; ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, cit., pp. 234-246; ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., pp. 512-535, e o nosso “Contrato e Poder Público Administrativo. Em especial, os «Novos» Contratos com Objeto Passível de Regulamento Administrativo”, cit., pp. 195-224. Na especialidade, os estudos e monografias desta temática são de MARK KIRBY, *Contratos Administrativos de Subordinação (Natureza, Funções e Limites)*, A.A.F.D. Lisboa, 2002, e *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra, 2011, e de FILIPA CALVÃO, “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, *Estudos da Contratação Pública I*, cit., pp. 327-370.

Recorde-se que, sob ponto de vista histórico, em Portugal, verificou-se um período histórico em que a abdicação do exercício unilateral na disciplina de relações jurídico-administrativas obedecia a um *princípio da tipicidade legal*. Referimo-nos à interpretação dominante do artigo 815.º, §2, do Código Administrativo de 1936/1940, enquanto preceito definidor de um *modelo fechado* de contratos administrativos. Todos esses contratos correspondiam a um modelo específico e paradigmático de *contratos administrativos de colaboração subordinada*. Para MARCELLO CAETANO, só poderiam existir os contratos administrativos definidos nessa disposição legal e, bem assim, aqueles que, por força de lei posterior assim fossem qualificados ou submetidos a um regime de direito administrativo. Recorde-se que MELO MACHADO, FREITAS DO AMARAL e SÉRVULO CORREIA defenderam, a este propósito, a existência de outros contratos administrativos para além dos expressamente consagrados, entendendo que a enumeração do artigo 815.º, §2, do Código Administrativo apenas se referia à atribuição de competência contenciosa, tendo mero alcance processual. Com a aprovação do ETAF em 1984, desapareciam os pressupostos de um *numerus clausus* dos contratos administrativos (cfr. o artigo 9.º, n.º 3). E, quando em 1991, o CPA consagrou uma *noção substantiva* de contrato administrativo (artigo 178.º, n.º 1) e enunciou o *princípio da livre utilização do contrato administrativo* (artigo 179.º), abriu caminho à adoção genérica de formas jurídicas bilaterais de exercício da atividade administrativa, isto é, sem dependência de uma específica habilitação legislativa para o efeito.

O segundo respeitante ao artigo 179.º, que, sob a epígrafe “utilização do contrato administrativo”, estabelecia a liberdade de a autoridade administrativa, na prossecução das atribuições da pessoa coletiva em que se integra, celebrar contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer. Dessa importantíssima disposição que reconhecia a autonomia pública contratual da administração<sup>1275</sup> – *id est*, a possibilidade de ela recorrer ao contrato administrativo para realizar as atribuições que estiverem a seu cargo –, a generalidade da doutrina extraía a consagração do “contrato administrativo como figura de utilização geral”<sup>1276</sup>, admitindo quaisquer contratos atípicos (incluindo, contratos com objeto passível de ato administrativo) e, em geral, a faculdade de a administração, no exercício da sua função, recorrer indiferentemente à emissão de atos ou à celebração com os particulares de contratos administrativos. O que significava que, mesmo quando a lei não indicasse especificamente o contrato como forma de atuação administrativa, a administração dele pudesse lançar mão, salvo se a lei ou a natureza da relação jurídica a estabelecer não o permitissem.

A partir das alterações introduzidas no Código de Procedimento Administrativo pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro, o artigo 185.º, n.º 3, *a*), daquele diploma legal passou a referir-se expressamente à figura do “contrato com objeto passível de ato administrativo”, a propósito do regime de invalidade do contrato, prescrevendo como solução a aplicação do regime de invalidade do ato administrativo estabelecido naquele Código. Apesar do legislador não regular aí um regime jurídico global desses contratos, nem se referir aos contratos endoprocedimentais de conteúdo obrigacional, a doutrina sustentava que, da leitura conjunta dos artigos 179.º e 185.º, n.º 3, *a*), do CPA, resultava quer a possibilidade do contrato surgir como um modo de terminação ou conclusão do procedimento em alternativa ao ato administrativo, quer a admissibilidade de acordos pelos quais a administração se compromete no âmbito de um procedimento a praticar um ato administrativo em momento futuro<sup>1277</sup>.

Com efeito, pelo menos a partir de 1996, não parecia que se pudessem suscitar dúvidas sobre a admissibilidade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos no direito português, já que o artigo 179º, n.º 1, continha abertura suficiente para esse efeito e o

---

<sup>1275</sup> Acolhendo os inovadores contributos de SÉRVULO CORREIA, em *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 639 e 653.

<sup>1276</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “As Novas Regras para a Atividade Administrativa”, cit., p. 101; e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, cit., p. 817.

<sup>1277</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, cit., p. 817; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição*, Vol. I, cit., p. 87, e *Legalidade*, cit., p. 843; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., pp. 77-78; e MARK KIRBY, *Contratos Administrativos de Subordinação*, cit., pp. 90-92.

artigo 185.º, n.º 3, *a*), acolhia o conceito de “contrato administrativo com objeto passível de ato administrativo”<sup>1278</sup>. Significa isto que, também entre nós, a administração pública passou a estar habilitada a usar a forma do contrato para produzir o efeito jurídico de um ato administrativo (*contratos decisórios*), assim como para celebrar contratos em que se comprometia a praticar ou a não praticar um ato administrativo com um certo conteúdo (*contratos obrigacionais*).

Com a entrada em vigor, em 2008, do Código dos Contratos Públicos, através do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, foi revogado o Capítulo III da Parte IV do CPA (artigos 178.º a 189.º), tendo sido “transferida” a disciplina jurídica essencial do contrato administrativo para aquele Código. Neste sentido, o CCP, em termos similares aos que resultavam do CPA, consagrou, no artigo 278.º, o princípio da *alternatividade ou paridade do contrato em relação ao ato administrativo*. Mas foi mais longe do que o CPA na densidade da regulamentação legal, ao qualificar como administrativos os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos como contratos administrativos [art. 1.º, n.º 6, *b*)] e, ainda, ao admitir *contratos substitutivos de atos administrativos* (art. 337.º). Se a isto adicionarmos a previsão de regras jurídicas específicas relativas à *eficácia* (art. 287.º, n.º 1), à *caducidade* (artigo 337.º), à *negociabilidade da vigência dos vínculos contratuais* (art. 336.º) e à *submissão à concorrência de mercado* [artigo 5.º, n.º 6, *al. b*)], parece-nos ser de concluir que o legislador pretendeu – com um intuito unificador – fixar, por um lado, um regime jurídico instituído pelo CCP especialmente aplicável aos contratos sobre o exercício de poderes públicos e, por outro, um regime geral (do contrato administrativo) aplicável aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, com as necessárias adaptações.

Assim sendo, em Portugal, a partir de 2008, a regulamentação jurídica especial dos contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos passou a constar de um Código dos Contratos Públicos, opção que se afigurou, para nós, altamente questionável sob ponto de vista sistemático, visto que o modelo paradigmático que se encontra regulado na Parte III é o do *contrato administrativo de colaboração ou de matriz francesa*, não tendo aquele regime substantivo sido pensado ou desenhado em função do *quid specificum* do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos.

---

<sup>1278</sup> De igual modo, para efeitos de delimitação da jurisdição administrativa, o artigo 4.º, n.º 1, *f*), do ETAF qualificava os contratos com objeto passível de ato administrativo como contratos administrativos: “compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objeto [...], questões relativas à interpretação, validade e execução de contratos de objeto passível de ato administrativo.

Em janeiro de 2015, com a entrada em vigor do novo Código do Procedimento Administrativo, o legislador pretendeu promover, de forma empenhada, a contratualização da atividade administrativa (artigos 56.º, 57.º, 127.º e 200.º a 202.º). A possibilidade de o particular acordar com a administração a decisão que põe termo ao procedimento, através da celebração de um acordo endoprocedimental (artigos 57.º e 98.º, n.º 2), bem como de celebrar um contrato substitutivo de ato administrativo (artigos 77.º, n.º 4 e 127.º) constituem a expressão mais acabada da generalização da utilização do contrato no procedimento administrativo. Contudo, *tais previsões* não foram acompanhadas de qualquer delineação do regime jurídico substantivo desses contratos, limitando-se o artigo 202.º, n.º 1, a estabelecer que “as relações contratuais administrativas são regidas pelo Código dos Contratos Públicos ou por lei especial, sem prejuízo da aplicação subsidiária daquele quando os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa”.

Diversamente do que sucede na Alemanha, Itália e Espanha – ordenamentos jurídicos onde os contratos sobre poderes públicos se encontram regulados nas leis de procedimento administrativo (*scilicet*, de procedimento de autoridade) e não nas leis gerais da concorrência e da contratação pública –, em Portugal, *subsiste um problema jurídico de determinação do regime do contrato administrativo sobre poderes públicos*. Essa incerteza foi adensada pelo novo CPA – porquanto o legislador demitiu-se de indicar a *disciplina essencial* do regime jurídico substantivo desse contrato –, cenário que pretendemos discutir ao longo da presente investigação, já que ameaça a utilidade, estabilidade e até a autonomia substantiva dessa figura no direito português.

Uma breve nota para referir que é nas leis administrativas especiais que podemos registar a amplitude que o contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos alcançou no direito português, falando-se agora abertamente de *contratos policiais*, no contexto da participação dos destinatários na elaboração de normas ou na realização das medidas de prevenção de perigos. Assim, o legislador português tem expendido um esforço no sentido de abrir múltiplos espaços à contratualização do poder administrativo (de natureza *decisória* e *regulamentar*), através da previsão de *figuras contratuais* específicas, de recorte variado, *inter alia*, nos domínios de *concessão de benefícios fiscais* (artigos 37.º da Lei Geral Tributária, 41.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais e 1.º, n.º 1, *a*), e 16.º do Código Fiscal do Investimento), da concessão de *subvenções públicas* (artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 167/2008 de 26 de agosto), das *transações* [seja no âmbito do *direito fiscal formal* – artigo 92.º da LGT – ou da *expropriação por utilidade pública* – artigos 33.º a 37.º do Código das Expropriações], do *controlo prévio das operações urbanísticas* [artigos 24.º, n.º 2, *b*), e 5, e 25.º, n.ºs 1, 3, 4 e 6, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação], do *planeamento urbanístico* (artigos 47.º da Lei de Bases da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território

e de Urbanismo e 79.º a 81.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial), da *reabilitação urbana* (artigos 26.º, n.º 1, e 73.º-A do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana).

### 33.4. Ordenamento jurídico inglês

O problema do exercício contratual de poderes administrativos não se coloca do mesmo modo no panorama europeu, ainda mais quando nos situamos nos sistemas de administração judiciária, de inspiração anglo-saxónica, como é aquele que é adotado na Inglaterra. Não obstante serem ainda muitas as diferenças que continuam, atualmente, a subsistir do lado de cá e do lado de lá da Mancha no que toca à noção de direito administrativo e aos seus institutos jurídicos (*v.g.*, ato administrativo, contrato administrativo), há algum tempo que vão soprando ventos de aproximação entre o sistema de administração judiciária e o sistema de administração executiva (que, com versões diferenciadas, é tradicionalmente adotado na Europa continental)<sup>1279</sup>. Contudo, existem no domínio dos contratos da administração pública dois grandes pressupostos que caracterizam o modelo de contratação pública e tornam a abordagem inglesa singular. Por um lado, o peso e a influência das conceções de DICEY, que se opôs fortemente ao desenvolvimento de um direito administrativo de tipo francês, dificultam a interpretação e a transposição de conceitos e figuras jurídicas sob ponto de vista jurídico-comparativo para os ordenamentos jurídicos de *regime administrativo*<sup>1280</sup>.

Por outro, pese embora a matéria da contratação administrativa tenha conhecido uma trajetória evolutiva no sistema inglês, ao ponto de aí florescerem inovadoras formas de aplicação do “*Contracting State*” e da administração por contrato<sup>1281</sup>, não se pode, ainda,

---

<sup>1279</sup> Cfr. A. RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 129-160; VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 34-37; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, cit., pp. 108-130; e PINTO BRONZE, “Continentalização do direito inglês ou insularização do direito continental? Proposta para uma reflexão macro-comparativa do problema”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1975, Suplemento XXII.

<sup>1280</sup> Cfr. MURRAY HUNT, “Constitutionalism and the Contractualisation of Government”, cit., pp. 22-27; PAUL CRAIG, *Administrative Law*, cit., pp. 4-7; e PETER CANE, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 171-173.

<sup>1281</sup> Cfr. WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., pp. 674-675; BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., pp. 768-770; e LEYLAND/WOODS, *Administrative Law*, cit., pp. 31-33 e 48-51. Convém, no entanto, notar que o *Deregulation and Contracting Out Act* de 1994, que alargou consideravelmente o âmbito de aplicação do contrato público na atividade administrativa (em especial do *contracting out* e dos contratos de delegação de funções públicas), manteve alguns limites e domínios tidos por inacessíveis ao contrato. Assim, não podem ser objeto de contratos *funções de natureza judicial*, matérias que interfiram com a *liberdade do indivíduo* e que envolvam *direitos de ingresso no país, buscas e confisco da propriedade*. No plano temporal, os contratos ficam também sujeitos a um limite imperativo de *dez anos* que, por imposição legal, tem de constar expressamente dos contratos celebrados pelas entidades adjudicantes – Sections 69 (5) a), 70 (4) e 71 (1), a), b), c) e d), do *Deregulation and Contracting Out Act*.

falar de uma figura dogmática, submetida a um corpo de regras autónomo de direito público, reconduzível ao *contrato administrativo*<sup>1282</sup>. Sob o ponto de vista sistemático, não existe uma clara demarcação ao nível legislativo entre *direito contratual público* e *direito contratual privado*, não se vislumbra qualquer codificação de regras próprias para a contratação pública<sup>1283</sup>, nem sequer a definição positiva de categorias de contratos públicos que conheçam um regime substantivo distinto face aos contratos de direito privado<sup>1284</sup>. De resto, não existe o contrato administrativo, enquanto figura de utilização geral no exercício da função administrativa, nem um contencioso administrativo por natureza reservado a esses contratos.

No entanto, num ordenamento jurídico em que se “afirma o princípio constitucional de que o governo se encontra sujeito ao direito comum dos contratos”<sup>1285</sup> (*ordinary law of contract*), deve reconhecer-se que a ideia de submeter exclusivamente ao direito comum o regime jurídico dos contratos públicos foi-se revelando uma “utopia”, verificando-se uma tendência de remissão pelas partes contratantes para regimes de direito administrativo afastados dos termos da *common law*<sup>1286</sup>. No fundo, a aplicação do sistema de direito comum aos *government contracts* far-se-á, em diversas ocasiões, de forma corrigida. Fruto do labor da doutrina e de iniciativas regulamentares da administração

---

<sup>1282</sup> Para tal já advertia J. D. B. MITCHELL, “Jurisprudence récente relative aux contrats administratifs en Grande-Bretagne”, *RDP*, 1959, p. 463.

<sup>1283</sup> Não obstante o apelo tanto da doutrina mais antiga [H. STREET, *Government Liability*, Cambridge University Press, 1953, pp. 104-105], como da doutrina mais recente [ANNE DAVIES, “Ultra Vires Problems in Government Contracts”, 122(Jan) *Law Quarterly Review* (2006), p. 104].

<sup>1284</sup> Cfr. JANET MCLEAN, “The Crown in Contract and Administrative Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, 2004, pp. 129-154; WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., p. 673; PAUL CRAIG, *Administrative Law*, cit., pp. 540-549; PETER CANE, *Administrative Law*, cit., pp. 224-238; LEYLAND/WOODS, *Administrative Law*, cit., pp. 522-531; Y. MARIQUE, *Public-Private Partnerships and the Law: Regulation, Institutions and Community*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 1-11; NEIL HAWKE, *Introduction to Administrative Law*, Routledge, 2013, pp. 248-249; STONE/DEVENNEY, *The Modern Law of Contract*, Routledge, 2013, pp. 6-27; TIMOTHY ENDICOT, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 599-600; HARLOW/RAWLINGS, *Law and Administration*, Cambridge University Press, 2009, pp. 341-343; ANNE DAVIES, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008, pp. 15-16; ARROWSMITH/LINARELLI/WALLACE, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, 2000, pp. 13-15; JACQUES VANDERLINDEN, *Les grands arrêts de la Common Law*, Les Contrats, Tome II, Centre international de la common law en français (CICLEF), École de droit, Université de Moncton, 1999; M. D’ALBERTI, *I “public contracts” nella esperienza britannica*, Napoli, 1984, pp. 31-45; J. D. B. MITCHELL, *The Contracts of Public Authorities: A Comparative Study*, Bell, London, 1954, pp. 24-27; e, entre nós, J. M. SÉRVULO CORREIA, “O controle jurisdicional da Administração no direito inglês”, *Estudos de direito público em honra do Prof. Marcello Caetano*, Ática, 1973, pp. 107-116, e “A autonomia contratual da Administração no Direito inglês”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, I, Coimbra, 1984, pp. 343-375.

<sup>1285</sup> Cfr. LEYLAND/WOODS, *Administrative Law*, cit., p. 522; WADE/ FORSYTH, *Administrative Law*, cit., p. 673; e BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., p. 754.

<sup>1286</sup> Cfr. GASPAR ARIÑO ORTIZ, “Estudio Introductorio. La eterna cuestión de poder y contrato”, cit., p. 17.



pública inglesa, registaram-se avanços significativos na definição de *regras* e de *princípios especiais* de direito público aplicáveis aos contratos da administração pública, aos quais se vem cada vez mais recorrendo em resultado da inadequação dos regimes de direito comum. Atualmente, o regime jurídico substantivo dos *government contracts* pode, dependendo da modelação do conteúdo que as partes acordarem, encontrar-se repleto de *particularismos* que se afastam do regime comum de direito civil, comercial ou laboral.

Para além disso, no que se refere aos contratos em que a administração se vincula a exercer o seu *poder discricionário* num determinado sentido, verifica-se uma evolução doutrinal e jurisprudencial assinaláveis, *maxime* no que concerne à necessidade de se circunscrever o âmbito de aplicação da doutrina *ultra vires* e os domínios de compatibilidade do contrato com a ideia de *freedom of executive action*. Em matéria de contratação administrativa, o direito inglês não mantém, hoje, uma posição conservadora e inalterada face à linha tradicional (pan-privatista), seja no que toca aos contratos de colaboração e de procura pública, seja no que tange aos contratos sobre o exercício de poderes discricionários. Em que termos se verifica essa abertura à “administrativização” dos contratos públicos?

Quanto aos contratos de colaboração, os *government contracts* são tradicionalmente contratos das autoridades públicas (nessa medida, são *contratos públicos*), submetidos a um regime substantivo de direito privado (*common law*) e, bem assim, sujeitos ao conhecimento dos tribunais comuns (*high court of justice or country courts*). Contudo, muitos desses contratos (*public procurement*<sup>1287</sup>) sofrem certas derrogações ao regime de direito comum, tanto no que concerne à previsão de regras específicas dos respetivos procedimentos adjudicatórios<sup>1288</sup>, como no que tange à disciplina da relação jurídica contratual. Deste modo, quando estão em causa determinados contratos de solicitação, existem regras relativas ao regime substantivo<sup>1289</sup> (em *guide lines*, *diretrizes* ou *códigos de conduta*) que são “incorporadas” no clausulado contratual e, ainda, a possibilidade de

---

<sup>1287</sup> Segundo ARROWSMITH/LINARELLI/WALLACE, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, cit., 2000, p. 1, o *public procurement* pode ser definido como o contrato de aquisição por entes públicos, departamentos governamentais e municipais, do complexo de bens e serviços necessários para o exercício das suas atividades, assumindo aqui o Estado o papel de *cliente*, que visa obter bens e serviços no mercado nas melhores condições possíveis (é a ideia de *value for money*). Para tanto, diversos contratos de procura pública estão submetidos a procedimentos adjudicatórios (*competitive award procedure*) e a regras de direito público de escolha do cocontratante da administração – *idem*, pp. 27 e 673-743.

<sup>1288</sup> Cfr. WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., p. 673.

<sup>1289</sup> Cfr. PAUL CRAIG/MARTIN TRYBUS, “Angleterre et Pays de Galles – England and Wales”, *Comparative law on Public Contracts*, eds. Rozen Noguellou/Ulrich Stelkens, Groupe de Boeck, 2010, p. 341.

conhecimento de litígios contratuais por órgãos administrativos independentes com funções decisórias e consultivas (o *Review Board for Government Contracts*<sup>1290</sup>).

A evolução do direito inglês da contratação pública conheceu, sobretudo a partir da década de 90 do século passado, um impulso decisivo (seja pela via nacional, seja por influência do direito europeu da contratação pública), aí emergindo diversas regulamentações dirigidas aos *contratos públicos* e ao *contracting out* da administração, que formam um vasto conjunto de regras e de princípios da atividade contratual da administração pública, como o *Public Works Contracts Regulations* (1991), o *Public Service Contracts Regulations* (1993), o *Deregulation and Contracting Out Act* (1994), o *Public Supply Contracts Regulations* (1995), a *Utility Contracts Regulations* (1996), o *Local Government Contracts Act* (1997), o *Local Government Act, Secção 2* (2000), o *Regulatory Reform Act* (2001), o *Public Contracts Regulations* (2006) para a Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte e o *Public Contracts Regulations* (2006) para a Escócia. O *Public Contracts Regulations* (2006) representa a implementação na legislação britânica das diretivas europeias sobre a contratação pública<sup>1291</sup>.

Para além destas regulamentações vinculativas, existe um complexo de regras sobre a atividade contratual dos órgãos públicos, avulsas e dispersas (v.g., regras sobre a modificação e resolução dos contratos, equilíbrio económico-financeiro, distribuição de riscos, revisão de preços, compensações devidas<sup>1292</sup>, etc.), que não são *statutes*, nem são formalmente vinculativas<sup>1293</sup>, embora sejam adotadas pelas entidades adjudicantes quando manifestam vontade de contratar e observadas pelas partes na relação contratual, sempre que estas remetam o conteúdo e a interpretação das cláusulas contratuais para tais instrumentos. Concretamente, em causa estão *guide lines*, *guidance notes*, *model terms and conditions for contracts*, *diretrizes* ou *códigos de conduta*, emitidos pelos ministros ou pelos departamentos governamentais, designadamente pelo *Office of Government Commerce* – um órgão administrativo independente do Tesouro ao qual incumbe a regulação dos contratos públicos<sup>1294</sup>.

<sup>1290</sup> Cfr. WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., pp. 673-674.

<sup>1291</sup> Está em fase de consulta pública o projeto de regulamentação dos contratos públicos, que visa implementar na legislação britânica as novas diretivas europeias sobre a contratação pública de 2014 – “Draft Public Contracts Regulations 2015”, disponível em [www.gov.uk](http://www.gov.uk).

<sup>1292</sup> No dizer de PAUL CRAIG/MARTIN TRYBUS, “Angleterre et Pays de Galles – England and Wales”, cit., p. 342, “essas regras substantivas sobre contratos públicos (*liabilites; compliance with legal obligations; control of the contract; default, breach and termination; and dispute resolution*) formam um *standard* para os contratos da administração [...], pelo que os *model conditions of contract* desempenham uma função similar àquela que é realizada por um Código dos Contratos Públicos”.

<sup>1293</sup> Cfr. PETER CANE, *Administrative Law*, cit., p. 230.

<sup>1294</sup> Como referem PAUL CRAIG/MARTIN TRYBUS, “Angleterre et Pays de Galles – England and Wales”, cit., pp. 341-342, assistiu-se à intensificação da atividade jurídica desses departamentos

Neste contexto, destacam-se os seguintes instrumentos: *Procurement Policy Guidelines*, de 2001, do *Office of Government Commerce*; *Contract management guidelines (Principles for service contracts)*, de 2002, do *Office of Government Commerce*; *Procurement and Contract Strategies*, de 2003, do *Office of Government Commerce*; *Standardisation of Private Finance Initiative Contracts*, aplicável aos contratos de PFI (modalidade de parceria público-privada), e a *PFI/PPP finance guidance*, elaboradas pelo HM Treasury e pelo Infrastructure UK; *Model Terms and Conditions of Contracts for Goods* e *Model Conditions of Contracts for Services*, elaborados pelo *Office of Government Commerce* e aplicáveis aos contratos de colaboração da administração<sup>1295</sup>. Acompanhando de perto PAUL CRAIG, os *Model Terms and Conditions* assumem atualmente especial importância, neles se fundando a concessão de *poder unilateral* ao contraente público nos capítulos da *modificação (to vary the contract)* e da *resolução do contrato* com base no interesse público (*break clauses*). O elemento propulsor é, naturalmente, o consenso das partes, que estipulam a remissão para aquelas cláusulas e termos gerais pré-estabelecidos<sup>1296</sup>. A circunstância de tais regras de direito contratual, que regulam aspetos substantivos da relação contratual, não serem dotadas em geral de uma estrita imperatividade – não obrigando as partes que não as subscrevem – não as desvaloriza juridicamente, pois essa vinculatividade é alcançada sempre que as partes modelam o conteúdo contratual a partir das mesmas (o que sucede na maior parte das vezes)<sup>1297</sup>. E porque tal remissão se tornou cada vez mais frequente (através de formulários contratuais padronizados ou contratos-tipo propostos pelas entidades adjudicantes), PAUL CRAIG considera que “futuramente os poderes unilaterais de modificação e de resolução serão a

---

governamentais (*Treasury, Cabinet Office* e *Office of Government Commerce*) em matéria de contratação pública. Desse direito regulador (*soft law*) emergiram regras e princípios especialmente aplicáveis aos contratos públicos, que são, hoje, fundamentais na compreensão do regime jurídico dos contratos da administração.

<sup>1295</sup> Cfr. PAUL CRAIG, “Specific Powers of Public Contractors”, *Comparative law on Public Contracts*, eds. Rozen Noguellou/Ulrich Stelkens, Groupe de Boeck, 2010, pp. 179-181.

<sup>1296</sup> Na expressão de PAUL CRAIG, “Specific Powers of Public Contractors”, cit., p. 180, o sistema jurídico inglês, extensivo à Escócia e ao País de Gales, dispõe de um “*standard* de condições modelo de contratos que constituem juridicamente o «prato quente» (*legal boilerplate*) servido à mesa das negociações dos contratos públicos”. A análise em detalhe da aplicação do *Model Terms and Conditions of Contracts for Goods* e do *Model Conditions of Contracts for Services* pode ser vista em PAUL CRAIG/MARTIN TRYBUS, “Angleterre et Pays de Galles – England and Wales”, *Comparative law on Public Contracts*, cit., pp. 349-356. Entre nós, analisa também o seu teor no âmbito das empreitadas de obras públicas LICÍNIO LOPES, *O Contrato de Empreitada*, cit., pp. 506-509.

<sup>1297</sup> No fundo, a situação não é muito diferente daquela em que um particular celebra um contrato administrativo com o contraente público, *aceitando* submeter-se a um “regime jurídico exorbitante” pré-tipificado, essencialmente marcado pela “supra-infra ordenação”. Diz-se, por isso, que a aplicação do sistema do direito comum aos *government contracts* se faz de forma corrigida, mediante a introdução de regras especiais.

norma no universo da contratação pública”, por aqui se fazendo uma aproximação entre os sistemas da *common law* e os sistemas administrativos continentais<sup>1298</sup>.

Diferentemente, no que tange aos *contratos sobre o exercício de poderes discricionários*, importa considerar outros aspetos. Primeiro, no sistema inglês, os órgãos públicos são, por princípio, livres para prosseguir as suas atribuições através de forma contratual ou de decisão unilateral<sup>1299</sup>, apenas se encontrando condicionados quando a lei (*statute*) determine imperativamente uma forma jurídica obrigatória ou quando determinado ente público não possua capacidade para contratar. À margem deste regime situa-se a Coroa (*Crown*<sup>1300</sup>), que possui *capacidade jurídica genérica* para contratar e pode vincular contratualmente o poder público sem necessidade de autorização estatutária<sup>1301</sup>. Segundo, a capacidade jurídica pública de contratar é, no entanto, limitada pela aplicação do princípio *ultra vires*. Este princípio, intensamente invocado pela *judicial review*, estabelece os limites da intervenção administrativa e assume um duplo sentido no direito contratual: por um lado, visa aferir se a lei parlamentar conferiu a um ente público competência para prosseguir determinada tarefa e, bem assim, capacidade para celebrar contratos nesse âmbito; por outro, tem como intuito determinar se o contrato celebrado por aquele ente público restringe de forma indevida o exercício futuro do poder discricionário (*future freedom of executive action*)<sup>1302</sup>. Por isso, sempre que os contratos celebrados pela administração são

<sup>1298</sup> “Specific Powers of Public Contractors”, cit., p. 180.

<sup>1299</sup> Cfr. WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., p. 673; BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., p. 769; PAUL CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 540; e CRAIG/TRYBUS, “Angleterre et Pays de Galles – England and Wales”, cit., pp. 347-348.

<sup>1300</sup> “*The Crown*” é um termo genérico utilizado para referir os entes ou os agentes administrativos no exercício de poderes executivos que historicamente pertenciam ao monarca. É usualmente aplicado para referir as entidade públicas governamentais – cfr. MARK FREEDLAND, “The Crown and the Changing Nature of Government”, *The Nature of the Crown*, Sunkin/Payne (eds.), Oxford University Press, 1999, pp. 111-120. Note-se que a posição em que a Coroa opera permitiu-lhe adquirir historicamente certas “prerrogativas” que podem afetar o desenlace da relação jurídica obrigacional (“*execution of judgement against the Crown is not permitted*”; “*specific performance orders and injunctions are not obtainable against the Crown*”).

<sup>1301</sup> Cfr. WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., p. 673. LEYLAND/WOODS, *Administrative Law*, cit., p. 524, referem-se mesmo a uma “liberdade geral do governo e dos entes públicos pertencentes à *Crown* para utilizarem a forma contratual” inerente à sua capacidade jurídica geral. A Coroa goza de um poder de contratar que advém da *common law* e que não sofre restrições de natureza objetiva e subjetiva. Mas o mesmo não acontece com os restantes entes públicos (os institutos públicos e os *statutory bodies*), sobretudo com os entes administrativos locais (*local authorities*), cuja capacidade para contratar se encontra, por via legislativa, estritamente subordinada ao *statute* (*Local Government Act*). Contratos celebrados fora ou para além da autorização legal serão considerados *ultra vires* e, consequentemente, nulos. No entanto, dentro da “zona permitida” pela autorização estatutária, prevê-se uma paridade entre ato e decisão unilateral: a Secção 2 do *Local Government Act* de 2000 confere aos entes administrativos locais “«o poder para praticar todos os atos necessários à prossecução do interesse público local», estando aí incluído «o poder para celebrar contratos com qualquer pessoa»” – PAUL CRAIG/MARTIN TRYBUS, “Angleterre et Pays de Galles – England and Wales”, cit., p. 349. Cfr., também, WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., pp. 675-676.

<sup>1302</sup> Sobre a doutrina *ultra vires*, cfr. ANNE DAVIES, “Ultra Vires Problems in Government Contracts”, cit., pp. 98-123; NEIL HAWKE, *Introduction to Administrative Law*, cit., 178-203; PETER CANE,

considerados *ultra vires*, produz-se a invalidade total dos mesmos (*void*), com o conseqüente prejuízo para os cocontratantes que se veem impossibilitados de fazer valer judicialmente o contrato. A partir da *case law*, começou a formar-se o designado “teste da (in)compatibilidade” da vinculação contratual com o exercício da discricionariedade.

Ora, uma vez que o contrato em que a administração se vincula a exercer os seus poderes de autoridade num determinado sentido<sup>1303</sup>, por natureza, envolve sempre limites ao

---

*Administrative Law*, cit., pp. 233-237; WADE/ FORSYTH, *Administrative Law*, cit., pp. 670-680; LEYLAND/WOODS, *Administrative Law*, cit., pp. 256-285 e 305-307; BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., 768-773; e M. D'ALBERTI, *I “public contracts” nella esperienza britannica*, cit., pp. 47-65. Segundo PAUL CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 5, o princípio *ultra vires* expressa “a ideia de que aqueles a quem o poder administrativo foi concedido deverão exercê-lo apenas no respetivo domínio fixado [...], o que pode justificar constrangimentos na forma como o poder conferido às entidades administrativas é exercido”. Esse princípio permite demarcar as fronteiras da capacidade contratual dos entes públicos por referência às normas estatutárias, que indicam os *fins* e as *competências* dos órgãos. Por isso, ele possui um duplo sentido proibitivo, que opera em duas direções: de uma banda, pretende evitar que o ente público vá para além das suas competências, ampliando a sua esfera de atuação e, de outra, visa impedir que o ente público reduza de tal forma os poderes estatutariamente atribuídos através de vínculos contratuais que paralisasse o exercício futuro de tais poderes e, conseqüentemente, a prossecução dos seus fins institucionais (*contractual obligations incompatible with performance of statutory functions*). O princípio *ultra vires*, respeitando ao problema do *âmbito*, da *extensão* e dos *limites* do poder administrativo, tornou-se fundamento ancilar da intervenção judicial e estabeleceu os termos em que se processa o reexame do juiz. Por conseguinte, ele visa assegurar que a administração não pratique atos *ultra vires*, regulando condutas em áreas não abrangidas por autorização parlamentar (*princípio da legalidade*) e criando situações incompatíveis com o escopo que a lei lhe consigna (*princípio da especialidade*) ou, ainda, vinculando indevidamente o exercício futuro do poder discricionário por meio de regulamentos ou de contratos (*princípio da não restrição indevida do poder discricionário pelas entidades públicas*).

Efetivamente, o problema da admissibilidade da *autovinculação administrativa bilateral*, que surge como o resultado de um acordo sobre o exercício do poder discricionário não é neste sistema jurídico muito diferente do problema da admissibilidade da *autovinculação administrativa unilateral* (fazendo este paralelismo, PAUL CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 540), quando baseada em regulamentos e normas administrativas que são fonte de direito para a resolução de casos concretos e assumem um efeito vinculativo para a autoridade administrativa. A percepção desta nota característica do “setor normativo” da administração adquire um indubitável relevo no direito inglês, na medida em que se receia que por via regulamentar se estabeleçam vínculos e restrições ao concreto agir administrativo discricionário, que impeçam a administração de decidir face às particularidades e circunstâncias que rodeiam o caso concreto. Seguindo de perto a lição de LEYLAND/WOODS, *Administrative Law*, cit., p. 43, “o poder discricionário não pode ser rendido, abdicado ou vinculado por regras excessivamente rígidas, que predeterminam o seu exercício essencial”. Entende-se que é fundamental que a administração possa *respirar*, não se vislumbrando sequer no ordenamento jurídico inglês *regulamentos executivos* ou *regulamentos que encerrem disposições analíticas ou previsões detalhadas*. Pelo contrário, as regras devem ser *genéricas* e *flexíveis*, para que a administração possa olhar os particularismos do caso concreto, analisar o pedido e pesar a argumentação do requerente ou destinatário da ação administrativa. Já no que tange aos contratos, como iremos ver, a argumentação é semelhante: a jurisprudência enfatiza a necessidade de as entidades públicas preservarem a faculdade de ajustar as suas decisões administrativas em harmonia com os poderes estatutários e com as necessidades de interesse público, independentemente dos reflexos que tais decisões possam ter nos contratos. É que a apreciação judicial de um contrato como *ultra vires* determina a sua declaração de *nulidade (void)*, daqui resultando um problema jurídico de *proteção da confiança* e da eventual *indenização* devida ao cocontratante privado.

<sup>1303</sup> Cumpre aqui notar que não se pode transpor, sem mais, para o direito inglês o conceito de contrato sobre o exercício de poderes administrativos, como se essa categoria fosse reconhecida doutrinariamente ou consagrada jurídico-positivamente. No entanto, recorrentemente, nas decisões jurisprudenciais que iremos analisar, surgem problemas relacionados com contratos relativos a *promessas de adoção ou não adoção de*

poder discricionário, é natural que, num primeiro momento, a resposta da jurisprudência fosse claramente negativa. Assim, primeiramente no caso *Ayr Harbour* (1883)<sup>1304</sup>, e mais tarde no célebre caso *Amphitrite* (1921)<sup>1305</sup>, que se tornaram *leading cases* em matéria de princípios de direito público aplicáveis aos contratos sobre o exercício de poderes discricionários da administração. No caso *Amphitrite*, o juiz ROWLATT declarou que a administração não pode, através de um contrato, alienar ou comprimir os poderes discricionários de que dispõe (“*the power of discretion must not be fettered by contract*”), esvaziando a sua margem de decisão e liberdade de atuação. A sua liberdade de ação executiva tem que ser regulada pelas necessidades de interesse público que existam no momento de tomada de decisão<sup>1306</sup>, não podendo o contrato constituir um impedimento à atuação administrativa.

---

*decisões administrativas unilaterais*, que alegadamente limitam o exercício do poder administrativo discricionário, sendo, nessa medida, tomadas como *contratos com objeto público*.

<sup>1304</sup> *Ayr Harbour Trustees v Oswald* (1883) 8 App. Cas. 623. De acordo com o *Ayr Harbour Act* de 1879, os *trustees* (*harbour trustees*) detinham poderes expropriativos sobre parcelas de terrenos privadas situadas junto da zona costeira. Tendo em vista a construção de um porto de abrigo e respetivas infraestruturas, os *trustees* fizeram uso da sua *potestas expropriandi* e declararam a utilidade pública de determinadas parcelas de terrenos. Para reduzir o montante da indemnização devida a um dos expropriados, os *trustees* celebraram com ele um contrato, acordando o seguinte: a promessa de que no futuro nunca realizariam obras numa das parcelas de terreno expropriadas, já que as mesmas impediriam o acesso do expropriado ao porto e às águas em que os barcos estariam ancorados, em troca da *redução da compensação devida*. Este contrato, relativo a uma promessa feita em benefício ou no interesse do promissário (promessa de não emitir um ato administrativo desfavorável), foi julgado *ultra vires* e declarado inválido pela Câmara dos Lordes, com o fundamento de que a lei parlamentar investiu os *trustees* do poder de expropriar, *sem limitações*, os terrenos ou imóveis objeto de declaração de utilidade pública para realizar o fim público da expropriação, sendo incompatível com a lei um contrato que vincula o ente público ao não exercício (presente ou futuro) desses poderes. Concluiu-se que existiu uma “*sterilisation of the «statutory birthright» given to the trustees*”.

<sup>1305</sup> *Rederiaktiebolaget Amphitrite v The King* [1921] 3 KB 500. O caso desenrola-se no contexto da I Guerra Mundial, cenário que implicou a adoção pelas autoridades inglesas de políticas públicas conjunturais. Uma dessas políticas determinava que os navios de países neutrais só eram autorizados a deixar os portos ingleses se e quando fossem substituídos por outros navios de tonelagem idêntica. Uma vez que a Suécia se manteve neutral durante a guerra, uma empresa sueca, proprietária do navio *Amphitrite*, que mantinha relações comerciais com a Inglaterra, não ignorava que o navio podia ser retido pelas autoridades inglesas no âmbito dessa política. Deste modo, essa empresa sueca solicitou a celebração de um contrato com as autoridades inglesas, por forma a garantir que o navio não fosse retido, acordando que, se o navio transportasse bens autorizados pelas autoridades inglesas, seria autorizado a partir de imediato. Sucede que numa dessas viagens o navio acabou retido, a empresa sueca invocou o contrato celebrado, mas as autoridades inglesas recusaram-no e acabaram por represar o navio por um período longo de tempo. Ora, isso, naturalmente, conduziu a perdas e danos avultados, ao ponto de o *Amphitrite* ter que ser vendido para compensar os prejuízos da empresa sueca. Com base numa *petition of right*, esta propôs uma ação no tribunal por incumprimento contratual, tendo em vista a reparação dos prejuízos, mas o juiz ROWLATT considerou que a promessa das autoridades inglesas não era um verdadeiro contrato, mas uma “*mera declaração de intenção de agir em certo sentido se verificadas determinadas circunstâncias*”. Tal ato não constituía um contrato vinculativo, porque o governo não é competente para alienar a sua liberdade de ação executiva (“*to fetter its future executive action*”) – em causa estava a liberdade futura do governo em matéria de política internacional e nas especiais circunstâncias de guerra, que fora limitada por contrato.

<sup>1306</sup> “*It is not competent for the Government in fetter its future executive action, which must necessarily be determined by the needs of the community when the question arises. It cannot by contract*

Contudo, a excessiva amplitude do princípio *ultra vires* levantava várias interrogações: até onde pode o ente público vincular o seu poder por contrato? Quais as restrições efetivamente impostas pelo princípio *ultra vires*? A doutrina emanada pelo aresto deixou, igualmente, em aberto a questão de saber quais os contratos governamentais abrangidos por aquela proibição. A resposta a esta questão fez-se pela negativa: a doutrina sufragada no *Amphitrite* não abrangia seguramente os *commercial contracts* celebrados pela administração, o que excluiria todos aqueles que fossem celebrados no desenvolvimento do *business management*<sup>1307</sup>. A proibição enunciada aplicar-se-ia, então, aos contratos da administração no âmbito de atividades regulatórias ou de decisão administrativa de autoridade (promessas relativas à adoção de decisões unilaterais, contratos de concessão de serviços públicos, contratos de licença de exploração de serviços, contratos de licenciamento urbanístico)<sup>1308</sup>.

Depois, a dogmática administrativa chamava à atenção para o facto de, potencialmente, qualquer contrato, independentemente da sua natureza, poder limitar, em certa medida, a liberdade de atuação futura da administração, de tal forma que o princípio *ultra vires* não poderia ser interpretado no sentido demasiado restritivo de condicionar, em abstrato, a capacidade de contratar dos entes públicos e as legítimas expectativas do cocontratante na manutenção do contrato. Se assim fosse, pouca ou nenhuma margem restaria para a contratação administrativa. Neste sentido, a jurisprudência que se seguiu ao caso *Amphitrite* procurou estabelecer os *limites de validade dos contratos sobre poderes discricionários*. Assiste-se, durante o século XX, à intensificação da intervenção judicial, distinguindo-se nos diversos *case studies* os contratos que implicavam a vinculação do exercício do poder discricionário num caso concreto (considerados *intra vires* e, portanto, válidos<sup>1309</sup>) daqueles que envolviam a alienação genérica para o futuro do exercício do

---

*hamper its freedom of action in matters which concern the welfare of the State*” – cfr. H. BAILEY, *Cases, Materials and Commentary on Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2005, p. 505.

<sup>1307</sup> É o próprio juiz ROWLATT que o afirma: “no doubt the Government can bind itself through its officers by a commercial contract, and if it does so it must perform it like anybody else or pay damages for the breach. But this was not a commercial contract; it was an arrangement whereby the Government purported to give an assurance as to what its executive action would be in the future in relation to a particular ship in the event of her coming to this country with a particular kind of cargo [...]. Can it be conceived that a petition of right would lie for damages? I should think not” – cfr. H. BAILEY, *Cases, Materials and Commentary on Administrative Law*, cit., p. 505. Cfr., também, o caso *Robertson v Minister of Pensions [1949] 1 KB 227*. Está, portanto, aqui implícita uma distinção entre *commercial contracts* e *contratos relativos à emissão de decisões administrativas* e, por isso, estranhos ao tráfico jurídico entre particulares.

<sup>1308</sup> Cfr., por todos, LEYLAND/WOODS, *Administrative Law*, cit., p. 526.

<sup>1309</sup> Cfr. *Birkdale District Electricity Supply Company v Southport Corporation [1926], AC 355*; *British Transport Commission v Westmoreland CC [1958] AC 126*; *Dowty Boulton Paul Ltd v Wolverhampton Corporation (N.º 1) 1 WLR 204, [1971]*, onde a jurisprudência analisa a matéria do “exercício válido de um poder estatutário” e a criação de direitos para o contratante que vigorarão durante um certo período de tempo.

poder discricionário (declarados *ultra vires* e, conseqüentemente, nulos<sup>1310</sup>). PAUL CRAIG sistematiza o *naipe* de problemas jurídicos nesta matéria em duas grandes coordenadas: primeiro, a necessidade de realizar “testes de compatibilidade” entre o contrato e o exercício do poder discricionário, porque os contratos que implicassem uma verdadeira alienação de poderes discricionários acabariam por conflitar com a disciplina legal dos *statutes* e com as políticas públicas gerais ou setoriais, retirando (funcionalmente) à administração o papel de instância jurídica de resolução de casos concretos; segundo, sempre que um determinado contrato fosse aposterioristicamente declarado inválido pelo reexame judicial, gerava-se o problema de determinar em que medida o cocontratante da administração podia fazer valer o contrato ou, pelo menos, ser compensado pelos prejuízos causados<sup>1311</sup>.

Quanto à questão da *compatibilidade* entre o contrato e o exercício do poder discricionário conferido pelo *statute*, não se vislumbrando ainda o apagamento de uma corrente *restritiva e pan-privatística* – que continua a manter o princípio da não limitação para o futuro do poder discricionário da administração e a exclusiva aplicação do *civil law* aos contratos públicos –, é inquestionável atualmente o desenvolvimento de uma outra corrente, mais *flexível e publicista* – que, ao realizar o teste da incompatibilidade entre contrato e poder público, recorre a exercícios de “prognose razoável” (*reasonable foreseeability*<sup>1312</sup>) e se encontra aberta a soluções de *direito administrativo (administrative law remedies)* na conformação da relação jurídica contratual. Com efeito, esta corrente admite, designadamente como válidos os contratos: pelos quais a administração vincula o exercício do seu poder discricionário num caso concreto; que não impliquem a renúncia total ao *statutory power* ou não seja previsível que no futuro surja uma colisão entre o *statute* e o contrato; e cujos termos de conclusão correspondam a uma *regra de boa administração*<sup>1313</sup>. E se a estes dados juntarmos todos os outros que apontam, hoje, para a introdução no direito dos contratos da administração das regras da modificação e resolução

<sup>1310</sup> Cfr. *Rederiaktiebolaget Amphitrite v The King* [1921] 3 KB 500; *Robertson v Minister of Pensions* [1949] 1 KB 227; *Stringer v Minister of Housing and Local Government* [1971] 1 All ER 65; *Hazell v Hammersmith and Fulham LBC* [1992] 2 AC 1; *Crédit Suisse v. Allerdale Borough Council* [1997] QB 306; e *Newbold v Leicester City Council* [1999] I.C.R. 1182.

<sup>1311</sup> *Administrative Law*, cit., pp. 541-549.

<sup>1312</sup> *Teste de compatibilidade* que implica o seguinte juízo de aferição: “é previsível ou razoável que surja inequivocamente no futuro um conflito ou colisão entre o contrato e o *statute*? A existência da mera possibilidade de que tal possa ocorrer no futuro é insuficiente” – cfr. PAUL CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 543. Assim, haverá incompatibilidade se for razoável a previsão de um conflito entre o contrato e o *statute* no que diz respeito ao conteúdo dispositivo.

<sup>1313</sup> Cfr. WADE/ FORSYTH, *Administrative Law*, cit., pp. 673-674 e 677-682; PETER CANE, *Administrative Law*, cit., pp. 157-160; H. BAILEY, *Cases, Materials and Commentary on Administrative Law*, cit., pp. 497-509; PAUL CRAIG, *Administrative Law*, cit., pp. 543-545; e LEYLAND/WOODS, *Administrative Law*, cit., pp. 43 e 522-532.



por razões de interesse público<sup>1314</sup>, podemos concluir que, cada vez mais, se verifica uma “fuga para o direito público” (à francesa) dos contratos da administração inglesa.

Já no que tange à questão da tutela do cocontratante privado e das legítimas expectativas no contrato, a doutrina adverte para o facto de o princípio *ultra vires* no direito dos contratos ter dado lugar à ideia de *afetação e partilha de riscos entre as partes*. Por isso, não nos coibimos de afirmar que um dos aspetos menos positivos do sistema inglês de contratação pública reside, justamente, na *insegurança jurídica* e na *fragilidade da posição* do cocontratante privado, que decorrem, em larga medida, de decisões jurisprudenciais que poderão vir a declarar inválidos certos contratos públicos – na expressão de PAUL CRAIG/MARTIN TRYBUS, o “*risco ultra vires*” pode provocar a invalidade total do contrato<sup>1315</sup>, não estando claramente definidos na jurisprudência os aspetos que concernem ao incumprimento do contrato (*breach of contract*), à distribuição dos riscos entre os contraentes, à alteração das circunstâncias e aos critérios indemnizatórios nos casos em que o cocontratante da administração tenha realizado a sua prestação e confiado na manutenção do contrato (*damages for breach of contract*)<sup>1316</sup>.

Por essa razão se pode aferir que, no direito inglês, o particular contratante não goza, qualitativamente, da mesma proteção jurídica que possui nos direitos euro-continenciais da contratação pública (não apenas numa perspetiva de *defesa*, mas também ao nível do *equilíbrio económico da relação contratual*), sendo que uma análise global das

---

<sup>1314</sup> Cfr. PAUL CRAIG, “Specific Powers of Public Contractors”, cit., p. 180, e *Administrative Law*, cit., pp. 547-548.

<sup>1315</sup> “Angleterre et Pays de Galles – England and Wales”, cit., p. 348. Estes Autores consideram necessário atuar com extrema prudência na aplicação do princípio *ultra vires*, porquanto o mesmo pode ser claramente “prejudicial ao contraente privado, pode elevar o preço dos contratos públicos para compensar o risco *ultra vires* e limitar a atividade dos entes administrativos por medo de se vincularem contratualmente” (ob. cit. loc. cit.). A isto acresce o facto de não serem admissíveis injunções ou ordens de execução específica contra a Coroa, mas apenas ações de perdas e danos pelo incumprimento contratual. Naturalmente, isso pode gerar o efeito perverso de desvirtuar a relação jurídica contratual e impelir a Coroa ao não cumprimento das obrigações assumidas.

<sup>1316</sup> A única solução (*contractual remedy*) que está prevista é a *restituição* da prestação realizada (*restitution*), mas apenas para aqueles casos em que o contraente privado tenha entregue à administração uma prestação de natureza pecuniária (cfr. os casos *Hazell v Hammersmith and Fulham LBC [1992] 2 AC 1*; e *Woolwich Equitable Building Society v Inland Revenue Commissioners [1993] AC 70*). Nas restantes hipóteses, sempre que as compensações não forem previstas nas cláusulas contratuais, faltam soluções de *reequilíbrio económico financeiro do contrato*, pelo que é frequente encontrar nos manuais e tratados de direito administrativo inglês propostas de “importação” de aspetos do regime substantivo francês do *contrat administratif*, como o *fait du prince*, a *imprévision* e a *supervision* (por todos, cfr. PAUL CRAIG, *Administrative Law*, cit., pp. 547-548; e LEYLAND/WOODS, *Administrative Law*, cit., pp. 528-529). LEYLAND/WOODS, *Administrative Law*, cit., p. 528, afirmam que “em certas decisões judiciais se estabeleceu um princípio de que o contraente privado prejudicado pela declaração de nulidade do contrato não tem direito a qualquer indemnização nos termos do direito privado dos contratos. Contudo, é claramente insatisfatório que esse problema seja tratado superficialmente como uma questão de direito privado, como se não estivesse em jogo qualquer dimensão de interesse público”.

decisões jurisprudenciais que declararam nulos os contratos da administração por *ultra vires* permite concluir que aquele princípio funciona, no limite, como uma válvula de segurança ditada pela indiscutível superioridade do interesse público e pelo lugar em que obra a administração pública<sup>1317</sup>. Paradoxalmente, no sistema de contratação inglês, o contrato público, apesar de alicerçado num regime básico de direito comum, tem vindo a ser lido e interpretado como um instrumento jurídico de inequívoca prevalência da *lógica da função* sobre a *lógica do pactum*.

### 33.5. Ordenamento jurídico francês

Em França, país onde o modelo administrativo clássico centralizado e burocrático se manteve, porventura ininterruptamente durante o período liberal, o aprofundamento da democracia participativa, na segunda metade do século XX, como forma de completar a democracia representativa e a introdução, nos domínios *económicos e sociais*, de variados mecanismos de *representação de interesses*, de *auscultação*, de *negociação* e de *concertação* público-privada da decisão administrativa criaram as condições para o desenvolvimento de uma “administração concertada”<sup>1318</sup>, assente no consensualismo decisório e em esquemas de atuação contratual.

Este “estilo de administração”<sup>1319</sup>, relativo ao processo de formação das decisões administrativas e ao modo da sua implementação, surgiu, como vimos (*supra*, 25.4.4.1.), no domínio da administração económica, conhecendo uma importante aplicação, logo a partir dos anos 50 do século passado, no contexto da planificação económica (economia concertada) e difundindo-se, progressivamente, por outros domínios da atividade administrativa. O certo é que, podendo desembocar numa administração contratual, a “administração concertada” francesa, no que respeita ao *instrumentarium* jurídico, desembocou, quase sempre, na prática, numa *administração consensual* (v.g., ato administrativo unilateral sob condição, declaração comum de intenções, ato administrativo

---

<sup>1317</sup> Por essa razão, a jurisprudência assinalada revela-se “mais protetora” do interesse público, oferecendo soluções para aqueles casos em que a administração celebrou contratos restringindo indevidamente o poder discricionário e a sua liberdade de ação executiva – sendo, nessa medida, *prejudiciais para o interesse público* –, como aconteceu com a celebração de *contratos Swap*, declarados nulos (*Swap Agreements* – cfr. *Hazell v Hammersmith and Fulham LBC* [1992] 2 AC 1; e *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council* [1998] 3 WLR 1095).

<sup>1318</sup> Cfr. M. VASSEUR, “Un Nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle”, cit., pp. 5-48; FRANÇOIS BLOCH-LAINÉ, *A la Recherche d'une «Économie Concertée»*, cit.; e ANDRÉ DE LAUBADÈRE, “L'Administration Concertée”, cit., pp. 407-424.

<sup>1319</sup> ANDRÉ DE LAUBADÈRE, “L'Administration Concertée”, cit., p. 407.

de aparência contratual e quase-contratos<sup>1320</sup>). O protagonismo conferido aos interessados, fazendo-os participantes da formação da decisão administrativa, no quadro de um procedimento *dinâmico, bi-ou plurilateral e iterativo*, significava a *negociação e ajuste* da decisão entre a autoridade pública e o particular, mesmo que o ato final se traduzisse numa decisão administrativa unilateral.

Quer dizer, ainda que nos situássemos nos domínios típicos da administração de autoridade e da polícia administrativa, a consensualização do conteúdo da decisão administrativa conhecia preferência diante da aplicação da forma contratual. Em face da existência no ordenamento administrativo francês de mecanismos jurídicos de *negociação e ajuste* da decisão administrativa unilateral, é compreensível que a figura do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos não tivesse atingido relevante expressão na prática da administração concertada, a qual já manifestava abertura à flexibilização, à consensualização e à discussão das particulares opções e interesses em jogo no *decision making* administrativo.

Além disso, a construção e sedimentação do regime jurídico próprio do *contrat administratif*, por um lado, e a sua demarcação face ao contrato de direito privado, por outro, absorveram de tal forma o pensamento jurídico francês que a discussão em torno da possibilidade de o contrato regular os termos do exercício do poder administrativo, constituindo uma forma alternativa ao ato administrativo, foi relegada para um plano secundário. Na verdade, em matéria de expansão da administração contratual, observa-se que são os contratos de colaboração entre a administração e os particulares e os contratos interadministrativos que concentram a maior parte da atenção da doutrina e da jurisprudência francesas<sup>1321</sup>.

Outros fatores concorrem decisivamente para a menor latitude da aplicação do contrato no âmbito do poder de autoridade da administração: o predomínio de uma linha de pensamento, procedente da doutrina tradicional, que advoga a incompatibilidade entre o contrato e o exercício futuro do poder administrativo discricionário (o poder público é, portanto, um objeto que, *por natureza*, escapa ao contrato); a inexistência de uma habilitação legal de permissão geral do recurso ao contrato administrativo em alternativa à

---

<sup>1320</sup> Cfr. LAUBADÈRE/ MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., pp. 30-35. Entre nós, já SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 422, advertia para o facto de muitos dos contratos económicos celebrados no contexto da planificação económica não corresponderem a verdadeiros contratos administrativos, “mas antes a atos unilaterais, regulamentares ou concretos, cuja emissão é precedida de um procedimento negocial [...], por vezes trata-se mesmo de simples declarações de intenção [...], ou contratos regidos pelo direito privado para prosseguir diretamente objetivos de intervenção económica”.

<sup>1321</sup> Cfr. os âmbitos subjetivo e objetivo do *Code des Marchés Publics* de 2006.

atuação por via unilateral; o reduzido espectro das normas de competência ou das habilitações específicas que preveem o recurso ao contrato como instrumento de exercício de poderes administrativos; o reconhecimento dogmático de matérias alérgicas à conformação por via contratual; a posição restritiva da jurisprudência quanto à aceitação de pactos sobre decisões futuras; e a maleabilidade da figura do ato administrativo, que, orientado para a procura constante da aceitação e da consensualidade, conhece inovadoras formas de aplicação quando é praticado sob reserva de assunção de compromissos<sup>1322</sup>.

Observa-se, desde cedo, a formação de uma corrente tradicional, que alertava para a circunstância de que ao contrato administrativo seria vedada qualquer conformação de relações jurídicas na designada administração de autoridade, pois aí estariam em causa *matières régaliennes*. A posição de HAURIUO, reiterada ainda hoje por alguma doutrina francesa, tornou-se como que um *vintage* nesta matéria: “no direito administrativo é de ordem pública que as autoridades não renunciem ao seu poder e não o vinculem na base de convenções”<sup>1323</sup>. As disposições sobre competências administrativas são matérias de ordem pública (*ordre publique*), não podendo, em termos gerais, um órgão administrativo assumir um compromisso prévio e genérico sobre o exercício futuro dos seus poderes. Por essa razão, afirmava GEORGES PÉQUIGNOT, na sua *Théorie Générale du Contrat Administratif*, que um contrato “não pode ter por objeto a limitação da competência de um decisor público. Uma competência não pode, por princípio, ser vinculada convencionalmente, salvo

<sup>1322</sup> Cfr. Y. JÉGOUZO, “L'Administration Contractuelle en Question”, *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 543; JACQUES CHEVALLIER, “Loi et contrat dans l'action publique”, cit., p. 81, e “Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques”, cit., p. 143; YVES GAUDEMET, “Le contrat administratif, un contrat hors la loi”, cit., p. 91; CHRISTOPHE GUETTIER, *Droit des Contrats Administratifs*, Paris, 2004, p. 53; PIERRE-YVES GAHDOUN, *La Liberté Contractuelle dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, 2008, p. 21; L. RICHER, “La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques”, cit., p. 973, e *Droit des Contrats Administratifs*, cit., p. 57; J.-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po, 1999, p. 165; RICHARD DEAU, *Les Actes Administratifs Unilatéraux Négociés*, Thèse de Doctorat, Université d'Angers, 2006, p. 44; *Vers une Administration Contractuelle?*, Colloque organisé par l'IFSA le 28 novembre 2002 (Institut français des sciences administratives), AJDA, 2003; A.S. MESCHÉRIAKOFF, “Ordre intérieur administratif et contrat”, *RFD Adm.*, 1997, p. 1130; C. TEITGEN-COLLY, “La contractualisation de la répression”, B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution: un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 58; R. DENOIX DE SAINT-MARC, “La question de l'administration contractuelle”, cit., p. 971; OLIVIER GOHIN, “Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publique”, cit., p. 95; JACQUES MOREAU, “Les matières contractuelles”, *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1998, n.º 10, p. 748; SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les Contrats Administratifs*, cit., p. 52. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. II, cit., pp. 44-59; e A. DE LAUBADÈRE, “Administration et contrat”, *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, 1967, p. 453.

<sup>1323</sup> Cfr. JACQUES MOREAU, “Les matières contractuelles”, cit., citando o entendimento de HAURIUO, sublinha que o mesmo não traduzia uma proibição do contrato motivada pela natureza do poder público ou da função administrativa, mas uma dificuldade em aceitar a vinculação contratual genérica do poder administrativo de decisão unilateral. E LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, cit., p. 59, relembra que quem defendia o princípio da indisponibilidade de competências administrativas por via contratual, frequentemente, invocava o artigo 3.º da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*.

se a lei expressamente o prever”<sup>1324</sup>. Com efeito, a “teoria do *contrat administratif*” e o seu regime legal exorbitante possuíam fronteiras bem delimitadas ao nível dos *limites da capacidade contratual da administração*, porquanto a estipulação contratual de efeitos jurídicos concebíveis numa relação em que uma das partes é a administração – que *age nessa qualidade* – explicava a natureza administrativa de um contrato que poderia ter sido passível de um contrato entre particulares, mas já não de um *contrato com objeto passível de ato administrativo*. Na “zona de autoridade” da administração, *reina o ato administrativo*, que, mesmo sujeito à negociação e a cláusulas acessórias, não deverá perder o seu território de quase exclusividade na conformação de decisões administrativas adotadas em procedimentos de autoridade.

O que vem de ser dito é especialmente visível nas palavras de JACQUES MOREAU, segundo o qual a afirmação de que, “no exercício das suas *compétences régaliennes*, as entidades públicas devem utilizar a técnica do ato unilateral [...] entronca como que num princípio geral de direito” seguido pelos entes administrativos<sup>1325</sup>. Efetivamente, esta estruturação justifica-se pelo facto de a faculdade genérica de “a administração utilizar livremente o contrato em alternativa ao ato administrativo unilateral não ser reconhecida no direito francês [...], porquanto a admissibilidade de a administração celebrar contratos administrativos conduziu à inversão da problemática: a questão coloca-se exclusivamente quanto aos limites da administração, quanto às fronteiras da sua liberdade de utilizar a forma contratual”<sup>1326</sup>.

A evolução científica verificada ao longo dos últimos anos não alterou significativamente o cenário descrito. A doutrina francesa aprofundou a temática do cruzamento e da substituição do ato pelo contrato administrativo, preocupando-se, por um lado, em identificar um conjunto de matérias que, pela sua *natureza*, por força da *lei* ou de *decisões jurisprudenciais*, são consideradas “alérgicas à conformação por via contratual”<sup>1327</sup>

---

<sup>1324</sup> *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, pp. 232-233. Pode, também, invocar-se DUGUIT (conceito de *ato-condição* como explicação alternativa ao contrato) e as correntes que negavam a existência do contrato de direito público – sobre este ponto, cfr. SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les contrats administratifs*, cit., pp. 52-53, “Contrat et Acte Administratif Unilateral”, *Mélanges Braibant*, Paris, 1996, pp. 229-238.

<sup>1325</sup> “Les matières contractuelles”, cit., p. 751.

<sup>1326</sup> Cfr. SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les Contrats Administratifs*, cit., p. 52. Cfr., também, LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., pp. 44-59.

<sup>1327</sup> Cfr. JACQUES MOREAU, “Les matières contractuelles”, cit., p. 748. Em sentido idêntico, identificando matérias subtraídas à intervenção contratual, cfr. PROSPER WEIL, “Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés”, cit., pp. 217-227; LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., pp. 44-53; CHARLES DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, Tome II, Paris, 1992, pp. 168-169; JEAN RIVERO/JEAN WALINE, *Droit Administratif*, Paris, 1992, pp. 98-101; SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les Contrats Administratifs*, cit., pp. 60-71; DOMINIQUE POUYAUD, *La nullité des*

e, por outro, em explicitar os fundamentos que presidem à interdição do contrato sobre poderes administrativos (*recours au contrat permis ou interdit?*).

Na França, como noutros países europeus, o alargamento das tarefas do Estado conduziu ao aumento e à diversificação da atividade contratual da administração. Todavia, o fenómeno da administração por contrato, que conhece manifestações em diversos setores da atividade administrativa, suscitou a necessidade de perscrutar os *limites da autonomia contratual* da administração pública, através da identificação dos domínios em que a mesma pode contratar e, bem assim, dos conteúdos de estipulação que lhe são vedados (*jusqu'ou l'administration peut contracter et quels sont les objets et les contenus contractuels exclus*).

Sempre que a interdição da forma contratual não decorra direta ou indiretamente da lei, coube à jurisprudência e à doutrina fixar critérios para a resolução de casos decidendos. Assim, às matérias *ex lege* subtraídas ao contrato administrativo juntavam-se as matérias consideradas pela *jurisprudência* e pela *doutrina* alérgicas à conformação por via contratual. Segundo LAURENT RICHER, com apoio na jurisprudência dominante, a *interdição* de contratar sobre poderes de decisão unilateral comporta fundamentalmente três tipos de obstáculos<sup>1328</sup>. O primeiro é o de a administração transferir para terceiros as suas competências, sendo, portanto, proibidas as convenções pelas quais uma autoridade transfere o seu poder de decisão através de uma delegação a um terceiro<sup>1329</sup>. O segundo respeita à tendencial inadmissibilidade de celebrar pactos sobre decisões futuras<sup>1330</sup>. E o terceiro traduz-se na impossibilidade de substituir um ato unilateral por um contrato administrativo<sup>1331</sup>. Como enfatiza RICHER, tais interdições constituem limites à expansão do

---

*contrats administratifs*, Paris, 1991, pp. 218-219; JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif*, cit., p. 390; e YVES GAUDEMET, *Droit Administratif*, Paris, 2010, p. 293.

<sup>1328</sup> *Droit des Contrats Administratifs*, cit., pp. 58-59.

<sup>1329</sup> V.g., CE 30 septembre 1983, *Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain*, Rec. 392 (*impossibilidade de transferir para a Companhia Nacional de Rhône o direito de regular e contratualizar direitos de pesca*).

<sup>1330</sup> Este aspeto já era referido por LAUBADÈRE/MODERNE/DEVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., p. 47, para quem são proibidos os “pactos sobre decisões futuras”, sobretudo quando através dos mesmos “uma autoridade *aliena* a sua competência por meio de uma renúncia ao seu exercício, realiza uma delegação a um terceiro ou assume um compromisso relativamente ao exercício geral e futuro de um poder discricionário”. A interdição de assumir um compromisso sobre uma decisão futura abrange, a título de exemplo, as *promessas administrativas de nomeação de um funcionário* (CE 23 janvier 1981 *Siméon*, AJDA 1981, 204), de *emissão de uma licença de construção* (CE 24 février 1956, *Leduc*, Rec. 89) e de *determinação das regras de organização de um serviço* (CE 11 janvier 1961, *Barbaro*, Rec. 25).

<sup>1331</sup> V.g., CE Sect. 20 janvier 1978, *Synd. Nat. de l'enseignement technique agricole public*, AJDA, janvier 1979, 37, *concl. Denoix de Saint-Marc*; CE 8 mars 1985, *Assoc. les Amis de la Terre*, RFDA 1985, 363, *concl. Jeanneney*, Rec. 73; CE Sect. 23 juin 1995, *Min. Cult. c/ Association Défense Tuileries*, CJEG 1995.376, *concl. Arrighi de Casanova*.

contratualismo sobre poderes administrativos<sup>1332</sup>, visíveis na jurisprudência do *Conseil d'État* e em determinadas decisões do próprio *Conseil Constitutionnel*.

Outros autores, como JACQUES MOREAU – distinguindo entre *compétences gestionnaires*, favoráveis à aplicação do contrato administrativo, e *compétences régaliennes*, em princípio, exercidas exclusivamente por decisão unilateral –, sustentam que a grande maioria das matérias *régaliennes*, disciplinadas em textos legislativos ou regulamentares, não podem ser reguladas por via contratual, porque se impõe somente a forma unilateral<sup>1333</sup>. As tarefas ou matérias *régaliennes* são aquelas que, pela sua natureza, respeitam a funções por excelência do Estado soberano, como a defesa, a justiça, o orçamento, a fiscalidade ou os poderes administrativos de polícia<sup>1334</sup>, não sendo aqui possível abdicar da unilateralidade como forma de ação. Dentro das matérias *régaliennes* destacam-se as decisões que tenham por objeto o exercício de *pouvoirs de police administrative*, de *pouvoirs de nature fiscale* e de *pouvoirs de délimitation du domaine public*. O fundamento da interdição do contrato quando em causa estão os poderes públicos assinalados prende-se com a natureza de prerrogativas *régaliennes* das autoridades administrativas e com a sua proximidade com a ideia de soberania do Estado. Por isso, são, em princípio, *nulas* todas as convenções que tenham por objeto o exercício de poderes de polícia administrativa, destinadas a influir sobre a manutenção da ordem pública, ou tenham por objeto a delimitação do domínio público (v.g., delimitação do domínio público natural ou do traçado das vias públicas)<sup>1335</sup>.

Já a possibilidade de a administração recorrer ao contrato em matéria de direito fiscal era, tradicionalmente, negada pela doutrina e pela jurisprudência, sendo considerada

---

<sup>1332</sup> *Droit des Contrats Administratifs*, cit., p. 58.

<sup>1333</sup> “Les matières contractuelles”, cit., p. 750-752.

<sup>1334</sup> O próprio *Conseil Constitutionnel* exclui o contrato no âmbito de quaisquer missões públicas de soberania e funções de polícia, designadamente no domínio da *fiscalidade formal*, da *polícia de étrangers e frontières* e da *vigilância e monitorização de reclusos no sistema prisional*, estabelecendo o princípio de que o contrato não pode constituir uma *forma de délégation a uma pessoa privada do exercício de uma missão de soberania* – *Conseil Constitutionnel, Décisions du 25 février 1992, du 29 août 2002, des 2 juillet et 20 novembre 2003*.

<sup>1335</sup> Cfr. LUC MOREAU, “La contractualisation de l'exercice de la police administrative”, *Contrats publics, Mél. Guibal*, Vol. I, 2006, pp. 171-179; J. PETIT, “Nouvelles d’une antinomie: contrat et police”, *Les collectivités locales, Mélanges Jacques Moreau*, Paris, 2003, pp. 345-360; R. DENOIX DE SAINT-MARC, “La question de l'administration contractuelle”, *AJDA*, n.º 19, 2003, p. 971; e R. CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tome II, 1992, pp. 370-382. A jurisprudência administrativa nunca admitiu a validade de contratos sobre competências normativas ou decisórias dos poderes de polícia administrativa, ao ponto de se ter estabelecido uma jurisprudência constante do *Conseil d'État*, a propósito da interdição do contrato no âmbito dos poderes de polícia administrativa: v. *C.E., 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary; et plus récemment, C.E., 1er avril 1994, Commune de Menton, C.E., 29 décembre 1997, Commune d'Ostricourt*. Linha idêntica se estabeleceu quanto à questão da delimitação do domínio público: cfr. *C.E., 20 juin 1975, Leverrier et Avis de la Section de l'Intérieur du C.E., du 7 octobre 1986. Egalement, Rapport public du C.E., 2008 (précité)*, p. 180.

matéria insuscetível de ser contratualizada com os contribuintes. Constituía uma expressão da proibição do contrato no domínio fiscal na jurisprudência o *Acórdão do Cour de Cassation*, de 13 de Março de 1895 (*Acórdão Dreyfus*), que considerou a *cobrança de impostos uma “matéria de ordem pública que não pode ser objeto de contratualização”, uma vez que colide com os princípios da legalidade e da igualdade fiscal*<sup>1336</sup>. No entanto, há algum tempo que esta perspectiva tradicional vem sendo criticada, reconhecendo-se alguma margem para a intervenção do contrato no domínio fiscal (v.g., no direito económico fiscal e em matéria de transações fiscais). Por último, há ainda quem invoque o jogo das *regras de ordem pública (règles d’ordre public)* como *limite à vontade das partes e à liberdade contratual* da administração pública, atendendo à eventual contradição do *fim* ou do *efeito* que o contrato administrativo visa alcançar com as regras de ordem pública<sup>1337</sup>.

A referida sistematização elaborada pela doutrina – elencando matérias que, pela sua natureza, são interditas ao contrato – coincide com os dados normativos que, nas últimas décadas, vêm disciplinando o direito contratual administrativo francês. Na realidade, como referimos, no ordenamento jurídico francês, continua a *não vigorar uma habilitação legal de permissão geral do recurso ao contrato administrativo em alternativa à atuação por via unilateral*, ao contrário do que sucede em ordenamentos como o alemão, o português, o espanhol ou o italiano<sup>1338</sup>. Efetivamente, a possibilidade de genericamente a administração utilizar o contrato em alternativa ao ato unilateral não é reconhecida no ordenamento francês<sup>1339</sup>. Ora, isto tem, desde logo, como consequência o facto de a conformação de relações jurídico-administrativas operada por via contratual dever

---

<sup>1336</sup> Cfr. SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les contrats administratifs*, cit., p. 56; e LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., p. 50.

<sup>1337</sup> CHRISTINE MAUGÜE, “Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs”, *AJDA*, 1998, p. 694; e JACQUES MOREAU, “Les matières contractuelles”, cit., pp. 750-752, e “De l’interdiction faite à l’autorité de police d’utiliser une technique d’ordre contractuelle”, *AJDA*, janvier, 1965, pp. 3-17. Cfr. *CE Sect. 19 mars 1971, Cts Mergui, Leb. p. 235, concl. M. Rougevin-Baville*.

<sup>1338</sup> Seguindo de perto LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, cit., pp. 57-58, “na aparência, o ato unilateral e o contrato são frequentemente substituíveis um pelo outro, dada a equivalência dos resultados que ambos os instrumentos permitem obter”. Contudo, “seria um erro pensar que a autoridade administrativa pode em termos gerais optar entre a utilização do ato unilateral e o contrato”. Na verdade, “a escolha entre a decisão unilateral e o contrato depende principalmente da lei” e, na maioria dos casos, a prescrição legal não admite essa escolha, indicando a forma da ação administrativa a utilizar. Consequentemente, “os contratos em causa são ilegais, porque a entidade contratante não tem poder para os celebrar. E não tem competência para os celebrar, porque a regulamentação em vigor prevê somente uma decisão unilateral”.

<sup>1339</sup> Cfr. SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les contrats administratifs*, cit., pp. 52-53, “Contrat et acte administratif unilateral”, cit., p. 229; M. PÂQUES, *De l’acte unilatéral au contrat dans l’action administrative*, Bruxelles, 1991, p. 354; JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif*, cit., p. 390; YVES GAUDEMET, *Droit Administratif*, cit., p. 293; CHARLES DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, cit., pp. 168-169; JEAN RIVERO/JEAN WALINE, *Droit Administratif*, cit., pp. 100-101; e JEAN-MICHEL DE FORGES, *Droit administratif*, Paris, 1991, pp. 20-22.



processar-se no âmbito de *normas de competência* específicas (princípio da precedência de lei)<sup>1340</sup>.

O reconhecimento positivo de contratos sobre o exercício de poderes públicos fica, assim, dependente da sua compatibilidade com o princípio da *reserva de norma jurídica* e, uma vez que essas habilitações legais específicas não abundam na ordem jurídica francesa, daí se pode inferir a reduzida importância que aqueles contratos assumem na ação administrativa. Por conseguinte, na ausência de uma habilitação legal específica de recurso ao contrato para o exercício do poder administrativo, a sua utilização está necessariamente afastada.

Isso justifica que, quase sempre, a doutrina, no tratamento desta temática, procure identificar os domínios em que é admissível o recurso a esses contratos com objeto público a partir de habilitações legais existentes (*princípio da precedência de lei*)<sup>1341</sup>, para daí

---

<sup>1340</sup> Cfr. RICHARD DEAU, *Les Actes Administratifs Unilatéraux Négociés*, Thèse de Doctorat, cit., p. 230; e JACQUES MOREAU, “Les matières contractuelles”, cit., p. 748.

<sup>1341</sup> Apesar das barreiras que em via geral se colocam à contratualização do poder administrativo, LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, cit., pp. 59-62, destaca entre as poucas habilitações específicas nesta matéria as existentes nos domínios do direito do urbanismo e do ambiente, no direito fiscal, no direito social e nas atividades administrativas prestacionais, na função pública e na ocupação e uso privativo do domínio público. Mesmo no âmbito dos poderes de polícia administrativa, como refere LUC MOREAU, “La contractualisation de l'exercice de la police administrative”, cit., p. 171, apesar da “sombra do dogma formado, muitas nuances e exceções são toleradas” (v.g., L. 213-3 e L. 330-3, Code de l'aviation Civile e L. 2212-6, CGCT). No Direito do Urbanismo francês, o procedimento contratual é aceite sem reservas, no âmbito do “urbanismo operativo”, isto é, no domínio das ações ou operações urbanísticas (*actions ou opérations d'aménagement*), as quais designam o conjunto dos atos dos entes públicos locais ou dos institutos públicos de cooperação intermunicipal que visam conduzir e autorizar as ações ou operações definidas no artigo L.300-1 do *Code de l'Urbanisme* e assegurar a sua harmonização. Os objetivos das ações ou operações urbanísticas enumeradas no referido preceito do Código do Urbanismo são a execução de “um projeto urbano” e de uma política local de habitação, a organização da manutenção, da execução e do acolhimento de atividades económicas, o favorecimento do desenvolvimento dos equipamentos de lazer e de turismo, a construção de equipamentos coletivos, a luta contra a insalubridade, a promoção da “renovação urbana” e a salvaguarda e valorização do património construído e não construído e dos espaços naturais – B. LARMOLETTE/D. MORENO, *Code de l'Urbanisme*, cit., pp. 235-237, FRANÇOIS BARLOY, “Quelques observations sur la présence du contrat en droit de l'urbanisme”, cit., pp. 47-58; e H. JACQUOT/F. PRIET, *Droit de l'Urbanisme*, cit., pp. 451-455; e o Relatório francês de J.-P. LEBRETON/F. PRIET, disponível em *La Contractualisation dans le Droit de l'Urbanisme*, cit., pp. 193-226. É, neste contexto, que, por exemplo, o artigo L. 300-4 daquele Código prevê a possibilidade do Estado e os entes públicos territoriais, bem como os institutos públicos por eles criados, concederem a realização das operações urbanísticas a qualquer pessoa que para isso tenha vocação, devendo a atribuição da concessão ser submetida pelo concedente “a um procedimento de publicidade que permita a apresentação de várias ofertas concorrentes” – LARMOLETTE/MORENO, *Code de l'Urbanisme*, cit., pp. 241-244. Diversamente, são muitas as reticências do direito francês para admitir a figura do contrato no “urbanismo regulamentar”, ou seja, no campo da definição de regras urbanísticas, incluindo a elaboração, alteração ou revisão de planos. Esta reticência, de origem jurisprudencial, inspira-se na tradição do direito francês, segundo a qual “a autoridade de polícia não pode recorrer ao procedimento contratual”, sendo, por isso, interditos, neste domínio, os pactos sobre decisões futuras e os contratos através dos quais uma autoridade administrativa se obriga a praticar ou a não praticar um ato administrativo com um certo conteúdo. Aquela restrição de princípio pode ser atenuada pela lei, mas, como sublinha P.-L. FRIER, “Contrats et Urbanisme Réglementaire: Les Obstacles Juridiques”, *Revue Droit Administratif*, n.º 3, 2005, pp. 13-15, só o poderá fazer em certas condições,

respeitando sempre as exigências do princípio constitucional da igualdade, de modo a impedir o favorecimento indevido de certos particulares. Ademais, não se encontra no ordenamento jurídico urbanístico francês qualquer norma legal habilitadora de uma negociação pela Administração com os particulares do conteúdo de um plano urbanístico em curso de elaboração, alteração ou revisão. E os compromissos celebrados entre a administração urbanística e os particulares para a emissão de licenças de construção ou de loteamento são considerados pela jurisprudência dominante simples *medidas preparatórias* e não contratos administrativos – *CE 20 juillet 1971, Soc. civile du domaine du Bernet, JCP 1973, II, 1733* e *CE 2 octobre 1992, Min. Budget c/ Crédit immobilier de la Somme, Rec. 352*.

No direito fiscal, depois de uma fase em que ao contrato era totalmente vedado qualquer espaço de conformação jurídica em matéria de impostos e de tributos (recorde-se o Acórdão *Dreyfus*), a economia concertada da segunda metade do século XX impulsionou a contratualização para a implementação e desenvolvimento de políticas de fomento (captação de investimento privado, correção de assimetrias regionais, industrialização ou inovação científica e tecnológica), o que não apenas permitiu a celebração de *contratos de polícia económica* (fixação de preços), como reabriu o debate sobre o papel dos *contratos fiscais* na economia. No quadro de um regime económico de pendor intervencionista, o *IV Plano* de desenvolvimento económico e social (1962-1965) previa, ao lado dos *contrats du plan*, a figura do *contrat fiscal*, visando incentivar as empresas privadas a adotarem determinados comportamentos conformes aos objetivos de política económica previstos no plano. Como salientam LAUBADÈRE/VENEZIA, *Traité de Droit Administratif*, Tome III, Paris, 1997, pp. 28-29, toda uma panóplia de “contratos autênticos” (*contrats authentiques*) e de “atos de aparência contratual” (*agrément fiscal*) ganharam terreno no contexto de uma “planificação flexível e indicativa”, que prescrevia medidas de incitamento fiscal ao serviço da execução do plano. A troca de determinadas vantagens fiscais (incentivos ou estímulos fiscais), a administração obtinha dos agentes económicos a adesão a certos objetivos e recomendações previstas no plano. Como contrapartida, a administração concedia-lhes determinados desagravamentos fiscais ou o benefício de regimes derogatórios do direito fiscal comum – MICHEL FLEURIET, *Les techniques de l'économie concertée*, Sirey, 1974, p. 52; EDMOND MONTAGNE, *Contribution à l'étude des agréments fiscaux et des quasi-contrats fiscaux*, Impr. Documents Services, 1969; J. GEORGEL, “L'agrément administratif”, *AJDA*, 1962, pp. 467-492; GÉRARD TOURNIÉ, *Les agréments fiscaux: la fiscalité au service du plan*, Paris, 1970, pp. 126-144; e MARYVONNE DE SAINT-PULGENT, “Le droit français des agréments fiscaux”, *EDCE*, n.º 41, 1990, p. 185. Posteriormente, o *V Plano* de desenvolvimento económico e social (1966-1970) qualificou como *contratos fiscais* os acordos de redução de impostos celebrados entre a administração fiscal e as empresas em troca de estas se vincularem a um programa de investimentos. As dúvidas levantadas pela doutrina sobre se se tratariam de contratos ou de atos administrativos negociais foram resolvidas pela jurisprudência, que sustentou a tese de que configuravam atos administrativos sob condição resolutiva – *CE Sect. 10 mars 1967, Min. Éco. Fin. c/ Société Samat, AJDA*, 1967, 280, concl. Galmot. Mais recentemente, são admitidos, a par dos *contratos de transação* (L. 248 do *Livre de Procédures Fiscales*), os *contratos que têm por objeto a atribuição de benefícios fiscais*. Trata-se de contratos celebrados com os contribuintes como condição para lhes serem atribuídos benefícios fiscais (incentivos ou estímulos fiscais), os quais são concedidos por decisão unilateral nos termos da Lei de 5 de janeiro de 1988 (artigos 48.º e segs.). Assim, se o contribuinte – em regra, uma empresa privada – conseguir alcançar um acordo com a administração (ou porque se compromete a instalar unidades industriais em determinadas localidades ou a desenvolver atividades económicas de interesse para as respetivas comunidades locais), ambas as partes celebram um contrato administrativo, cujos efeitos somente se produzem após a prática do ato administrativo de atribuição de benefícios fiscais – para mais desenvolvimentos sobre o papel do acordo e do contrato no direito fiscal (v.g., em matéria de benefícios fiscais, de transação, de determinação da matéria coletável, de preços de transferência), cfr. GIANMARCO MONSELLATO, *Pour un Nouveau Contrat Fiscal*, Institut Choiseul, Paris, 2013, pp. 14-26 e 32-53.

O contrato intervém, também, no domínio da prestação de serviços pela administração aos cidadãos e da concessão de subvenções e ajudas financeiras a particulares (*contrats d'aide aux personnes privées*). As subvenções “puras” ou “simples”, concedidas sob a forma de pagamentos diretos, são, em geral, objeto de ato administrativo. Mas, em certas hipóteses, a necessidade de detalhar um programa de execução de condutas e prestações levou a que se enquadrasse o relacionamento entre a administração prestadora e os cidadãos beneficiários de ajudas públicas pela via do *contrat* ou do *agrément*. Assim, ganharam particular relevância os *contratos que atribuem subvenções públicas a particulares*, através dos quais a administração se posiciona no contrato como *fornecedora* de contribuições financeiras, que se justificam por razões de orientação de

concluir que as previsões estabelecidas em legislação administrativa especial demonstram o caráter circunscrito e limitado do contrato no âmbito (ou sobre) o exercício do poder administrativo. É que, para além de não existir um princípio de autonomia pública contratual que permita estabelecer com segurança o *âmbito* e os *limites* da capacidade contratual da administração, a própria doutrina francesa enquadra algumas situações típicas de contratos sobre poderes administrativos no capítulo da *consensualização do ato administrativo*<sup>1342</sup>, sendo raro encontrar na doutrina quem defenda a necessidade de

---

atividades privadas específicas, segundo critérios de interesse público (*CAA Marseille 1<sup>er</sup> mars 2004*, *GAEC L'Avrier*, *BJDCP 2005*, n. 38, p. 16, *concl. Louis*). Como refere LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, cit., pp. 81-83, os regimes jurídicos relativos à atribuição de subvenções a empresas privadas estão, no entanto, longe de ser uniformes: para além dos casos em que a atribuição da subvenção se fez exclusivamente através de ato unilateral, estando aí em causa subvenções concedidas sob a forma de empréstimos e garantias bancárias, outros existiram que combinavam o contrato com a decisão unilateral, prevendo-se a subscrição de um contrato antes ou após a prática do ato administrativo de atribuição da subvenção ao particular [Lei n.º 59-1557, de 31 de dezembro de 1959, e L. 442-5 e L. 442-12 do *Code de l'éducation*, quanto aos auxílios a estabelecimentos de ensino privado; artigo 4.º da Lei de 7 de janeiro de 1982, relativamente aos auxílios financeiros concedidos pelas coletividades locais às empresas em sede de execução de política agrícola e industrial; Lei de 2 de março de 1982 (v., atualmente, os L. 1511-1 e segs. e L. 2251-1 e segs. do *Code général des collectivités territoriales*), que previa a conclusão de *contrats de localisation* e a concessão de auxílios financeiros pelas coletividades locais às empresas que se comprometessem a instalar as suas unidades económicas no território das respetivas comunas e, bem assim, admitia a celebração de *contrats d'aide* a empresas em situação económica difícil, sendo que a atribuição do auxílio implica obrigatoriamente a subscrição de um contrato com os beneficiários; e, finalmente, o artigo 10.º da Lei n.º 2000-321, de 12 de Abril de 2000, relativa aos direitos dos cidadãos nas suas relações com a administração pública]. Nos casos em que se procede à combinação entre ato e contrato administrativo, “se o contrato não for celebrado, o auxílio é ilegal, se não for cumprido, o auxílio pode ser suprimido” – LAURENT RICHER, *ob. cit.*, p. 63.

Note-se que as subvenções não são consideradas, em regra, mercados públicos (*marchés publics*). É, por isso, de concluir, acompanhando a generalidade da doutrina francesa, que, quando o contrato intervém na disciplina da relação jurídica, ele é *condição da instituição de um regime de ajuda*, conquanto este não seja incompatível com o direito europeu em matéria de auxílios estatais – cfr. Q. EPRON, “Les contrats de subvention”, *RDP*, 2010, p. 63; M. KARPENSCHIF, “Contrats publics et subventions”, *CP-ACCP*, 2008, n.º 73, p. 52, e M. HEINTZ, “Les subventions à la culture: quels risques”, *Contrats Publics*, n.º 74, (2008), pp. 79-84.

Por último, impõem-se duas observações sobre o problema do *âmbito* e dos *limites* da instituição contratual no direito francês. Primeiro, apesar de não serem admissíveis em geral contratos decisórios ou contratos em que a administração se compromete previamente a emitir uma licença de construção ou loteamento, a lei prevê hipóteses em que a outorga de uma licença administrativa ou a concessão de uma subvenção estão subordinadas à conclusão de um contrato, cujo efeito é especificar e ajustar as obrigações do titular da licença ou do beneficiário da subvenção (LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, cit., pp. 62-63 e 86). É o que sucede, por exemplo, na hipótese vertida no artigo 10.º da Lei n.º 2000-321, de 12 de Abril de 2000, em matéria de atribuição de subvenções. Em segundo lugar, são estritamente proibidos entre a administração e os particulares quaisquer contratos substitutivos de regulamentos administrativos ou contratos que versem sobre o exercício do poder regulamentar – JACQUES MOREAU, *Droit Administratif*, Paris, 1989, p. 260; SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les contrats administratifs*, cit., p. 62; e MARC GJIDARA, “Les procédés contractuels entre partenaires publics: les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales”, cit., p. 303.

<sup>1342</sup> Expressivo nesse domínio é o recente estudo de RICHARD DEAU, *Les Actes Administratifs Unilatéraux Négociés*, Thèse de Doctorat, cit., onde se torna perceptível que muitas das figuras *prima facie* designadas por “contratos” ou “quase contratos” acabaram qualificadas pela doutrina e pela jurisprudência (sobretudo do *Conseil d'État*) como atos unilaterais negociados ou compromissórios. Quer dizer, manifesta-se na dogmática francesa uma certa “teimosia” na preferência pela forma jurídica unilateral das decisões administrativas para regular a negociação dos termos ou do sentido do exercício do poder discricionário:

“importação” do *öffentlichrechtliche Vertrag* e do seu regime para o ordenamento administrativo francês<sup>1343</sup>.

#### **34. Síntese conclusiva. Natureza bicéfala do contrato administrativo: dualismo ou uniformização de regimes jurídicos?**

Conhecidas as principais incidências do reconhecimento e regime jurídico do exercício contratual do poder administrativo no direito comparado, pode concluir-se que são descortináveis dois grandes modelos de contratos administrativos a nível europeu, a saber, o contrato administrativo tradicional de matriz francesa e o contrato administrativo de origem germânica. A regulamentação do contrato administrativo (tomado como *Oberbegriff* ou *superconceito*) surge da confluência – não isenta de problemas – de dois paradigmas: o modelo tradicional francês e o modelo germânico do contrato de direito público.

Pode dizer-se que aqueles dois modelos influenciaram, em maior ou menor medida, os sistemas de contratação administrativa de vários países europeus e de diferentes países ibero-americanos. Por isso, alguns deles podem ser identificados como *sistemas mistos* – como é o caso português, espanhol ou italiano –, já que conjugam as notas típicas daqueles dois modelos, sendo corrente falar-se nesses ordenamentos jurídicos num *dualismo* inerente ao contrato administrativo<sup>1344</sup>.

Assim sendo, a construção dogmática que está na base do *contrato* administrativo sobre o exercício de poderes públicos aponta, *geneticamente*, para uma categoria completamente distinta da figura francesa, exigindo que o respetivo regime jurídico seja

---

muitos desses “quase contratos”, ainda que formalmente envergassem as vestes do ato administrativo, não eram mais do que o resultado de consensos previamente obtidos com os particulares no âmbito de procedimentos decisórios. Por isso, neste sistema jurídico, a elasticidade do ato administrativo e o alargamento do seu campo de atuação fazem-se, muitas vezes, à custa de um “arranjo” tipicamente contratual ao nível do conteúdo dispositivo (assim, cfr. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., pp. 30-35 e 44) – daí a designação, que se tornou corrente na doutrina francesa, sobretudo nos domínios da administração económica e social, de “atos administrativos de aparência contratual”.

<sup>1343</sup> Nos domínios típicos da administração de autoridade, a possibilidade de acoplar cláusulas acessórias ao ato unilateral, designadamente condições suspensivas, resolutivas, potestativas, termos, cláusulas modais e aceitação de compromissos funciona como uma alternativa ao contrato sobre o exercício de poderes públicos na configuração dos efeitos jurídicos pretendidos. Também por esta via se assegura a ideia de exercício consensual ou negociado de poderes administrativos, conquanto a técnica que lhe confere operatividade (provavelmente por razões histórico-dogmáticas ou fundadas na tradição) não ofereça às partes as mesmas virtualidades que o contrato sobre o exercício de poderes públicos na composição da relação jurídica.

<sup>1344</sup> Em rigor, o modelo inglês de contratação pública, mercê dos particularismos que apresenta, não deve ser sistematizado à luz destas categorias e terminologias tipicamente continentais.

especificamente desenhado para acudir aos diferentes problemas que aí se colocam<sup>1345</sup>. Destarte, o *contrat administratif* e o *öffentlich-rechtliche Vertrag* correspondem a realidades distintas, não havendo sequer no plano terminológico uma identidade ou equivalência, reconhecendo-se que se trata de “dois modelos jurídicos”, sem “qualquer conexão mútua”, que “respondem a exigências distintas, satisfazem diferentes finalidades, são regulados diversamente pelo direito positivo, sendo igualmente distinto o papel e a posição que neles adota a administração pública”<sup>1346</sup>.

No sistema alemão, tradicionalmente, não se aplica (“à francesa”) o contrato administrativo como instrumento de colaboração entre a administração e os particulares (v.g., prestação de serviços, execução de obras públicas, gestão de serviços públicos). Assim, na Alemanha, os contratos que em França se reconduziam ao *contrat administratif* sempre foram considerados “de uma forma natural, sem sobressaltos, como casos típicos de contratos privados da administração”<sup>1347</sup>, submetidos, nessa medida, ao regime comum definido na lei civil e sem que se concedesse à administração qualquer prerrogativa específica na celebração e no controlo administrativo da execução dos contratos. Sustentava-se, deste modo, que tais situações eram passíveis de ser objeto da celebração de contratos de direito privado, pelo que não haveria necessidade de importar a doutrina francesa do *contrat administratif* e o seu regime jurídico exorbitante<sup>1348</sup>.

Enquanto instituição jurídica, o contrato administrativo possui natureza bicéfala ou cabeça de Jano, nela havendo, assim, que distinguir os “*contratos com objeto passível de*

---

<sup>1345</sup> Cfr. S. MARTIN-RETORTILLO, “La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, cit., pp. 226-227. Como salienta M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, cit., p. 428, a demarcação do “*modulo contrattuale*” *contrat administratif* perante o *öffentlich-rechtlichen Vertrag* explica-se, desde logo, por razões dogmáticas e científicas: a consagração positiva do *öffentlich-rechtlichen Vertrag* decorre de uma opção do legislador, que reconhece nesse contrato um *objeto público* (portanto, indisponível nas relações *inter privados*), mas que a administração pode dispor quando toma uma decisão em certo sentido e se verificadas determinadas circunstâncias: “*l'autorità pubblica, in sostanza, si dice disporrebbe dell'oggetto di una propria potestà, pubblica, per addivenire ad un assetto di esso non autoritativo, bensì contrattuale*”.

<sup>1346</sup> Cfr. S. MARTIN-RETORTILLO, “La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, cit., p. 227. Cfr., também, BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., pp. 54-55.

<sup>1347</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, cit., pp. 44-45. Foi, por exemplo, o caso dos primeiros contratos administrativos franceses – os de realização de obras e os de fornecimento de bens – que continuaram no direito alemão a ser encarados como contratos de direito privado. Por isso, como refere a Autora, na Alemanha “não se trata de não querer admitir os contratos administrativos franceses, mas sim de não sentir tal necessidade! [...], porque se continuava a acreditar tratar-se de situações passíveis de ser objeto da celebração de contratos de direito privado”.

<sup>1348</sup> Na expressão de MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, cit., p. 45, quando se colocou o problema do contrato de direito público na Alemanha, “aquilo que estava em causa era uma realidade completamente diferente. Pensava-se agora em tarefas verdadeiramente públicas [...], casos-limite de exercício do próprio poder administrativo”.

*contrato de direito privado*” e os “*contratos com objeto passível de ato administrativo*”<sup>1349</sup>. Esta distinção é motivada pelo *objeto* contratual e pelas diferentes *finalidades* subjacentes a cada tipo de contrato. Em termos práticos, a demarcação entre contratos administrativos de colaboração e contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos significa, também, a impossibilidade de, sob a veste de uma pretensa categoria de “contrato de direito administrativo”<sup>1350</sup>, se poder admitir um unificação do regime jurídico substantivo aplicável indistinta ou indiferenciadamente a ambos os tipos contratuais.

É que, como enfatizámos, as referidas figuras são teleologicamente diferentes e, conseqüentemente, lançam desafios de regulamentação diferentes ao legislador ordinário, exigindo que o respetivo regime jurídico seja especificamente desenhado para acudir às diferentes preocupações e problemas que cada uma delas coloca<sup>1351</sup>.

Portanto, a natureza bicéfala do contrato administrativo não é apenas reconhecida sob ponto de vista conceptual. Também, na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus que consagram o contrato administrativo francês e alemão, é acolhida uma perspectiva dualista dos contratos administrativos em termos de regime jurídico substantivo. Os dados precedentes revelam, de facto, essa coincidência entre *classes* de contratos administrativos e regimes jurídicos *específicos*. Significa isto que se ergue uma linha de fronteira, separando a regulamentação dos contratos administrativos de colaboração – em regra, disciplinados nas leis da contratação pública – dos contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos – em princípio, previstos e disciplinados nas leis do procedimento administrativo<sup>1352</sup>.

---

<sup>1349</sup> Utilizando esta terminologia, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, cit., p. 428, consoante os efeitos produzidos (ou o mais importante de entre eles) sejam ou não suscetíveis de geração também por ato administrativo. Note-se que essa dicotomia poderá, hoje, relevar, em termos de regime jurídico, para efeitos de invalidade nos termos do artigo 285.º, n.ºs 1 e 2, do CCP.

<sup>1350</sup> Historicamente, registam-se esforços no sentido de unificar, sob ponto de vista conceptual, os dois modelos de contratos administrativos. Tal sucedeu, pela primeira vez, na obra de H. ZWALHEN, *Le Contrat de Droit Administratif*, Basel, 1958, que, referindo-se ao direito suíço, por natureza eclético (situado entre as culturas jurídicas francesa e alemã), propôs a categoria de “contrato de direito administrativo”, que reunia tanto os contratos de colaboração como os contratos sobre poderes administrativos. Foi ele quem primeiro chamou à atenção para a necessidade de se reconhecer o dualismo presente na instituição contratual, ensaiando uma solução unificadora em cuja formulação confluíam elementos dos sistemas alemão e francês: assim, o “contrato de direito administrativo” era definido como “*toute convention liant l'Etat à un particulier et relevant non pas du droit civil, mais du droit public*”.

<sup>1351</sup> Curiosa é, a este respeito, a expressão de HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 168, quando sustenta que tratar estes dois tipos contratuais de modo uniforme no que concerne ao regime jurídico pressuporia uma espécie de “«diálogo entre surdos» jurídico”.

<sup>1352</sup> Cfr., entre nós, a exposição de L. VILHENA DE FREITAS, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, Lisboa, 2014, pp. 39-54 e 133-138; e de MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 61-189. Em matéria de contratação urbanística, um dos domínios por excelência da celebração de contratos sobre o exercício de poderes públicos, cfr. os estudos e relatórios internacionais sobre o

Deste modo, torna-se claro que, nos ordenamentos jurídicos europeus que reconhecem o contrato sobre o exercício de poderes públicos, o legislador não disciplina tais contratos com um regime jurídico idêntico ao estabelecido para os contratos administrativos de colaboração e para os contratos de procura pública – que pressupõem *compras ou aquisição públicas* e em que a administração pública vai ao *mercado* e se posiciona como *cliente*<sup>1353</sup>. Subjacente a este juízo legislativo terá estado a consideração de que nos contratos sobre poderes públicos a administração não se dirige ao mercado para contratualizar com os particulares a obtenção de uma determinada prestação (consubstanciada em bens ou serviços), da qual necessita para prosseguir as suas atividades de interesse público.

A este respeito, cumpre destacar um “princípio de boa legislação” que preside à disciplina jurídica dos contratos da administração pública, através dos ensinamentos colhidos nos ordenamentos jurídicos perscrutados: assim, a regulação jurídica dos acordos procedimentais “deve estar «inserida no procedimento como sua parte integrante», enquanto a disciplina jurídica dos contratos públicos «está colocada fora e à margem do procedimento de autoridade»” (G. SCIULLO)<sup>1354</sup>; o “*habitat* natural dos contratos sobre o exercício de poderes públicos é a lei do procedimento administrativo” (G. GRECO)<sup>1355</sup>; a “terminação convencional é uma instituição procedimental [...] e o seu regime jurídico depende fundamentalmente do que se estabelece na lei do procedimento administrativo” (PAREJO ALFONSO)<sup>1356</sup>; apenas faz sentido “a colocação dos acordos procedimentais dentro da disciplina jurídica do procedimento, na medida em que é essa a sede do exercício do poder administrativo que constitui o objeto do acordo (L. PATTI)<sup>1357</sup>; os “acordos procedimentais não constituem contratos administrativos de colaboração nos termos da Lei de Contratos do Setor Público”, pelo que devem ter um regime jurídico próprio (MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN)<sup>1358</sup>. Regista-se, assim, que, no direito comparado, o contrato sobre o exercício de poderes públicos é regulado, utilizando uma sugestiva expressão de PETER HÄBERLE, na “Lei fundamental do segundo poder”<sup>1359</sup>, isto é, na lei geral do *procedimento* e da *regulamentação substancial* dos atos que materializam o exercício de poderes administrativos (regulamento e ato administrativo).

---

problema da *contratualização do plano urbanístico* nos ordenamentos belga, grego, romeno e suíço, disponíveis em *La Contractualisation dans le Droit de l’Urbanisme*, cit., pp. 141-170, 227-242 e 287-327.

<sup>1353</sup> Atenta a *causa-função*, há que diferenciar o regime jurídico dos contratos administrativos da “administração cliente” dos contratos administrativos “da administração como poder” – cfr. JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, “La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites”, cit., p. 13.

<sup>1354</sup> “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, cit., p. 43.

<sup>1355</sup> *Accordi Amministrativi*, cit., p. 76.

<sup>1356</sup> *Derecho Administrativo*, cit., pp. 949 e 960.

<sup>1357</sup> *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., p. 43.

<sup>1358</sup> *Derecho Administrativo*, cit., p. 511.

<sup>1359</sup> “Verfassungsprinzipien «im» Verwaltungsverfahrensgesetz”, Walter Schmitt Glaeser (Hrsg.), *Festschrift für Boorberg Verlag*, Stuttgart/München/Hannover, 1977, p. 49.

Não obstante esta diferenciação se encontrar sedimentada nos ordenamentos jurídicos europeus perscrutados, em Portugal, o legislador parece ter seguido uma visão unificadora do regime jurídico do contrato administrativo, regulando o regime jurídico do contrato administrativo celebrado no exercício de poderes públicos num diploma legal – o Código dos Contratos Públicos – que consagra as regras da contratação pública e disciplina o regime substantivo do contrato administrativo de colaboração. Este aspeto tornou-se, ainda, mais evidente com a entrada em vigor do novo Código do Procedimento Administrativo, uma vez que o regime substantivo das relações contratuais administrativas, emergentes de contratos endoprocedimentais ou de contratos decisórios, é remetido pelo artigo 202.º, n.º 1, para o Código dos Contratos Públicos<sup>1360</sup>.

Todavia, esta solução – que constituirá um caso único ou isolado no panorama europeu – é, quanto a nós, altamente discutível e não pode ser lida acriticamente pelo intérprete ou aplicador da lei. Isto porque a Parte III do CCP consagra um regime jurídico substantivo – *geral ou especial* – especificamente pensado e desenhado em função do *quid specificum* dos contratos administrativos de colaboração. Quer dizer, o modelo paradigmático que se encontra regulado na Parte III CCP é o do *contrato administrativo de modelo francês*, com a particularidade de a regulamentação específica dos aspetos da relação jurídica contratual incidir sobre a dinâmica típica dos contratos de colaboração (v.g., em matéria de “poderes de conformação da relação jurídica contratual”, de “execução das prestações contratuais”, de “cumprimento e incumprimento do contrato”)<sup>1361</sup>. Os contratos sobre o exercício de poderes públicos colocam questões específicas, das quais decorre a necessidade de obter soluções diferenciadas de regime. O CCP, no Título I da sua Parte III, não deu, contudo, *resposta adequada à necessidade de estruturar um regime normativo próprio para esta categoria de contratos*. Por essa razão, parece-nos que os contratos sobre

---

<sup>1360</sup> Reza o n.º 1 do artigo 202.º do CPA que “as relações contratuais administrativas são regidas pelo Código dos Contratos Públicos ou por lei especial, sem prejuízo da aplicação subsidiária daquele *quando os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa*” (it. nosso). Esta última expressão “*quando os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa*” merecerá uma análise que ficará para mais tarde. Para já cumpre apenas dizer que ela não anula o facto de o legislador do CPA se ter demitido de estabelecer uma disciplina jurídica essencial aplicável às previsões específicas de acordos endoprocedimentais e dos acordos substitutivos de atos administrativos. A *contratualização dos termos do procedimento* – que figurou como uma das grandes linhas da reforma da lei do procedimento administrativo – apenas seria plenamente alcançada, caso o legislador tivesse disciplinado, igualmente, o regime jurídico substantivo dos acordos ali previstos. Perante este cenário, o particular interessado terá que “descodificar”, nas entrelinhas dos textos normativos, qual o regime que, concretamente, se aplica ao acordo que irá celebrar. Consequentemente, pode afirmar-se que os contratos sobre o exercício de poderes públicos têm, hoje, em Portugal um regime jurídico de “difícil apreensão” pelas partes, com graves prejuízos para a expansão prática de uma tão relevante figura do direito administrativo moderno.

<sup>1361</sup> Advertindo, de forma incisiva, para este aspeto, cfr. PEDRO GONÇALVES, “Cumprimento e Incumprimento do contrato administrativo”, *Estudos de Contratação Pública – I*, cit., pp. 575-577.



o exercício de poderes públicos foram inseridos, por arrastamento, nesse diploma, limitando-se o legislador a incluí-los no regime geral dos contratos administrativos de colaboração e a prever – aqui e ali – algumas regras que lhe são especialmente aplicáveis.

Somos de opinião que, apesar dos dados legais parecerem apontar para uma aplicação da Parte III do CCP em conjugação com as normas procedimentais e substantivas que o CPA consagra para a produção de atos administrativos, essa solução não poderá deixar de ser considerada contingente ou transitória – *podendo e devendo* o legislador futuramente re(introduzir) a disciplina jurídica substantiva do contrato sobre o exercício de poderes públicos na lei geral do procedimento administrativo, como acontece na Alemanha, Itália e Espanha<sup>1362</sup>. *De iure condendo*, somente nesse cenário é que a regulação jurídica dos contratos endoprocedimentais e dos contratos substitutivos de atos administrativos (artigos 57.º e 127.º do CPA) conhecerá uma efetiva *unidade e coerência sistemáticas*. Por essa razão, somos de opinião que o novo Código do Procedimento Administrativo originou um *problema* de regime jurídico do contrato sobre o exercício de poderes públicos que se nos impõe analisar e resolver. Numa apreciação breve, podemos afirmar que se terá que proceder a um exercício de compatibilização entre as regras substantivas da Parte III do CCP e *a natureza do contrato sobre o exercício de poderes públicos*, afastando-se, por vezes, uma interpretação literal e hermenêutico-cognitiva de determinados preceitos para salvaguardar ou não desvirtuar a figura objeto do nosso estudo (exemplo paradigmático é a temática dos “poderes de conformação da relação jurídica contratual”).

Deste modo, averiguar o significado e o alcance da remissão efetuada pelo artigo 202.º, n.º 1, do CPA para a Parte III do CCP é fundamental para compreender, hoje, os regimes da contratação administrativa no direito português, designadamente o problema de saber *se* os contratos sobre poderes públicos devem ser “integrados” no regime geral dos contratos administrativos, previsto na Parte III do Código dos Contratos Públicos (que regula as vicissitudes mais significativas da relação administrativa contratual), ou se *somente* lhe são aplicáveis as regras especiais previstas para os contratos com objeto

---

<sup>1362</sup> Poderia até admitir-se a sua manutenção na Parte III do CCP, mas desde que o Código, no capítulo dos contratos administrativos, contivesse uma Parte Geral dirigida a regular alguns aspetos que são transversais a todos os contratos administrativos e que, subsequentemente, procedesse ao tratamento diferenciado do regime específico dos *tipos* de contratos de colaboração e dos *tipos* de contratos relativos ao exercício de poderes públicos.

Em sentido crítico também já se pronunciara PEDRO GONÇALVES, “Âmbito de Aplicação do Código do Procedimento Administrativo (na versão do anteprojeto de revisão)”, *CJA*, n.º 100, 2013, pp. 14,-16 tomando posição sobre o *erro* de o CPA não regular devidamente a figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos, em particular o seu regime jurídico. Para o Autor, o legislador do procedimento deveria ter revogado os artigos 336.º e 337.º do CCP para “avocar” a regulamentação de um contrato que está manifestamente mais próximo do ato administrativo do que quaisquer outros contratos da administração.

passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos daquele diploma. Em virtude da falta de clareza de algumas normas do Código dos Contratos Públicos e da total omissão pelo novo Código do Procedimento Administrativo da regulação de um regime jurídico substantivo para esses contratos – originando “*inoportunas situações de vazio normativo*”<sup>1363</sup> –, diversas questões controvertidas carecem, no presente momento, de resposta – é essa tarefa que levaremos a cabo no Capítulo X.

---

<sup>1363</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Âmbito de Aplicação do Código do Procedimento Administrativo”, cit., p. 14.

## CAPÍTULO VII

### ENQUADRAMENTO PRINCIPOLÓGICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS

#### **35. Os princípios jurídicos que fundamentam formal e materialmente o recurso ao contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos**

A interposição de uma estruturada pré-compreensão das exigências constitutivas do *problema* do contrato administrativo celebrado no exercício de poderes públicos – que se perfila, neste âmbito particular, como refração de um equilíbrio entre “autoridade e consenso” – conduziu à necessidade de proceder, nas páginas anteriores, à pertinência *sistemática* no direito comparado daquela referência problemática. Avançando no tratamento desta temática, se quisermos ser analiticamente mais rigorosos, o aprofundamento da figura do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos exige que a situemos num enquadramento principiológico específico, que nos permita dilucidar os princípios jurídicos que materialmente a fundamentam e, bem assim, apresentar os seus quadros conceptuais e classificatórios próprios (desde logo, para a distinguir de outros contratos administrativos e de outras figuras da ação administrativa).

É, por isso, nossa opção estruturar, na presente investigação, o contrato administrativo sobre poderes públicos enquanto complexo normativo que se reúne à volta de princípios jurídicos comuns aplicáveis às diferentes *factispecies* contratuais.

Nesta linha, o recurso à figura do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos alicerça-se fundamentalmente em quatro princípios jurídico-administrativos, a saber: o *princípio da legalidade administrativa*, o *princípio da autonomia pública contratual*, o *princípio da boa administração* e o *princípio da participação dos particulares na formação das decisões administrativas*. Tais princípios – que analisaremos com maior detalhe – fundamentam formal e materialmente o recurso ao contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos. Se os dois primeiros operam no interior do sistema jurídico – moldando a previsão, os limites da utilização da forma contratual e a conformação do conteúdo do contrato à lei –, os outros dois princípios constituem um fator de “moderação” ou de “flexibilização” da legalidade administrativa, sendo passíveis de produzir impacto ao nível das soluções procedimentais seguidas pelos órgãos administrativos.

### 36. Autonomia pública contratual e princípio da intercambialidade ou fungibilidade entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais

#### 36.1. Autonomia pública contratual

É inquestionável o reconhecimento da *autonomia pública contratual* no ordenamento administrativo português. Nos termos dos artigos 200.º, n.º 3, do CPA, e 278.º do CCP, “na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os órgãos da administração pública podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”. Tais preceitos contêm uma *norma de fattispecie aberta*, devendo, por isso, falar-se de um *princípio de cláusula aberta* no âmbito do recurso ao contrato administrativo, “salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”<sup>1364</sup>.

Afirma-se, assim, no ordenamento português um princípio geral de livre utilização do contrato administrativo como forma jurídica de atuação administrativa. Em consequência, salvo exclusões resultantes da lei ou da natureza das relações a estabelecer<sup>1365</sup>, os órgãos administrativos podem escolher prosseguir a sua competência através de uma forma jurídica unilateral ou bilateral. Consideraremos, para já, as condições em que é admitido o uso da forma contratual para o exercício de poderes públicos para, depois, averiguarmos como se processa a conformidade do conteúdo contratual com a lei no contexto do princípio da legalidade administrativa.

Numa primeira aproximação, pode dizer-se que a *autonomia pública contratual da administração* deve ser entendida como a possibilidade genérica de qualquer entidade pública recorrer ao contrato administrativo para realizar as atribuições que estiverem a seu cargo, ainda que o efeito jurídico pretendido não esteja especificamente previsto na lei como podendo ter por fonte um contrato desta natureza<sup>1366</sup>. Trata-se de uma capacidade reconhecida a um órgão administrativo para utilizar o contrato na constituição, modificação e extinção de relações jurídicas administrativas, cujo conteúdo não esteja integralmente predeterminado por lei. Por conseguinte, dos artigos 200.º, n.º 3, do CPA, e 278.º do CCP

---

<sup>1364</sup> Outros autores falam aqui de uma *conceção ampla* ou *amplíssima* do princípio da autonomia pública contratual – assim, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 566-567 e 777-778; e MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., p. 297.

<sup>1365</sup> Apesar de atribuída em geral, a capacidade para o emprego da forma do contrato administrativo tem limites – sobre esta matéria, *infra* 42..

<sup>1366</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., pp. 36-37, referindo que o conceito de *autonomia pública contratual* tem um âmbito idêntico ao (conceito paralelo) de *autonomia administrativa*, entendida como a capacidade de que desfrutam as pessoas coletivas públicas de praticar atos administrativos (*capacidade formal*). E acrescenta-se que, na emissão de atos administrativos, a *autonomia pública* corresponde à emissão de predeterminação integral do ato e os seus modos são a discricionariedade e a margem de livre apreciação dos conceitos indeterminados.

decorre uma *regra* que, permitindo em geral, o emprego da forma do contrato, confere aos órgãos administrativos uma *capacidade formal*, ou seja, a capacidade para em geral empregar essa forma como instrumento de exercício de competências materiais conferidas pelo ordenamento jurídico. Essa capacidade formal deve estar associada à *competência material* para produzir efeitos jurídicos de direito administrativo segundo o conteúdo disposto no contrato.

A autonomia pública não deve ser confundida com a liberdade e a autonomia privada<sup>1367</sup>, pois a administração está vinculada à lei, vigorando nos contratos de direito privado um princípio de livre construção do conteúdo (artigo 405.º, n.º 1 do Código Civil). A autonomia pública contratual é o outro nome da *discricionariedade administrativa*. Na linha de SÉRVULO CORREIA, a *autonomia pública contratual* reconduz-se à permissão da criação, no âmbito dos contratos administrativos, “de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e a titularidade e exercício do correspondente poder ou, por outras palavras, a margem de livre decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas regidas pelo direito administrativo”<sup>1368</sup>. A proliferação de leis com caráter geral e

---

<sup>1367</sup> Podemos dizer com VIEIRA DE ANDRADE, “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, cit., p. 68, que a *vontade negocial pública* não é uma vontade psicológica, idêntica ou equiparada à vontade negocial privada. Mesmo quando se utiliza a forma contratual, a vontade da administração continua a ser uma *vontade orgânica* (imputável à pessoa coletiva pública), *normativa* (representa o exercício de uma competência determinada por uma norma) e *funcional* (só pode ter em vista a realização de interesses específicos postos a cargo do órgão).

<sup>1368</sup> *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 777-778. Segundo a tese de SÉRVULO CORREIA, ob. cit., pp. 778 e 786-788, a autonomia pública contratual é diferente consoante estejamos na presença de *contratos com objeto passível de contrato de direito privado* ou de *contratos com objeto passível de ato administrativo*. Em ambos, a administração não frui de autonomia privada, mas o Autor considera que os primeiros, quando comparados com os segundos, estão submetidos a menores vinculações quanto aos pressupostos e aos efeitos de direito, encontrando-se a administração apenas “sujeita a uma direção normativa positiva quanto ao fim”. A autonomia pública contratual assim exercida não se “confunde com a discricionariedade, por não conhecer limites objetivos quanto à tipificação mínima de pressupostos e de efeitos de direito”. Já no que se refere aos contratos com objeto passível de ato administrativo, a autonomia pública não dispensa “uma predeterminação normativa, não apenas do seu fim direto, mas também de um mínimo dos respetivos pressupostos e efeitos de direito em termos iguais àqueles em que se requererem tais parâmetros para um ato administrativo com o mesmo objeto e idêntica regulamentação da situação concreta”. Por conseguinte, a autonomia pública contratual, quando referida aos contratos com objeto passível de ato administrativo, corresponde a uma forma de “exercício da *discricionariedade*”.

A construção de SÉRVULO CORREIA foi criticada por FREITAS DO AMARAL, “Apreciação da dissertação de doutoramento do Lic. J. M. SÉRVULO CORREIA: Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V.XXIX (1988), pp. 159-177, referindo que a autonomia pública contratual concebida nos contratos com objeto passível de contrato de direito privado se aproximava muito da autonomia privada; no mesmo sentido MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., p. 299, em nota, referindo que não se vê como “distinguir a referida «direção normativa positiva quanto ao fim» de que fala Sérvulo Correia, da funcionalização a que está sujeita toda a atividade da administração por força do princípio geral de prossecução do interesse público e do dever de boa administração, designadamente quando celebra contratos no âmbito da sua autonomia privada”. A isto podemos acrescentar que a construção de Sérvulo Correia – que mantém a sua validade no que aos contratos com objeto passível de ato administrativo diz respeito – não resistiu à erosão da força do tempo no que toca aos contratos com

indeterminado tem vindo a deixar à administração um largo espaço de discricionariedade na regulação jurídica (*margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados*), permitindo a convocação de particulares interessados para participar na conformação de efeitos jurídicos de que são destinatários. Aqui, a autonomia pública está ligada a um momento *intrinsecamente criativo*<sup>1369</sup>.

A forma *ampla* como a autonomia contratual foi prevista nos artigos 200.º, n.º 3, do CPA, e 278.º do CCP aponta para a permissão de celebração de *contratos procedimentais relativos à prática de atos administrativos* – sejam contratos decisórios, contratos endoprocedimentais ou obrigacionais ou contratos de mero conteúdo procedimental – e *contratos prévios à tramitação do procedimento*. O contrato administrativo ficou a constituir uma *figura de utilização geral* pelas entidades administrativas, que tanto pode pôr termo de forma consensual a um procedimento já iniciado, como disciplinar uma determinada relação jurídica administrativa constituída à margem de um concreto procedimento administrativo.

Em aberto fica a possibilidade de celebração de *contratos relativos à emissão de regulamentos administrativos* com fundamento nos artigos 200.º, n.º 3, do CPA, e 278.º do CCP. Neste sentido, constituirá o princípio da autonomia pública contratual fundamento *necessário e suficiente* para a sua celebração ou, pelo contrário, o princípio da legalidade, entendido no sentido de *precedência da lei*, imporá sempre uma norma de autorização específica para o exercício contratual do poder regulamentar? Neste ponto, entendemos que, excluídos os contratos substitutivos de regulamentos administrativos, a consagração genérica da possibilidade de contratar em vez de atuar unilateralmente apresenta-se em termos de dispensar uma norma autorizativa específica para a celebração de *contratos sobre o exercício do poder regulamentar*, constituindo, assim, uma base para o exercício pela via

---

objeto passível de contrato de direito privado, na medida em que, desde a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, diversos contratos desse tipo são contratos administrativos por determinação da lei, encontrando-se fortemente sujeitos à tipificação de pressupostos e de efeitos de direito e, bem assim, à exigente conformação normativa do procedimento de formação dos contratos. Verificou-se, neste campo, um aumento da complexidade da relação entre a legalidade e a autonomia contratual, pela via da ampliação dos vínculos normativos da atuação administrativa. Além disso, o CCP não acolheu na Parte III a designação de *contrato com objeto passível de contrato de direito privado*, ao contrário do que sucedeu com a categoria de *contrato com objeto passível de ato administrativo*.

<sup>1369</sup> Isso não significa que a autonomia pública contratual seja *ilimitada*, porquanto, como veremos, ela constitui, ainda, um meio de aplicação de normas jurídicas dotadas de uma certa abertura – conhecendo, nessa medida, uma margem de *vinculação* quanto aos pressupostos e aos efeitos de direito, sendo também vinculada quanto ao *conteúdo* e ao *fim* por princípios jurídicos fundamentais. Além disso, a previsão amplíssima da autonomia pública contratual também não traduz necessariamente que a administração possa exercer pela via pactícia todo o tipo de poder ou competência legalmente prevista, ou que a livre utilização da forma contrato administrativo não acabe excluída em razão do conteúdo ou da natureza da relação jurídica a estabelecer, de acordo com os artigos 200.º, n.º 3, do CPA, e 278.º do CCP, *in fine*.

consensual dos poderes legalmente atribuídos à administração (ressalvada disposição legal em contrário)<sup>1370</sup>. Cumpre aqui notar que, quando nos reportamos à inclusão dos contratos sobre o exercício do poder regulamentar no quadro do *princípio da livre utilização do contrato administrativo*, estamos apenas a considerar uma forma de acordo preliminar de caráter endoprocedimental quanto ao exercício futuro do poder regulamentar, o que significa que nem estes contratos implicam a substituição da forma jurídica regulamentar pelo contrato administrativo, nem a substituição de um procedimento unilateral por outro de estrutura bilateral<sup>1371</sup>.

E no que toca aos contratos substitutivos de regulamentos administrativos? Existirá no direito português um princípio geral de paridade ou de alternatividade entre contrato e regulamento administrativo? Poderá o artigo 127.º do CPA ser analogicamente aqui aplicado em termos de se admitir a “terminação contratual do procedimento administrativo regulamentar”? Veremos mais à frente (*infra*, 46.3.) que, em relação a tais contratos, que versam sobre um objeto que poderia figurar num regulamento administrativo (“*contratos com objeto passível de regulamento administrativo*”), efetivamente, não existe, *de iure constituto*, no nosso ordenamento jurídico um *princípio geral de substituição do regulamento pelo contrato administrativo*.

### **36.2. Princípio da intercambialidade ou fungibilidade entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais**

À semelhança do que ocorre no ordenamento jurídico alemão (§54 da VwVfG), entre nós, a lei (artigos 200.º, n.º 3, do CPA e 278.º do CCP) consagra o contrato administrativo como alternativa ao ato administrativo (*princípio da intercambialidade ou fungibilidade entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais*<sup>1372</sup>), estabelecendo uma regra

---

<sup>1370</sup> Cfr. o nosso “Contrato e Poder Público Administrativo – em especial, os «novos» contratos com objeto passível de regulamento administrativo”, cit., pp. 215-217.

<sup>1371</sup> Admitindo também, à luz do princípio da autonomia pública contratual, a celebração de *contratos sobre o exercício do poder regulamentar* no procedimento administrativo em geral, cfr. ANA RAQUEL MONIZ, “Procedimento Regulamentar”, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, cit., pp. 414-416.

<sup>1372</sup> O discurso que iremos apresentar encontra-se *bipolarizado* na intercambialidade entre ato e contrato administrativo, o que não afasta a consideração do contrato administrativo como uma forma de ação que, *regra geral*, pode ser usada em alternativa ao *contrato de direito privado*. Se uma determinada relação jurídica, nos termos legais, *puder* ser regulada pelo direito privado e existir *margin* para a utilização da forma contrato administrativo, isso significa que, ao abrigo da autonomia pública, a administração pode atrair para o direito público uma relação jurídica contratual que seria *ab initio* regulada pelo direito privado. Essa faculdade resulta do princípio geral de livre utilização do contrato administrativo consagrado nos artigos 200.º, n.º 3, do CPA, e 278.º do CCP, tendo fortes implicações ao nível do regime jurídico substantivo e processual aplicável – já nesta linha, cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 39. Neste contexto,

geral que faculta ambas as formas de atuação à administração pública: a decisão de usar uma qualquer delas não é objeto de uma reserva específica de norma jurídica; esta respeita diretamente ao conteúdo do ato, isto é, à natureza dos efeitos de direito a produzir<sup>1373</sup>. A *alternatividade* ou *fungibilidade* entre ato e contrato administrativo foi reforçada pelo artigo 127.º do CPA, que consagrou a figura da *terminação contratual do procedimento administrativo* ou da *conclusão do procedimento administrativo por contrato*: “salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer, o procedimento pode terminar pela prática de um ato administrativo ou pela celebração de um contrato”. Isto significa não apenas a utilização alternativa entre contrato e ato, mas também a generalização do contrato administrativo em domínios típicos do ato administrativo.

A decisão de atuar por via contratual, em vez de unilateralmente, tem caráter *discricionário*, razão por que só será admissível nos casos em que a lei não fixe vinculadamente uma outra forma de atuação ou aquela não se revele incompatível com a natureza da relação jurídica. Por conseguinte, os órgãos administrativos, gozando de uma considerável margem de *liberdade decisória na escolha dos meios formais de decisão*, podem escolher prosseguir os seus fins através de uma forma jurídica unilateral ou bilateral, tendo em vista constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas administrativas. Vigora, portanto, um princípio de *liberdade de escolha da forma contrato administrativo* como instrumento de regulação das relações jurídicas administrativas. Trata-se de uma *liberdade de escolha da forma* (*scilicet*, de uma liberdade quanto aos meios e formas a adotar para a prossecução do fim definido pela lei), mas não de uma “liberdade de escolha de qualquer conteúdo”, pois, como refere HARTMUT MAURER, a administração pública está sujeita ao *princípio da legalidade* (*Gesetzmäßigkeit*), só podendo contratar aquilo que está legalmente determinado<sup>1374</sup>.

---

WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, I, cit., p. 293, advertem que *a liberdade de escolha de forma* “deverá ser clarificada a partir de dois pontos de vista. Por um lado, deverá ser esclarecido se a administração pode escolher, em princípio, entre formas do direito privado e do direito administrativo. Por outro lado, deverá ser discutida a questão de saber se, e em que medida, a administração pode escolher entre as formas de atuação de direito administrativo. Ligada à questão da legitimidade, surge a *questão dos efeitos jurídicos*”.

<sup>1373</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 566-567.

<sup>1374</sup> *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 389. Cfr., na doutrina nacional, LUÍS DE SOUSA FÁBRICA, “Contrato Administrativo”, *Procedimento Administrativo*, DJAP, VI, Lisboa, 1994, pp. 527-530; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra, 2001, pp. 520-522 e 560-563; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 777-788; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., pp. 834-837; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., pp. 36-41; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, cit., pp. 816-820; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 195-197; MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 297-301; e FILIPA CALVÃO, “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, cit., pp. 347-349. Cfr., na doutrina germânica, WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., pp. 70 e 74; VOLKER SCHLETTE, *Die*



Dentro do espectro permitido pelo direito substantivo, a administração pode optar pela forma contratual. O princípio da legalidade administrativa reclama aqui uma exigência de *conformidade* do contrato com a lei, ou seja, a exigência de que o conteúdo do contrato inserido nas cláusulas contratuais encontre correspondência numa norma legal. Concomitantemente, por força da dimensão da primazia de lei (*Vorrang des Gesetzes*), a administração não pode desviar-se do conteúdo das normas imperativas. Assim, o princípio da intercambialidade não atribui às partes uma faculdade de modificar ou derrogar o conteúdo imperativo da lei no que se refere à prática de atos administrativos. A pretexto de constituir um acordo de vontades, baseado no consentimento do particular, o contrato não pode, naturalmente, transformar-se num expediente de violação da lei.

Deste modo, “a doutrina comumente assinala que a permissão de utilização do contrato administrativo não se situa no plano substancial, mas ao nível do direito procedimental: a administração dispõe da liberdade de escolha do ato através do qual proverá a satisfação do interesse público, mas somente dentro do espectro permitido pelo direito substantivo”<sup>1375</sup>. Ao contrário do que em geral sucede no direito das obrigações, a liberdade de escolha de forma de atuação em direito administrativo não pretende traduzir uma permissão *geral* de estipulação – “à la carte”, *casuística* ou *individualizada* – de “certos” regimes jurídicos e de “derrogação” de outros regimes jurídicos, em harmonia com a conveniência das partes.

No ordenamento jurídico alemão, no qual se consagra o princípio da intercambialidade, é visível que o legislador procurou estruturar de forma mais ou menos idêntica na VwVfG os regimes jurídicos do ato e do contrato: contrato e ato passam a servir finalidades idênticas e, nessa medida, constituem *técnicas idênticas de execução da lei*, diretrizes que decorrem, a montante, do princípio da legalidade e a, jusante, do princípio da igualdade. Por essa razão, no ordenamento jurídico alemão, como vimos, a paridade entre ato e contrato no exercício da atividade administrativa, enquanto formas conclusivas do procedimento administrativo, foi acompanhada pela definição pelo legislador na VwVfG de uma certa equiparação em termos de regime jurídico. Sucede, porém, que, não obstante se registar uma linha de tendência da VwVfG no sentido de atenuar as diferenças na utilização (alternativa) entre ato e

---

*Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 80-101; HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 290-299; e ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 251-262 e 623-629.

<sup>1375</sup> Cfr. SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les contrats administratifs*, cit., p. 53. A administração goza de uma considerável margem de liberdade decisória na escolha dos meios formais de decisão, mas apenas dentro do espectro permissivo decorrente do direito substantivo. No direito alemão, defendendo que apenas vigora uma permissão genérica e discricionária de opção pela forma contratual de exercício da atividade administrativa como *permissão de forma* ou *instrumento de atuação*, cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN/WALTER KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, cit., p. 80; J. BURMEISTER, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, *VVDStRL*, 52 (1993), pp. 218-219; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 203-204; H. J. KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 674-682; e HEIKO FABER, *Verwaltungsrecht*, Möhr, Tübingen, 1992, pp. 247-248.

contrato administrativo, a equiparação de regimes jurídicos (substantivos e processuais) nunca poderia ser total, justamente para se conferir à administração, quando pretende obter um determinado resultado, uma margem de discricionariedade optativa no que concerne à escolha do instrumento através do qual pretende exercer as suas competências dispositivas. Assim, a liberdade de escolha da forma contrato administrativo pode ter implicações ao nível do próprio *conteúdo* da relação jurídica, permitindo, por arrastamento, que o ente público possa “lançar mão” do regime do contrato administrativo. Como refere MAURER, a utilização do contrato administrativo em detrimento da forma jurídica unilateral, desde que observados certos limites, *tem consequências relevantes ao nível do regime jurídico aplicável*, como a estabilidade da relação jurídica, o efeito vinculativo, o poder de modificação em caso de alteração das circunstâncias jurídicas e fácticas, a invalidade e a execução das prestações contratuais<sup>1376</sup>.

### 36.2.1. Escolha da forma e disponibilidade do regime jurídico aplicável

O princípio geral da paridade entre a forma contratual e a forma unilateral de prossecução das atribuições das pessoas coletivas, permitindo uma genérica e discricionária opção pela forma contratual de exercício da atividade administrativa, não pretende traduzir uma estrita *neutralidade* na regulação jurídica da relação contratual, tendo antes implicações ao nível do *regime jurídico aplicável*. Somos de opinião que a utilização do contrato sobre o exercício de poderes públicos em substituição da prática de um ato administrativo (artigo 127.º do CPA) tem o efeito prático de provocar uma *substituição do regime jurídico aplicável* à concreta relação jurídica administrativa. Aliás, a afirmação do contrato como “fonte de direito” parece surgir confirmada pelo artigo 279.º do CCP, quando concebe *o contrato* (conforme com a Constituição e a lei) como *determinante do regime aplicável à relação jurídica contratual*. Isso significa que o clausulado do contrato sobre o exercício de poderes públicos não apenas ocupa uma posição primacial na identificação da disciplina jurídica aplicável, como assume uma função equivalente aos demais parâmetros de vinculação que impendem sobre a atividade administrativa.

A *disponibilidade de regimes jurídicos* representa, portanto, a contraface do princípio geral da paridade entre formas contratuais e formas unilaterais no procedimento administrativo: quando é celebrado um *contrato com objeto passível de ato administrativo*, em vez do regime jurídico do ato administrativo, é mobilizado em primeira linha o *regime específico do contrato sobre o exercício de poderes públicos* na disciplina da relação jurídica administrativa.

Sob o ponto de vista material, isso significa que às partes num contrato sobre o exercício de poderes públicos é reconhecido pela ordem jurídica um poder ou faculdade

---

<sup>1376</sup> *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 378.

para *desenhar* certos aspetos do *conteúdo da relação jurídica* (desde logo, os *pressupostos da modificação, caducidade e revogação ou resolução* – artigo 336.º do CCP), podendo o clausulado contratual fixar uma disciplina jurídica mais *flexível e ajustada* à matéria jurídica regulanda, por comparação com os aspetos do regime estatuído na *lei do procedimento* para o ato administrativo (artigos 167.º e 173.º do CPA). A forma contratual apresenta maior flexibilidade do que a atuação por via unilateral, ao ajustar-se a *situações não previstas ou atípicas* e ao permitir alargar os efeitos jurídicos que se desejam ver produzidos com base no consentimento ou no acordo do particular. Além disso, o legislador remete para o contrato sobre o exercício de poderes públicos a *negociabilidade da vigência dos vínculos contratuais*, podendo as partes, *inter alia*, fixar livremente o respetivo prazo de vigência, a forma de cumprimento das prestações contratuais, o regime indemnizatório ou a resolução de conflitos. Finalmente, a substituição do ato administrativo pelo contrato administrativo no termo do procedimento (artigo 127.º do CPA) provoca toda uma plêiade de “alterações” de regime procedimental, substantivo e processual, que se aplicam às vicissitudes da relação jurídica e que são típicas do *regime contratual*, um *regime jurídico que se apresenta diferente* do regime do ato administrativo.

Pois bem, nesta temática, comumente a doutrina vem afirmando a *genérica alternatividade* entre ato e contrato administrativo, mas nem sempre se retiram e sistematizam as consequências jurídicas que decorrem dessa alternatividade. Entendemos, a este respeito, que o princípio da intercambialidade aponta para uma *disponibilidade ou permissão de escolha de regimes jurídicos* (mobilizando-se as normas jurídicas ora associadas ao “regime do ato”, previsto no CPA, ora ao “regime do contrato administrativo”, consagrado na Parte III do CCP)<sup>1377</sup>. Procuraremos, neste ponto, estruturar algumas diferenças de regime que podem surgir na utilização pela administração do ato administrativo e do contrato substitutivo de ato administrativo<sup>1378</sup>.

(1) Quando a administração opta pela celebração de *contratos substitutivos da emanção de atos administrativos*, deparamos aqui com uma disposição que, flexibilizando a legalidade das formas de exercício da atividade administrativa, habilita uma abdicação do exercício unilateral da competência decisória da administração pública. A *abdicação da unilateralidade decisória* dos órgãos administrativos revela a própria disponibilidade do poder administrativo nos termos da lei. Neste sentido, a *ideia de disponibilidade de regimes*

---

<sup>1377</sup> Como advertem WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, p. 295, a *liberdade de escolha de forma* (contrato administrativo) deve assentar expressamente num fundamento de lei formal, sobretudo “porque a escolha da forma significa simultaneamente a escolha do regime jurídico”.

<sup>1378</sup> Para evitar repetições, a nossa exposição será sintética, já que *todos* os aspetos aflorados serão posteriormente objeto de desenvolvimento.

*jurídicos* já era, de certo modo, visível na anterior versão do CPA. Sustentava PAULO OTERO que o princípio da intercambialidade envolvia “também, indiretamente, a disponibilidade pela administração pública da sua autotutela declarativa e executiva no caso de optar pela via contratual”<sup>1379</sup>. Mais recentemente, PEDRO GONÇALVES defende que a utilização do contrato com objeto passível de ato administrativo representa essencialmente uma substituição do regime jurídico aplicável<sup>1380</sup>.

(2) A liberdade de escolha da forma contrato administrativo pode ter implicações ao nível do próprio *conteúdo* da relação jurídica. Não obstante a exigência de que o conteúdo inserido nas cláusulas contratuais encontre correspondência numa norma legal (exigência de *conformidade* que deriva do princípio da legalidade), à administração é reconhecido pelo legislador um poder próprio para desenhar certos aspetos do concreto *conteúdo* da relação jurídica, incluindo a definição do *an*, do *quando* da produção de efeitos jurídicos legais, e, bem assim, quando for titular de um poder discricionário, a faculdade de estipular o *conteúdo administrativo extra-típico de um contrato* e negociar a entrega de *contrapartidas* com o particular para a realização de um fim de interesse público. Comparativamente com a aposição de cláusulas acessórias ao ato administrativo (em especial, o *modo*), o contrato permite alargar os efeitos jurídicos que se desejam ver produzidos com base no consentimento do particular (v.g., a sua renúncia a posições jurídicas) e ampliar o conteúdo prestacional admissível no ato administrativo correspondente, admitindo-se, deste modo, prestações financeiras assumidas pelo particular que servem para fins de interesse público coincidentes com o fim específico da norma

---

<sup>1379</sup> Cfr. *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 837. Defendia-se, assim, que, na anterior versão do CPA, em primeiro lugar, a liberdade de escolha confiada por lei aos órgãos administrativos entre uma forma jurídica bilateral e unilateral de exercício da atividade administrativa envolvia, indiretamente, a *disponibilidade pela administração pública da sua autotutela declarativa* no caso de optar por um contrato substitutivo de ato administrativo. Assim, nos termos do artigo 186.º, n.º 1, a escolha da via contratual transformava em *atos meramente opinativos* aqueles que efetuavam a interpretação ou se pronunciavam pela validade das cláusulas contratuais, retirando-lhe qualquer presunção de legalidade, ao passo que, pelo contrário, se a matéria tivesse sido decidida sob a forma de ato administrativo, qualquer ato posterior que efetuasse a respetiva interpretação ou emitisse um juízo sobre a sua validade, além de gozar da presunção de legalidade, seria sempre “definitivo e executório”, aliando a autotutela executiva à autotutela declarativa. Em segundo lugar, tomando a *autotutela executiva* agora como referencial, verifica-se que a opção por uma forma contratual submete aos tribunais administrativos a execução forçada das prestações contratuais (artigo 187.º – “salvo disposição legal em contrário, a execução forçada das prestações contratuais em falta só pode ser obtida através dos tribunais administrativos”), deixando de existir aqui privilégio de execução prévia, ao invés do que sucederia se uma tal competência decisória tivesse revestido a forma de ato administrativo. Suscitavam-se, contudo, algumas dúvidas quanto a essa interpretação – assim, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., pp. 844-849, salvo habilitação legal expressa, negava a disponibilidade da autotutela executiva com fundamento no princípio da *irrenunciabilidade ao privilégio de execução prévia*. A disponibilidade pela administração da sua *autotutela executiva* no caso de optar por um contrato substitutivo de ato administrativo, envolveria, em termos práticos, uma renúncia ao exercício do poder público.

<sup>1380</sup> *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2015, p. 478.

habilitadora daquela competência (observando-se aqui o princípio da proporcionalidade e da conexão material das prestações estatuído no artigo 281.º do CCP).

(3) A escolha de uma forma jurídica bilateral em detrimento de uma forma jurídica unilateral produz consequências ao nível da *proteção jurídica de terceiros*, podendo entender-se que a relação jurídica contratual se revela nesse ponto mais instável para as partes do que a relação constituída por decisão unilateral. Isto porque, quando é escolhida a forma unilateral, na presença de um vício que gere mera anulabilidade (v.g., o ato afeta a esfera jurídica de terceiros), esgotado o prazo de impugnação judicial (artigo 58.º, n.º 2, do CPTA), o ato consolida-se no ordenamento jurídico. Diversamente, o contrato pode ser declarado ineficaz a qualquer momento, quando se conclui que afeta direitos de terceiros que não consentiram, constituindo situações subjetivas passivas para terceiros ou do qual resultem efeitos modificativos, impeditivos ou extintivos de direitos de terceiros (solução acolhida no artigo 287.º, n.º 3, do CCP)<sup>1381</sup>.

(4) Quando a administração se vincula à manutenção de uma situação jurídica constituída através de contrato substitutivo de ato administrativo, essa vinculação administrativa encontra-se subordinada a um regime jurídico substancialmente diferente do regime do ato administrativo. Quer dizer, em diversos aspetos da relação jurídica, não existe uma identidade do regime jurídico aplicável ao ato administrativo e ao contrato substitutivo de ato administrativo: assim, no tocante aos *poderes de modificação unilateral e de resolução por motivos de interesse público* ou através do recurso à cláusula *rebus sic stantibus* (artigos 334.º e 335.º do CCP), o contraente público goza de certas prerrogativas e está sujeito a certas regras jurídicas típicas do “regime geral dos contratos administrativos”. A aplicação aos contratos aqui considerados das regras relativas aos poderes unilaterais do contraente público de conformação da relação contratual (artigos 302.º e segs. do CCP), em particular dos *poderes de modificação e de resolução unilateral* e, bem assim, das regras que regulam a *extinção* do contrato vai implicar um regime substancialmente diferente entre o ato administrativo e o contrato substitutivo.

O mesmo se diga para o caso em que a licença atribuída para o exercício de uma determinada atividade é efetuada mediante ato administrativo ou contrato: a licença atribuída por ato administrativo pode ser objeto de *anulação* por ato unilateral da administração (*ex vi* artigo 168.º do CPA), mas esta possibilidade já não existe se a mesma licença for atribuída por contrato substitutivo. Em geral, o contraente público não goza de poderes para intervir sobre o contrato com fundamento em invalidade. A isto acresce, em sede de *invalidades próprias do contrato*, a inexistência de um *poder administrativo de*

---

<sup>1381</sup> Idêntica solução encontra-se no ordenamento jurídico alemão (§58.1 da VwVfG).

*declaração de nulidade do contrato* (diferentemente do exercício do poder através de ato administrativo – artigo 162.º, n.º 2, do CPA), assim como do poder para, através de ato unilateral, impor ou determinar a *ratificação, a redução, a reforma, a conversão ou a anulação* do contrato substitutivo (recorde-se que, nos termos do artigo 307.º, n.º 1, do CCP, as declarações do contraente público sobre a interpretação e validade do contrato são *meras declarações negociais*), poderes esses exercitáveis através de ato administrativo segundo o artigo 164.º do CPA.

Isto vem demonstrar que há certos poderes administrativos que podem ser exercidos tipicamente através de ato, que já não o são por via contratual. Ainda que, em homenagem à “lógica da função”, a administração também conserve no regime jurídico contratual diversos *poderes de intervenção na relação jurídica*, haverá que reconhecer que o seu modo de funcionamento ou de operatividade não é idêntico ao exercício do poder unilateral por meio de ato administrativo.

(5) No que diz respeito aos *pressupostos da modificação e da revogação*, por força do estatuído no artigo 336.º do CCP, a opção pela forma contratual parece *autorizar* uma remissão para a *autonomia das partes* da conformação da disciplina jurídica dos aspetos atinentes à modificação e à extinção do contrato, em termos apartados do regime jurídico imperativo dos artigos 167.º e 173.º do CPA, que fixa *condicionalismos* (em termos apertados ou rigorosos) aplicáveis à revogação de atos constitutivos de direitos e à alteração e substituição de atos administrativos.

(6) No que diz respeito à *problemática da eficácia*, note-se que, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 287.º do CCP, “as partes podem atribuir eficácia retroativa ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos: *a)* não seja proibida por lei; *b)* não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e *c)* não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à de formação do contrato”. O regime é substancialmente diverso do regime de retroatividade de atos administrativos retroativos. Pode dizer-se que o regime do CCP se revela mais permissivo em favor da retroatividade, quando comparado com o regime da eficácia retroativa do ato administrativo (cfr. os condicionalismos impostos pelo artigo 156.º do CPA).

(7) A nível processual, se for celebrado um contrato substitutivo de ato administrativo, a forma processual administrativa para reagir contenciosamente é a ação administrativa comum, ao passo que, se a questão tivesse sido decidida por via unilateral, a forma de ação prevista seria a ação administrativa especial relativa a ato administrativo (artigos 37.º e segs. e 51.º e segs. do CPTA). Estando o contrato substitutivo submetido a

um regime substantivo de direito público, a forma processual própria para pedir a anulação de uma cláusula contratual ilegal não é a ação administrativa especial (pedido de impugnação de ato administrativo), mas a ação administrativa comum [pedido de invalidação de contrato – artigo 37.º, n.º 2, *h*), do CPTA], o que significa que haverá que observar as regras especiais de legitimidade relativas a contratos previstas no artigo 40.º do CPTA. Finalmente, nos termos da lei processual administrativa, enquanto o prazo de impugnação do ato anulável é de *três meses* para o particular, segundo o disposto no artigo 58.º, n.º 2, *b*), do CPTA, o pedido de anulação, total ou parcial, do contrato administrativo tem de ser deduzido no prazo de *seis meses* a contar da data da celebração do contrato (ou da cessação do vício, nos casos de vícios da vontade) ou, quanto a terceiros, do conhecimento do seu clausulado, de acordo com o disposto no artigo 41.º, n.º 2, do CPTA.

(8) Uma última nota para referir que o recurso à contratualização no procedimento administrativo traduz uma *dupla incidência bilateralizadora*<sup>1382</sup>, já que, além de apontar para uma flexibilização das formas de exercício da atividade administrativa, que permite ao órgão administrativo abdicar da unilateralidade decisória (*contrato substitutivo da emanção de ato administrativo*), por outro lado, também permite observar, ao nível do procedimento referente a atos administrativos, uma debilitação do seu carácter exclusivamente unilateral (*ato administrativo emitido ao abrigo de um acordo endoprocedimental – ato administrativo contratualmente devido ou contratualmente proibido*). Ora, nos *contratos endoprocedimentais que conformam a prática de um ato administrativo com um certo conteúdo*, o problema da disponibilidade de regimes jurídicos não é tão visível como sucede com os contratos substitutivos de atos administrativos. Tratando-se de um contrato obrigacional e não decisório, diríamos que o problema fundamental aqui é outro: o *problema da vinculação do ato administrativo ao contrato endoprocedimental* ou, noutros termos, *da projeção de efeitos jurídicos do contrato endoprocedimental sobre o sentido ou o conteúdo da decisão final*. Se à administração é permitido *antecipar o exercício discricionário* de uma competência própria e vincular-se a exercê-la em certos termos, haverá que distinguir *dois momentos cronologicamente diferenciados*: primeiro, a formalização por escrito do contrato endoprocedimental e a sua submissão, durante o período de vigência, ao regime do contrato administrativo; segundo, sendo praticado o ato administrativo, a decisão final do procedimento é formalmente uma decisão unilateral, o que significa que a administração convocará para a disciplina da relação jurídica fundamental o regime aplicável ao ato administrativo (e não o regime do

---

<sup>1382</sup> Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição*, I, cit., pp. 84-87.

contrato administrativo), com a particularidade de se tratar de uma definição consensual do ato final do procedimento.

Como veremos melhor, isso não significa atribuir irrelevância ao contrato endoprocedimental, depois de ser praticado o ato administrativo. Por exemplo, ao nível processual, uma das questões mais complexas prende-se com a identificação da forma processual adequada para o cocontratante reagir contra a recusa da prática de um ato administrativo que o contraente público assumiu o *dever* de emitir no âmbito de um *contrato obrigacional*, discutindo-se se a invalidade do contrato obrigacional (mera anulabilidade) produz ainda o efeito vinculativo ou obrigatório da emissão do ato administrativo (*infra*, 59.)

### **36.2.2. Limites à disponibilidade do regime jurídico aplicável e fuga a vinculações de direito público**

Vimos que a *liberdade de utilização do contrato administrativo*, inscrita nos artigos 278.º do CCP e 200.º, n.º 3, do CPA, aponta para a possibilidade de *substituição do regime jurídico aplicável* ao ato administrativo pelo regime do contrato administrativo. A utilização do contrato em substituição do ato administrativo produz, então, uma reconfiguração do regime jurídico substantivo aplicável, aplicando-se o regime do contrato administrativo (Parte III do CCP) em vez do regime jurídico do ato administrativo (artigos 148.º e segs. do CPA). Efetivamente, ainda que subsistam aspetos comuns a ambos os regimes – mantendo o contraente público *poderes* de intervenção na relação jurídica contratual –, a transformação *in toto* do regime jurídico do contrato substitutivo de ato administrativo no regime do ato administrativo (correspondente) teria o efeito prático de retirar qualquer sentido útil ao princípio da utilização alternativa entre ato e contrato. A ideia de *máxima paridade* entre ato e contrato administrativo poderia, no fim de contas, traduzir um resultado que ficaria aquém das expectativas.

Entendemos, por isso, associar ao princípio da livre utilização do contrato administrativo a ideia de *disponibilidade de regimes jurídicos* – tese que se encontra em harmonia com os dados fornecidos pelo legislador português. Em rigor, tendo o legislador do CPA, além daquele princípio, consagrado no artigo 127.º a figura da *terminação contratual do procedimento administrativo* ou da *conclusão do procedimento administrativo por contrato* (“salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer, o procedimento pode terminar pela prática de um ato administrativo ou pela celebração de um contrato”) e remetido o regime substantivo das relações jurídicas



contratuais para o Código dos Contratos Públicos (artigo 202.º, n.º 1), podemos concluir – à luz de uma *interpretação sistemática* – pela legitimidade da disponibilidade de regimes jurídicos no ordenamento administrativo português.

Contudo, isso não significa que o nosso sistema jurídico não introduza *limites, freios e contrapesos* à liberdade de utilização do contrato administrativo – postulado da “unidade do sistema jurídico”<sup>1383</sup>. Desde logo, por força do princípio da legalidade, não se pode admitir que fique na disponibilidade das partes, em via geral, a decisão de modificar ou alterar prescrições legais, o que, facilmente, se poderia traduzir numa *manipulação* do conteúdo da lei. A permissão de forma não corresponde ao poder de estipular contra o disposto em normas vigentes. Quer dizer, o *princípio da sujeição da administração à lei* vale naturalmente para a atuação administrativa por contrato, sendo que os contratos com objeto passível de ato administrativo estão sujeitos a uma exigência acrescida de *conformidade do conteúdo do contrato à lei*.

Além disso, o legislador salvaguarda, nos artigos 278.º do CCP e 127.º e 200.º, n.º 3, do CPA, sempre dois *limites* aplicáveis à escolha da forma contratual: “salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”. Os *limites* que resultam da lei não dizem apenas respeito às matérias da proibição de forma contratual e da proibição do conteúdo do contrato (*infra*, 42.), devendo ser aferidos também enquanto *limites à disponibilidade de regime jurídico aplicável*. No fundo, o que está aqui em causa é autonomizar certas *limitações ao conteúdo de estipulação*, por força da regra da disponibilidade de regimes jurídicos, convocando para tanto a *unidade do sistema jurídico*, com o fim de corrigir eventuais situações anómalas. Se assim não fosse, o ente público, fazendo uso da sua liberdade de escolha da forma de atuação, facilmente encontraria no contrato uma forma de obtenção de resultados que lhe estariam vedados se atuasse por via unilateral (“fuga a vinculações de direito público”). Por seu turno, ao particular poderiam ser impostas no clausulado disposições mais desvantajosas, fragilizando-se, deste modo, a sua posição jurídica numa defraudação inaceitável das normas garantísticas que a lei associa à atuação administrativa unilateral.

Sendo certo que é normal que da negociação possa resultar para cada uma das partes um clausulado mais favorável ou desfavorável no plano obrigacional, haverá, contudo, certas matérias em que a utilização alternativa do contrato ou do ato não pode deixar de reproduzir uma regulação jurídica predeterminada (exigência de *conformidade do conteúdo do contrato à lei*), sobretudo quando estejamos na presença de vinculações da administração a normas de direito público que concretizem regras imperativas ou princípios

---

<sup>1383</sup> Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, II, cit., pp. 168-169.

constitucionais (procedimentais ou substantivos). É esse o caso da regulação dos pressupostos da *revogação de atos administrativos constitutivos de direitos*, que não pode deixar de harmonizar o *princípio da tendencial irrevogabilidade dos atos constitutivos de direitos* para salvaguarda dos interesses dos particulares destinatários do ato administrativo (proteção da confiança e segurança jurídica)<sup>1384</sup> com a *subordinação da administração ao princípio constitucional da prossecução do interesse público*. De acordo com este último princípio, os órgãos administrativos dispõem da faculdade de, respeitados certos condicionalismos definidos na lei do procedimento, extinguirem os efeitos jurídicos dos atos que anteriormente praticaram, desde que os repute inconvenientes. Admite-se a *revogação de atos constitutivos de direitos* pela administração pública nos artigos 165.º e segs. do CPA, mas, em homenagem ao *princípio da segurança jurídica* [ínsito no *princípio do Estado de Direito*, segundo a jurisprudência reiterada e uniforme do Tribunal Constitucional – artigos 2.º e 9.º b) da CRP] fixa-se uma *regulamentação especialmente densa e determinada* para o exercício do poder revogatório (*ex vi* artigo 167.º do CPA – “condicionalismos aplicáveis à revogação”). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a alteração e substituição de atos administrativos – artigo 173.º do CPA.

Inversamente, ao densificar o *regime especial* dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, o legislador do CCP, no artigo 336.º, remeteu para a autonomia das partes a determinação dos *pressupostos da modificação ou revogação/resolução* de tais contratos: “nos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as partes têm a faculdade de fixar livremente o respetivo prazo de vigência e os pressupostos da sua modificação, caducidade, revogação ou resolução, salvo quando se trate de direitos ou interesses legalmente protegidos indisponíveis, ou quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do poder exercido através do contrato”. Assim, o artigo 336.º do CCP tornou os aspetos da modificação ou revogação/resolução do contrato substitutivo de ato administrativo *matérias dispositivas*, cujos pressupostos de aplicação podem ser definidos por vontade das partes.

Ora, oferecendo o contrato substitutivo nos domínios assinalados um *regime livre e descondicionado* (artigo 336.º do CCP) por comparação com o *regime vinculado, condicionado e tipificado* do ato administrativo (artigos 167.º e 173.º CPA), as partes poderão escolher a forma contratual para intencionalmente afastar vinculações de direito público que concretizem regras imperativas que a lei fixa para a revogação/modificação de

---

<sup>1384</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 265; e FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., p. 440.

atos administrativos<sup>1385</sup>, por aqui se gerando um *resultado anômalo* que deve ser corrigido, apelando à ideia de *unidade do sistema jurídico*. Por exemplo, se uma licença que a lei exige para o exercício de uma certa atividade (comercial, industrial, urbanística) for concedida por ato administrativo, os pressupostos para a modificação e a revogação da licença são os que o CPA define, aliás em termos bastante apertados; se a mesma licença for atribuída por um contrato substitutivo, então as partes adquirem a faculdade de livremente negociar os termos da modificação e da revogação da licença, por esta via *acrescentando ou suprimindo* condicionalismos à modificação e à revogação por comparação com aqueles que estão taxativamente definidos no CPA.

Assim sendo, a *regra da livre negociabilidade dos termos da modificação e extinção dos contratos sobre o exercício de poderes públicos* consagrada no artigo 336.º do CCP mostra-se passível de criar regimes jurídicos diferenciados, por força da utilização da forma contratual, ora violando *normas garantísticas de posições jurídicas subjetivas* (regime prejudicial ao particular, permitindo, por exemplo, a livre revogação do contrato que constitui um direito num caso em que seria proibida a revogação do ato substituído, ao arrepio do equilíbrio constitucional e legalmente estabelecido), ora envolvendo a *renúncia ilegítima pela administração ao exercício de poderes que lhe foram conferidos pelo ordenamento jurídico para a prossecução do interesse público* (irrenunciabilidade da competência – por exemplo, afastando em qualquer caso o exercício do poder revogatório que lhe é conferido pelo artigo 168.º do CPA)<sup>1386</sup>. Dir-se-ia que os *efeitos específicos de um regime livre e descondicionado* – quanto à modificação e à revogação – *não são compatíveis com a vinculação da administração a preceitos constitucionais e legais injuntivos*.

---

<sup>1385</sup> Quer dizer, trata-se, por um lado, de evitar que a escolha da forma contratual, alicerçada no princípio da fungibilidade, sirva como instrumento para as autoridades administrativas contornarem o *regime garantístico* associado à prática de atos administrativos e, por outro, que a posição jurídica dos particulares resulte degradada por relação àquela de que gozariam caso a administração optasse por agir pela via unilateral.

<sup>1386</sup> Note-se que haveria, ainda, um outro problema complexo a resolver, fruto da conjugação da regulamentação do CPA e do CCP. No caso de alteração das situações objetivas de facto em face das quais o ato administrativo não poderia ser praticado, admite-se a revogação de atos constitutivos de direitos [artigo 167.º, n.º 2, c), do CPA], estabelecendo-se no n.º 5 do artigo 167.º do CPA que os beneficiários de boa-fé do ato revogado têm o direito a ser indemnizados, nos termos do regime geral aplicável às situações de *indemnização pelo sacrifício*. Já a indemnização devida ao cocontratante no caso de *resolução do contrato pelo contraente público* com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias corresponde aos danos emergentes e aos lucros cessantes, devendo, quanto a estes, ser deduzido o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos (artigo 335.º, n.º 2, do CCP). Também aqui se deverá evitar resultados potencialmente perigosos, já que as partes poderiam limitar-se a escolher uma forma de atuação para determinar um regime indemnizatório mais favorável. Estando a administração vinculada ao *princípio constitucional da igualdade* (artigos 13.º e 266.º, n.º 2, da CRP), a aplicação de regimes diferenciados para situações materialmente idênticas ou similares é passível de gerar situações desiguais, colocando-se certos particulares em posição de vantagem perante outros.

Assim, propõe-se que aos *contratos sobre o exercício de poderes públicos que substituam atos administrativos constitutivos de direitos* não se aplique a regra da liberdade de fixação dos pressupostos da modificação e da revogação, aplicando-se, ao invés, o regime da modificação e da revogação dos atos administrativos substituídos, com fundamento no artigo 336.º do CCP *in fine* (“salvo quando se trate de direitos ou interesses legalmente protegidos indisponíveis, ou quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do poder exercido através do contrato”). Isto significa que, nas matérias assinaladas, o contrato substitutivo de ato administrativo deve reproduzir as disposições da lei do procedimento (*exigência de conformidade do conteúdo do contrato à lei*), previstas nos artigos 167.º e 173.º do CPA, que se aplicam haja ou não declaração de vontade dos sujeitos nesse sentido<sup>1387</sup>.

Referimo-nos à *utilização do contrato administrativo em vez do ato administrativo* e afirmámos que a *permissão de forma* equivale a uma *autorização legal* para negociar os termos e as condições do exercício do poder unilateral. Todavia, à luz de uma interpretação sistemática, observa-se que o nosso sistema jurídico impõe limites à liberdade de utilização do contrato administrativo que visam evitar a *fuga a vinculações de direito público*, abrangendo para além da matéria da modificação e da revogação, outras hipóteses em que a *realização do interesse público em vista do qual é concedido o poder discricionário não se compadece com a intervenção constitutiva do destinatário dos efeitos de direito na escolha, valoração e ponderação dos pressupostos de que resultará o conteúdo escolhido*. Mas não se pense que apenas o contrato substitutivo de ato administrativo se encontra submetido a estes condicionalismos. É que, entre nós, a alternatividade entre ato e contrato apresenta um duplo sentido, visto que também o *ato administrativo pode substituir o contrato administrativo* – cfr. artigo 1.º, n.º 3, do CCP, referindo-se a atos administrativos de atribuição unilateral de quaisquer *vantagens ou benefícios* em substituição de contratos. Neste contexto, especialmente marcado pelas exigências de *tutela da concorrência* e da *igualdade de chances* entre operadores económicos, o legislador fixou limites rigorosos: se os efeitos de um ato administrativo puderem proporcionar à administração um resultado que

---

<sup>1387</sup> PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 479, sustenta esta conclusão, embora com uma argumentação substancialmente diferente da nossa. Para o Autor, a conjugação entre aquela regulamentação do CCP e a disciplina do CPA passa por explorar a “via de recurso” do inciso final do artigo 336.º do CCP (“quando outra coisa resultar da natureza do poder exercido através do contrato”): “na verdade, poderá entender-se que a natureza do *poder público (administrativo) de constituir direitos* não varia em função de o ato em que este se concretiza revestir a forma de ato administrativo ou de contrato. E, neste sentido, afigura-se defensável o entendimento segundo o qual o artigo 167.º do CPA, sobre os condicionalismos legais aplicáveis à revogação de atos constitutivos de direitos, não é, afinal, um elemento exclusivo do regime jurídico do ato administrativo, mas antes um traço do regime de qualquer ato em que se exprima o poder público (administrativo) de constituição de direitos”.

a mesma também poderia obter pela via da celebração de um contrato público, então a entidade adjudicante não poderá deixar de tramitar um procedimento de seleção concorrencial, mesmo quando utilize a forma do ato administrativo (*infra*, 50.2.). Também por aqui se poderá afirmar uma *limitação à disponibilidade de regime procedimental*.

### 37. Princípio da legalidade administrativa

#### 37.1. Princípio da sujeição da administração pública à lei

O princípio da legalidade, nas suas vertentes do *primado* e da *precedência da lei*, vale para o contrato administrativo nos mesmos termos em que vale para o ato administrativo. O artigo 3.º, n.º 1, do CPA estabelece que “os órgãos da administração pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”. O *princípio da sujeição da administração à lei* (artigo 266.º, n.º 2, da CRP) vale para toda a atuação administrativa e para todas as formas de atuação administrativa, pelo que o contrato administrativo, mesmo ancorado no consentimento do particular, não permite estipular contra a lei, nem confere à administração o poder para determinar efeitos jurídicos que não se possam reconduzir a uma norma legal de competência.

*Lato sensu*, as relações desenvolvidas entre a atividade contratual administrativa e a lei pautam-se pela subordinação daquela aos comandos imperativos desta última (*primado da lei em sentido negativo*). A lei define os pressupostos, os critérios e os termos de exercício da atividade administrativa contratual, observando-se que o seu desrespeito constituirá fonte geradora de invalidade para os respetivos contratos da administração pública<sup>1388</sup>. Neste ensejo, HARTMUT MAURER afirma que “o problema principal do contrato

---

<sup>1388</sup> Sobre a sujeição do contrato administrativo ao princípio da legalidade administrativa, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, cit., pp. 61-74; M. REBOLLO PUIG, “Principio de Legalidad y Autonomía de la Voluntad en la Contratación Pública”, *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, cit., pp. 41-59; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 562-590; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., pp. 93-99; MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 334-339; VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 80-101; HARALD EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pp. 290-299; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 251-262 e 623-629; L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 953-957; F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 192-199; GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, cit., pp. 512-514, e “El enigma del contrato administrativo”, cit., pp. 86-92; e GIANLUCA GARDINI, “Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso”, cit., pp. 20-22.

Por vezes, a vinculação do contrato ao *princípio da determinação do conteúdo* é particularmente acrescida enquanto manifestação da *reserva de Parlamento*. Nas matérias de reserva legislativa parlamentar, onde além dos direitos fundamentais dos cidadãos se englobam outras matérias consideradas fundamentais para

administrativo, do ponto de vista jurídico, é o da submissão da administração ao princípio da legalidade<sup>1389</sup>, já que este princípio fixa a admissibilidade, a amplitude e os limites da autonomia pública contratual. A referida subordinação da atividade contratual exprime-se, desde logo, através das vinculações decorrentes do princípio da *primazia ou preferência da lei*. O contrato administrativo não pode, assim, contrariar as normas legais que se lhes aplicam<sup>1390</sup>. Além disso, a lei, como veremos, pode constituir também um limite à liberdade de utilização da forma contrato administrativo. Por essa razão, o princípio da livre utilização do instrumento contratual como meio de desempenho da função administrativa não pode deixar de ser compreendido à luz das limitações decorrentes da *obediência da administração à lei e à juridicidade* no que respeita à fixação do conteúdo jurídico-administrativo (isto é, de efeitos jurídico-administrativos) do contrato (v.g., normas imperativas, princípio da igualdade de tratamento, ordem pública e funções de soberania do Estado).

Mas a lei, enquanto imperativo de realização dos fins públicos e de garantia dos direitos dos cidadãos, não constitui apenas um limite negativo à atividade contratual da administração. Na verdade, o *princípio da precedência da lei* (ou da *conformidade*) exige que a celebração do contrato e o seu conteúdo correspondam à prévia estatuição de uma norma jurídica. Isto há-de significar que é outro o problema de saber até onde a atividade administrativa contratual supõe necessariamente uma lei que forneça a *medida* e o *conteúdo* dos seus atos concretos.

---

a comunidade – segundo um *princípio da essencialidade* –, pode ser exigida uma vinculação mais intensa (substancial, formal e procedimental) do contrato à lei ou até a impossibilidade de regulação da situação jurídica através do contrato. Tendo em conta que o conteúdo do conceito de legalidade administrativa tem evoluído historicamente e varia, de país para país, parece-nos de grande importância o estudo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les Contrats Administratifs*, cit., pp. 50-85, que oferece, com detalhe, uma exposição jurídico-comparativa sobre o relacionamento entre o princípio da legalidade e o contrato administrativo. Em Espanha, L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 955-956, refere que o problema da aplicação da dimensão da reserva de lei ao contrato administrativo foi amplamente discutido no contexto da aplicabilidade direta do artigo 88.º da LRJPAC. O Autor recusa a exigência de um fundamento legal específico sempre que o contrato toque a esfera dos direitos fundamentais, já que, por aplicação do regime da invalidade dos atos administrativos, sempre que o contrato viole o núcleo essencial de um direito fundamental, é prescrita a sanção da nulidade.

<sup>1389</sup> *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 384.

<sup>1390</sup> Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 214. Recorde-se que, na Alemanha, o princípio da legalidade (*Prinzip der Gesetzmäßigkeit*), que tem o seu fundamento constitucional no artigo 20.º, §3, da *Grund Gesetz* subdivide-se em duas dimensões: a primazia de lei (*Vorrang des Gesetzes*) e a reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*). A doutrina afirma, de forma unânime, que o contrato administrativo está integralmente submetido à dimensão da primazia de lei, sendo amplamente discutida a submissão do mesmo à dimensão da reserva de lei. WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., pp. 70-71, nega a aplicação da dimensão da reserva de lei ao contrato administrativo: da perspetiva do cidadão, o contrato administrativo não pode ser entendido como uma intervenção (*Eingriffe*) nos seus direitos fundamentais, mas como expressão da sua autonomia ou liberdade de celebração. Em sentido contrário, cfr. ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 419-420 e 629-633.

Seguindo de perto SÉRVULO CORREIA, o princípio da conformidade pode subdividir-se nos conceitos de *legalidade formal* e de *legalidade material* ou *substancial*. A *legalidade formal* pressupõe a conformação normativa do procedimento de formação do contrato e tende a referir-se a uma universalidade de contratos administrativos, impondo que a operação de celebração do contrato se desenrole em conformidade com o esquema processual fixado pela norma. A *legalidade material ou substancial* significa que o conteúdo do contrato é modelado pela norma, podendo a exigência de conformidade consistir numa reprodução pura e simples do modelo normativo ou apenas na existência entre ambos de uma relação funcional de realização concretizante, entendida como direta relação de derivação lógica<sup>1391</sup>.

Cumpra aqui notar que o facto de se dizer que toda a atividade administrativa está sujeita à lei não significa que a medida da vinculação legal se aplique com igual intensidade em todas as zonas de intervenção administrativa. No domínio da utilização de formas jurídicas de direito privado, a administração está sujeita à lei, embora num sentido predominantemente negativo (exigência de *compatibilidade* da atuação administrativa com a lei). Assim, o ente administrativo pode constituir efeitos jurídicos que não estejam em contradição com as finalidades que lhe cumpre prosseguir nos termos da lei (princípio da especialidade<sup>1392</sup>). O mesmo não se verifica já quanto à constituição de efeitos jurídicos de direito administrativo, em domínios em que a administração atua *enquanto tal*<sup>1393</sup>. Por conseguinte, quando celebra um contrato sobre o exercício de poderes públicos, a atuação administrativa fica sujeita ao *princípio da precedência de lei*, que pressupõe uma exigência

---

<sup>1391</sup> *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 755-756.

<sup>1392</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 780-782.

<sup>1393</sup> Durante um certo período, foi amplamente discutida a intensidade da *reserva de lei* quando a atuação opera no campo da administração de autoridade ou de ingerência e no campo da administração prestadora ou constitutiva. O sistema de defesa classicamente proposto pela reserva de lei estava pensado para a administração autoritária – de imposição e de constrangimentos sobre os particulares (defendendo-se aí uma *reserva total de norma jurídica* dos atos administrativos ablativos, por imposição do princípio do Estado de Direito e da garantia constitucional de recurso contencioso) – e não para a atribuição de vantagens (na conhecida expressão de ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, cit., p. 9, era “como se valesse o princípio de que «a cavalo dado não se olha a dente», parecia inoportuno que o particular viesse aqui arrogar-se direitos contra a administração”). Contudo, é preciso ter presente que também na esfera da administração prestadora podem ocorrer violações dos direitos dos particulares ou dos seus interesses legalmente protegidos, pelo que não se podem afastar, liminarmente, as vinculações garantísticas associadas ao princípio da legalidade, impondo-se também aí o alargamento da reserva de norma jurídica [sobre o clássico debate travado na Alemanha entre WOLFF e JESCH acerca do grau de sujeição à lei a que deveria estar sujeita a administração de prestação, cfr. a síntese de FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., pp. 55-56]. Na esteira de VIEIRA DE ANDRADE, “O Ordenamento Jurídico Administrativo Português”, cit., pp. 39-40, podemos dizer que o princípio da reserva da lei refere-se “à base legal necessária à atuação administrativa e funciona como critério de regulação da *intensidade* da normação legislativa: da intensidade mínima postulada pela reserva de função (competência e fim) à intensidade máxima exigida pela reserva parlamentar (vinculação, no essencial, do seu conteúdo)”.

de *conformidade* dos efeitos jurídicos criados com um parâmetro superior que tenha previsto a hipótese de criação desses efeitos e que os tenha modelado em termos mais ou menos densos – *princípio do caráter típico dos efeitos jurídicos administrativos*<sup>1394</sup>. Dito de outra forma, o conteúdo do contrato, no seu efeito típico (de *autorizar* o requerente de uma licença no exercício de uma determinada atividade, de *conceder* uma subvenção, etc.) tem de se suportar numa norma legal que atribui ao órgão administrativo responsável pelo contrato a competência para o produzir.

Nos contratos sobre o exercício de poderes públicos estipulam-se efeitos próprios de direito administrativo, isto é, efeitos que a administração só pode produzir através do contrato ao abrigo de uma norma jurídica administrativa que a invista de uma competência pública. Deste modo, a estipulação de qualquer conteúdo específico de direito administrativo tem lugar ao abrigo de uma norma específica de competência, o que implica conjugar os artigos 200.º, n.º 3, do CPA e 278.º do CCP com uma norma habilitante que confira à administração um poder dispositivo de atuação em certa matéria e estabeleça os *pressupostos*, os *efeitos típicos* e o *fim específico* a prosseguir. A determinação de efeitos jurídico-administrativos através de contratos sobre o exercício de poderes encontra na norma jurídica atributiva de competência material a indispensável permissão específica<sup>1395</sup>.

Finalmente, a estas condições podemos acrescentar dois aspetos que, em nosso entender, decorrem da sujeição da administração à legalidade: por um lado, a matéria jurídica regulanda tem que ser passível de contratualização e, por outro, o objeto do contrato tem que ser suficientemente determinável.

### **37.2. A estipulação do conteúdo do contrato e a vinculação à lei**

O princípio geral de admissibilidade da forma contrato administrativo não autoriza a administração a incluir no contrato o conteúdo que lhe aprouver, uma vez que, nesse

---

<sup>1394</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 95.

<sup>1395</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 783. Isto significa que, por força dos princípios da competência e da especialidade, o contraente público há-de ter competência material sobre o objeto do contrato e que a celebração do contrato está implícita nas normas de competência que não imponham a forma de ato administrativo para a produção de efeitos jurídicos. O *princípio da competência* fornece o quadro para o exercício contratual de poderes administrativos: a administração não pode agir quando não estejam reunidos os pressupostos legais para o exercício da competência, nem alterar a natureza dos efeitos típicos associados à competência que lhe é atribuída, nem prosseguir um fim diferente daquele que lhe é legalmente encomendado. Por essa razão, afirma o Autor (ob. cit., p. 788) que, nos contratos com objeto passível de ato administrativo, a decisão de contratar só será válida: se ocorrerem no caso concreto os pressupostos de que depende o exercício da discricionariedade; se o fim a prosseguir pelo contrato for o fim visado pelo legislador; e se os efeitos programados não escaparem ao tipo mínimo a que teria de se conformar o ato administrativo com o mesmo objeto e para a regulamentação de idêntica situação concreta.



âmbito, há que ter em conta as exigências da *legalidade substantiva*. Ao contrário dos contratos entre particulares (no âmbito do direito privado), em que vigora um *princípio de liberdade de modelação, fixação ou estipulação do conteúdo* (artigo 405.º, n.º 1, do Código Civil), que decorre da *autonomia privada*, a fixação do conteúdo dos contratos administrativos está limitada pelo *princípio da legalidade*<sup>1396</sup>. Por conseguinte, a autonomia da administração, em comparação com a liberdade contratual privada, é uma vontade vinculada, de *conteúdo típico*.

Vimos já que as limitações à autonomia de fixação do conteúdo dos contratos administrativos prendem-se com a determinação de efeitos de direito que a ordem jurídica repele enquanto tais, formando como que um limite *negativo* à autonomia pública. Porém, pergunta-se se e até que ponto as vinculações administrativas, que existem sempre na competência e no fim (determinado pelos pressupostos de facto), não se opõem a uma discricionariedade administrativa alargada, que inclua alguma possibilidade de configuração do conteúdo do contrato. No que toca aos contratos que têm por objeto regular os termos do exercício do poder público por ato administrativo, vigora um *princípio da conformidade do conteúdo do contrato à lei*. A administração só pode contratar aquilo que se encontra legalmente determinado e apenas poderá inserir no contrato os efeitos jurídicos de direito administrativo concretamente previstos numa lei. Por força daquele princípio, exige-se que o conteúdo do contrato encontre correspondência numa norma legal, que estabeleça os *pressupostos*, os *efeitos típicos* e o *fim específico* a prosseguir.

Contudo, a exigência de conformidade não cobre todo o conteúdo contratual, de acordo com uma dimensão da *tipicidade*. Se fosse esse o caso, estaria vedada às partes qualquer espécie de negociação e o contrato não teria utilidade. Na verdade, a administração dispõe de um *poder próprio* para introduzir segmentos do conteúdo do contrato (*conteúdo discricionário*). Cumpre aqui notar que, há já algum tempo, se vem assistindo à perda da densidade normativa da lei. Apesar de esta continuar a representar o *suporte* ou a *base* de atuação administrativa, alterou-se o *padrão da legalidade*, na medida em que não apenas a proliferação de leis com conceitos indeterminados tem vindo a deixar à administração um largo espaço de discricionariedade (*margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados*<sup>1397</sup>), como também a atividade administrativa desenvolve-se em novas áreas que nem sempre se compadecem com a *prefiguração abstrata, estrita e universal* das

<sup>1396</sup> Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 214; e MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 384.

<sup>1397</sup> Observa SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 770, que a *abertura na previsão* pode resultar da utilização de *conceitos jurídicos indeterminados* através dos quais o legislador se refira a pressupostos ou da *faculdade reconhecida ao órgão aplicador de adicionar outros pressupostos* de sua escolha para, em face do conjunto assim formado, optar por um certo sentido de decisão.

soluções para os conflitos de interesses públicos e privados, podendo a norma deixar em branco a individualização de *alguns* dos efeitos concretos a produzir ou aludir à intervenção coconstitutiva dos destinatários<sup>1398</sup>. É assim que, ao lado conteúdo administrativo típico, podemos falar num *conteúdo administrativo extra-típico do contrato*, inserido ao abrigo de um poder discricionário, que habilita o órgão administrativo a definir a regulação mais adequada ao caso concreto<sup>1399</sup>. O que equivale a dizer que é neste domínio de discricionariedade (*discricionariedade de escolha e discricionariedade de decisão*) que se reconhece espaço para a negociação e para a determinação do conteúdo do contrato.

Não há dúvida de que a mencionada *perda de densidade normativa da lei* – seja pela impossibilidade de antecipar e regular *todas* as situações jurídicas em que a administração se encontra envolvida, seja por força da relevância dos princípios da eficácia administrativa e da participação dos interessados, que postula uma maior abertura à discricionariedade na regulação do caso concreto<sup>1400</sup> – favorece a possibilidade da administração utilizar esquemas negociais e formas contratuais no exercício dos seus poderes discricionários. Mas, naturalmente, mesmo nesse domínio de *discricionariedade*, ela não goza de uma liberdade geral de estipulação do conteúdo.

Isto porque a definição do conteúdo extratípico não corresponde a uma espécie de “liberdade originária” de criação de efeitos jurídicos de direito administrativo, já que o conteúdo discricionário do contrato tem de conservar uma *conexão material direta com o conteúdo legal típico* e não pode dar origem a *contrapartidas desproporcionadas* (artigo 281.º do CCP)<sup>1401</sup>. Neste sentido, a negociação de prestações contratuais encontra-se submetida à *legalidade substantiva* (v.g., o contrato não pode incluir prestações contrárias à lei e ao direito<sup>1402</sup>) e, em determinadas circunstâncias (*infra*, 55.), pode mesmo sustentar-se que as cláusulas de *conteúdo agressivo ou desvantajoso* para o particular só devem ser admitidas nos termos em que se admite em geral a sujeição dos atos administrativos a cláusulas acessórias (artigo 149.º do CPA)<sup>1403</sup>.

---

<sup>1398</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, cit., p. 63.

<sup>1399</sup> Em sentido idêntico, L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 956-957, referindo que a utilização de conceitos indeterminados e o aumento da margem de livre apreciação, traduzindo uma forma de flexibilização da legalidade administrativa, permite a configuração de “soluções adaptativas” e a “introdução de elementos volitivos próprios de uma regulação jurídica consensual”.

<sup>1400</sup> Sobre os fatores que, nos últimos tempos, acentuaram uma “crise da legalidade estrita”, cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 42-43.

<sup>1401</sup> Assim se pretende evitar que a administração pudesse, através do recurso à forma contratual, conceder ao particular aquilo que através de ato administrativo não lhe poderia ser atribuído.

<sup>1402</sup> Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 956.

<sup>1403</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, cit., p. 64. Acrescente-se que, como salientam M. ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO

Por outro lado, no plano da execução, da patologia e do cumprimento ou não cumprimento do contrato sobre o exercício de poderes públicos, o equilíbrio entre autoridade e consenso introduz a temática da *justiça material* dos conteúdos contratuais. E nesse campo é a *legalidade substantiva* que determina diversos aspetos do regime jurídico da relação contratual, designadamente a aplicação nos contratos substitutivos ou obrigacionais dos complexos normativos em matéria de poderes de conformação da relação jurídica contratual, a interpretação e validade das cláusulas contratuais, a execução coativa das prestações contratuais, a revogação de atos constitutivos de direitos e a extinção do contrato. Como sublinha SPYRIDON FLOGAÏTIS, nos contratos que envolvem uma subordinação mais intensa dos particulares, é determinante a influência dos princípios fundamentais que regem a atividade administrativa no conteúdo das relações contratuais e na execução dos contratos<sup>1404</sup>. A perspetiva principal passa a ser, agora, não apenas a da legalidade substantiva, mas também a do *princípio da juridicidade*, que expressa a tentativa de equilíbrio e de harmonização entre o imperativo de prossecução do interesse público e os direitos e interesses dos particulares contratantes. Nesse domínio, não se deve falar, em rigor, de um princípio de conformidade do conteúdo do contrato à lei, mas de um *princípio de conformidade do conteúdo do contrato ao direito*.

Finalmente, a estipulação do conteúdo do contrato é fortemente limitada pelo grau de *densidade normativa da lei* (maior ou menor vinculação). Quando estejamos perante *competências administrativas estritamente vinculadas*, o exercício de competências pelo órgão administrativo exige o respeito pela *determinabilidade* do paradigma decisório, podendo ser muito reduzido o espaço para configurações contratuais autênticas<sup>1405</sup>.

### 37.3. Exigências procedimentais e vinculação à lei

O CCP regula, com detalhe, o *procedimento de formação* do contrato público. Em matéria de contratos públicos, fomos assistindo, por influência do direito europeu, ao

---

GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., p. 819, a exigência de proporcionalidade e de equilíbrio entre as prestações não se coloca só para as cláusulas eventualmente agressivas para o particular, mas, nos mesmos termos, também para as que o beneficiam.

<sup>1404</sup> *Les Contrats Administratifs*, cit., p. 69-75.

<sup>1405</sup> Consequentemente, HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 384, formula um princípio geral segundo o qual “quanto mais for apertada a malha jurídica da administração [por força do princípio da legalidade], tanto menor é o espaço para configurações contratuais autênticas”. Por essa razão, revelar-se-á um *punctum crucis* desta temática a questão de saber se, e em que termos, pode o contrato administrativo incidir sobre o exercício de *poderes vinculados* da administração. É que, para uma certa corrente doutrinária, o princípio da legalidade exclui a utilização do contrato sobre o exercício de *poderes vinculados* da administração, na medida em que, como esta não tem margem de livre decisão quanto ao momento e ao conteúdo do ato, não pode determinar o conteúdo extra-típico do contrato, nem fazer depender a prática do ato de qualquer contraprestação a efetuar pelo particular, sob pena de incorrer numa violação da lei.

aumento da complexidade da relação entre legalidade e autonomia contratual, pela via da ampliação dos vínculos normativos da atuação administrativa, manifestando-se, sobretudo, através de uma regulação mais intensa do procedimento de formação dos contratos (“regras da *contratação pública*”). Esse fenómeno é especialmente visível no que tange a diversos *contratos de procura pública*, que configuram contratos públicos submetidos a *procedimentos abertos de seleção concorrencial* tipificados na Parte II do CCP. As razões que determinam uma regulamentação específica do procedimento de formação de tais contratos prendem-se com a salvaguarda do interesse público, a garantia de funcionamento do mercado sem entraves e em condições efetivas de competição entre os operadores económicos, a proteção dos interesses públicos financeiros e a defesa dos contribuintes (*best value for money*; seleção da proposta economicamente mais vantajosa) e, ainda, a vinculação a imperativos constitucionais decorrentes do princípio da igualdade e da não discriminação quanto às condições de acesso à contratação.

A *legalidade formal* também determina quais os princípios e regras procedimentais a que deve obedecer a celebração de contratos sobre o exercício de poderes públicos. Mas os valores que informam este tipo de contratação são predominantemente *valores nacionais* (v.g., realização do interesse público nacional, tal como definido pelo legislador democrático, participação dos interessados, tutela procedimental de terceiros, eficiência, redução substancial da litigiosidade) e não tanto *valores europeus*. Por regra, os contratos sobre o exercício de poderes públicos, na medida em que são celebrados com o destinatário ou interessado no ato administrativo, não suscitam *preocupações concorrenciais*. Eis o que sucede com o contrato que substitui a prática de um ato administrativo, em que a lei determina a aplicação do procedimento de formação do ato administrativo substituído – artigo 5.º, n.º 6, b), do CCP e 201.º, n.º 3, do CPA.

No entanto, as regras e princípios que visam assegurar a transparência (através da publicidade da atuação procedimental) e a igualdade de tratamento entre operadores económicos, o respeito pelos princípios da imparcialidade, da proporcionalidade e da justiça não-de ter, em certos termos, plena aplicação no procedimento de formação dos contratos sobre o exercício de poderes públicos. O modo como se operacionaliza a *transparência* na contratação e, excecionalmente, a aplicação do princípio da concorrência aos contratos sobre o exercício de poderes públicos constituirão objeto de desenvolvimento mais à frente.

Acompanhamos, por isso, VIEIRA DE ANDRADE quando refere que a sujeição da administração ao *princípio da legalidade* tem de ser atualmente entendida num sentido complexo, de forma a abranger, além do acatamento da lei em sentido estrito, o respeito pelos princípios de direito europeu da contratação pública, bem como pelos princípios da

juridicidade substancial, designadamente os princípios de justiça comutativa e a conformação normativa do procedimento de formação dos contratos<sup>1406</sup>. Neste sentido, podemos dizer que o princípio da legalidade administrativa acompanha e conforma o ciclo de formação, de execução e de extinção do contrato administrativo, determinando a amplitude e os limites da autonomia pública contratual. A especial sujeição da administração aos princípios da legalidade e da juridicidade impõe alguns *limites e compressões* à autonomia contratual para o exercício da função administrativa em áreas sensíveis de realização imperativa do interesse público.

Em todo o caso, lembre-se que um contrato administrativo válido e eficaz mostra-se passível de integrar o “*bloco da legalidade*”, o que significa que a vinculação contratual da administração pública também serve de padrão de conformidade da futura atuação administrativa unilateral<sup>1407</sup>. O que acaba de se afirmar explica que, sendo celebrado um contrato substitutivo de ato administrativo que produz validamente efeitos na ordem jurídica, este passa a integrar o *bloco da legalidade* com que têm de ser conformes os atos administrativos posteriores.

### 38. Princípio da boa administração

No capítulo II da Parte I do novo Código de Procedimento Administrativo, dedicada aos «princípios gerais da atividade administrativa», foi incluído o *princípio da boa administração*, indo ao encontro ao que era sugerido pelo direito europeu e pela doutrina nacional<sup>1408</sup>. Integram-se nesse princípio os *princípios constitucionais da eficiência, da aproximação dos serviços das populações e da desburocratização*. A preocupação constitucional de eficiência reflete-se ao nível das regras respeitantes no procedimento administrativo (artigo 267.º, n.º 4, da CRP), subordinado que está este ao princípio da racionalidade dos meios a utilizar pelos órgãos administrativos. Expressão de um princípio de boa administração, a ideia de racionalização envolve regras de

<sup>1406</sup> “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, cit., p. 73.

<sup>1407</sup> Integrando o contrato administrativo no “bloco da legalidade”, cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., p. 50; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 525; e SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1982, p. 235.

<sup>1408</sup> No direito europeu, já se consagrava o “direito a uma boa administração” (*right to good administration*) – cfr. artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, embora aí se acentuasse apenas os aspetos da informação e da participação dos administrados. Cfr., também, o princípio geral de “boa administração”, plasmado no *Commission White Paper on European Governance* [European Governance: A White Paper’ COM (2001) 428 final, 25/7/01]. Na doutrina, vide TRIMARCHI BANFI, “Il diritto a una buona amministrazione”, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Vol. I, cit., pp. 45-86; e, entre nós, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular”, cit., pp. 151-188.

economicidade, simplicidade e prontidão da atividade administrativa. Nesta linha, os princípios da desburocratização e da aproximação dos serviços às populações (artigo 267.º, n.º 1, da CRP) surgem como indicadores de eficiência e celeridade decisória da administração em termos procedimentais (artigo 5.º do CPA).

Deste modo, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do CPA, “a administração pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade”. E o n.º 2 daquele preceito normativo estabelece que “a administração pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada”.

O *princípio da boa administração*, ao tornar clara uma genérica vinculação a critérios de economia e eficiência, apresenta-se como um princípio com um âmbito normativo de intervenção nitidamente *substantivo*, conformando o conteúdo das atuações administrativas, qualquer que seja a natureza dessas atuações. Sucede, porém, que o referido princípio apresenta uma impreterível *dimensão procedimental ou formal*, na medida em que, ao serem fixados imperativos teleológicos de ação, decorre não ser indiferente a forma jurídica (unilateral ou bilateral) de concretização de tais imperativos, devendo o decisor administrativo procurar as medidas mais adequadas e escolher sempre as melhores soluções tendentes à realização do princípio da boa administração<sup>1409</sup>. Dentro do espaço permitido pela lei, o princípio da boa administração revela-se suscetível de produzir impactos ao nível das soluções procedimentais seguidas pelos órgãos administrativos.

Isto porque o novo Código do Procedimento Administrativo consagra em matéria de procedimento administrativo um subprincípio do princípio da boa administração, o designado “*princípio da adequação procedimental*” (artigo 56.º): na ausência de normas jurídicas injuntivas, o responsável pela direção do procedimento goza de discricionariedade na respetiva estruturação, que, no respeito pelos princípios gerais da atividade administrativa, deve ser orientada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão. Constituindo uma forma de disponibilidade do poder administrativo e de flexibilidade da legalidade, o *princípio da adequação procedimental* atribui ao responsável pela direção do procedimento discricionariedade na respetiva estruturação, podendo ser interpretado como fundamento para a *contratualização da atividade administrativa*.

Por outro lado, excluindo os aspetos referentes à temática do poder de autoorganização conferido às entidades administrativas, a prossecução de determinados fins

---

<sup>1409</sup> Assim, cfr. MASSIMO BASILAVECCHIA, “Autorità e consenso: un confronto tra azione amministrativa e azione impositiva”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, cit., p. 29.

públicos pressupõe, desde logo, a existência de uma regra implícita de *eficiência*<sup>1410</sup>: a otimização das decisões implica que a atuação administrativa seja sempre acompanhada por critérios racionais, tendo em vista o grau de efetividade de um *resultado*, sob pena de uma prossecução deficiente e violadora do princípio da boa administração.

Sem prejuízo da multiplicidade de conteúdos imputados ao conceito de eficiência na administração pública<sup>1411</sup>, ao nível do procedimento administrativo está essencialmente em causa a autonomização de um *critério* ou *parâmetro* de decisão orientado para as consequências e para os efeitos da ação administrativa (obtenção de determinados resultados e objetivos). Entre as várias alternativas apresentadas, o decisor deve eleger o meio ótimo para concretizar o interesse público (*eficiência como relação ótima entre meio e fim*<sup>1412</sup>). Dentro do espaço permitido pela lei, a eficiência funciona como um parâmetro decisório em função do qual “o órgão administrativo pauta o seu poder de conformação do procedimento administrativo”<sup>1413</sup>.

Com efeito, poder-se-á afirmar que a boa administração, enquanto princípio retor que determina a realização mais eficaz do interesse público prosseguido pelas normas disciplinadoras da atuação administrativa em causa, não ignora a necessidade de ponderação das soluções do caso concreto, de tal forma que a utilização do contrato administrativo como instrumento jurídico de garantia de boa administração poderá ter a sua operatividade em quatro cenários diferentes: (i) a contratualização no decurso do procedimento administrativo (especificamente, os *contratos de mero conteúdo procedimental*, por meio dos quais as partes, de acordo com o artigo 57.º, n.º 1, do CPA, acordam “termos do procedimento” que condicionam a prática de atos ulteriores, comprometendo-se a adotar certas condutas no procedimento administrativo) pode considerar-se como uma garantia de racionalidade do agir administrativo, quando concebida

---

<sup>1410</sup> Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição*, Vol. II, cit., p. 641.

<sup>1411</sup> WALTER LEISNER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Mohr, 1971, pp. 5-7; LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración: Tres Estudios*, INAP, 1995, pp. 91-93, e “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, 218-219 (1989), abril-septiembre, pp. 50-54; JOÃO LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares – Algumas Considerações*, Coimbra, 1995; e L. CABRAL DE MONCADA, *Direito Público e Eficácia*, Lisboa, 1997, pp. 17-22.

<sup>1412</sup> Cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, cit., p. 51. Nestas hipóteses, PAREJO ALFONSO faz coincidir o conteúdo do princípio da eficiência com o princípio da oportunidade da administração (*Zweckmäßigkeit Verwaltung*), enquanto fator de moderação, de atenuação ou de flexibilização da legalidade administrativa.

<sup>1413</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, cit., p. 132, concebendo a eficiência administrativa como um padrão da atividade administrativa, com o intuito de impor à administração uma atitude desportiva na solução dos problemas que se lhe colocam: “não se lhe exige [à administração] que seja temerosa (mas expedita), nem complexa (mas económica), nem «picuinhas» ou burocrática (mas eficiente)”.

como um valor comprometido com a juridicidade da atuação da administração; (ii) a contratualização no decurso do procedimento administrativo permite ajustar ou conciliar interesses públicos e privados, reduzindo a litigiosidade e o posterior surgimento de conflitos jurídicos; (iii) a contratualização no decurso do procedimento administrativo não pode ser desligada da eficiência<sup>1414</sup>, na medida em que a utilização da forma contratual representa para o setor privado um instrumento de estabilidade e de segurança jurídica, fundamental para a concretização de políticas públicas de captação de investimento e de estímulo económico e fiscal; (iv) a contratualização do decurso do procedimento administrativo poderá estender-se à fase de execução e de implementação da decisão administrativa, circunstância que permite atribuir maior efetividade à decisão tomada (programação e gestão contratual)<sup>1415</sup>.

### **39. Princípio da participação dos particulares na atividade administrativa**

#### **39.1. Sobre a «ideologia» da participação administrativa no Estado Cooperativo**

A amplitude que, hoje, é reconhecida ao contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos deriva, em grande medida, de um fenómeno que se situa no quadro de uma transformação gradual operada nos modernos sistemas administrativos para o incremento da *participação dos particulares na atividade administrativa* – em especial, da participação procedimental –, que postula que estes sejam vistos como *colaboradores* da administração e não como meros destinatários da ação administrativa<sup>1416</sup>. Na segunda metade do século XX, a necessidade de “democratizar a democracia”, enquanto expressão da insuficiência legitimadora dos mecanismos representativos oriundos do modelo liberal, conduziu ao aprofundamento da democracia participativa, atribuindo-se maior relevância à

---

<sup>1414</sup> Cfr. G. SALA, “Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive”, cit., p. 208.

<sup>1415</sup> Cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 162-164; e HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 85-94.

<sup>1416</sup> GUIDO GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, cit., p. 192, cita, a este propósito, o entendimento expresso na decisão do Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636: “o contrato sobre o exercício de poderes públicos revela um nexo estreitíssimo com a participação procedimental, tanto que é possível dizer-se que não podem concluir-se contratos fora ou à margem do procedimento administrativo e que não sejam expressão da participação procedimental que visa determinar no caso concreto qual deva ser o interesse público”. Cfr., também, VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 103-105.



intervenção de particulares “interessados” no procedimento administrativo num contexto geral de procedimentalização da atividade administrativa<sup>1417</sup>.

À democratização do procedimento importa que os particulares e a administração nele apareçam face a face, enquanto titulares de situações subjetivas ativas e passivas recíprocas. Isso não significa uma “igualização”, porque, ao passo que os particulares são titulares de situações jurídicas subjetivas (podendo, em certos termos, ser garantida a presença no procedimento dos destinatários envolvidos no conteúdo da decisão), a administração exerce um poder público e continua a pertencer-lhe exclusivamente a resolução de questões de direito e a tomada de decisões. Contudo, os particulares não são reduzidos a *objeto* daquele poder, nem são submetidos a uma “integração” no seio da organização administrativa pública, ficando colocados em posição de intervir no efetivo exercício do poder público. Note-se, por outro lado, que a participação dos particulares na formação das decisões administrativas não apresenta a mesma intensidade ou não provoca tão flagrantes perturbações no quadro geral de relacionamento entre o Estado e a sociedade, como sucede com outras formas de participação administrativa. Os particulares não prosseguem interesses públicos, agindo antes no âmbito da autonomia privada e no exercício de direitos subjetivos para a prossecução de interesses próprios. No limite, a intervenção dos particulares no procedimento administrativo pode influenciar decisivamente o conteúdo de decisões públicas, mas sem que tal signifique a partilha do poder decisório entre eles e os órgãos administrativos.

Na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, a intervenção dos interessados no procedimento administrativo não serve apenas a defesa dos seus direitos subjetivos e interesses legítimos, pressupondo também a oferta de colaboração e o reconhecimento de faculdades de conformação do conteúdo da decisão administrativa. Neste sentido, a possibilidade de celebração de contratos sobre o exercício de atos e poderes administrativos, sejam endoprocedimentais, sejam substitutivos do ato final, constitui uma matéria que respeita essencialmente à participação dos interessados no procedimento administrativo – que visa a adoção de atos de autoridade –, razão pela qual aqueles contratos são concebidos, em primeira linha, como *módulos convencionais do procedimento administrativo*, ou seja, como acordos que nascem no decurso do procedimento administrativo<sup>1418</sup>.

---

<sup>1417</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 579.

<sup>1418</sup> Cfr. ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 320-331; F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 159-162; HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 85-93; L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., p. 944; PIER LUIGI

Por conseguinte, os contratos sobre o exercício de poderes administrativos representam um mecanismo de *participação qualificada* dos particulares na formação da decisão administrativa, assegurando o estreitamento posicional do “contacto” entre a administração e a sociedade. Não se trata apenas da oportunidade, em sede de audiência dos interessados, de emitir opiniões ou juntar elementos probatórios, mas antes de admitir a possibilidade de, na fase constitutiva ou decisória, os interessados poderem influir sobre a determinação, ou mesmo co-determinar, a produção de efeitos jurídicos que se visam desencadear no procedimento administrativo.

Do lado da administração pública, a autonomia pública contratual é, frequentemente, definida em estreita relação funcional com o procedimento administrativo. Por essa razão, esta temática encontra-se intrinsecamente ligada às abordagens da *democracia participativa*, começando por assumir especial incidência numa perspetiva procedimental: a introdução da democracia no interior dos próprios mecanismos através dos quais se elabora a decisão administrativa visa, ao fim e ao cabo, estender ao poder administrativo a forma de racionalidade tradicionalmente associada à decisão parlamentar, *scilicet*, a aplicação do método do *government by discussion* ao *decision making administrativo*. A abertura e estímulo à participação dos interessados impõe-se, nessa medida, como momento fundamental no procedimento administrativo, por via da adesão e da aceitação das decisões pelos interessados.

Mas a projeção da “ideologia” da participação nas instituições administrativas do nosso tempo não se reduz à participação procedimental, sendo mais ampla. Desde logo, aproveite-se o ensejo para sublinhar que, como vimos na Parte I, na representação individualista liberal, com a instauração da democracia representativa a nível estadual, não se reconhecia lugar proeminente à *participação administrativa*: os particulares, tidos como administrados, não podiam ser administração nem compartilhar dela. O elemento democrático esgotava-se na fórmula liberal de participação política (designação eletiva dos titulares dos órgãos do topo do sistema<sup>1419</sup>). A participação dos cidadãos na atividade administrativa era considerada, na expressão de JACQUELINE MORAND-DEVILLER, como um “cavalo de Tróia perigoso para a democracia administrativa”<sup>1420</sup>. Essa separação entre a esfera pública e a esfera privada era claramente perceptível ao nível decisório, já que as decisões administrativas não eram,

---

PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali: studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, cit., pp. 25-44; BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., pp. 37-38; L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., pp. 69-78; FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 575-577; e VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 18-25. Veremos, no entanto, que os contratos sobre o exercício de poderes públicos poderão, em certos termos, ser celebrados à margem ou fora da sequência de um procedimento administrativo já iniciado.

<sup>1419</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, cit., p. 263.

<sup>1420</sup> *Droit Administratif*, Paris, 2013, pp. 337-338.

por princípio, tomadas ao abrigo de *discussão* ou *diálogo* com o particular, não possuindo este quaisquer direitos de intervenção no procedimento administrativo.

Na verdade, o respeito pela legalidade, assegurado pelo progresso do controlo jurisdicional, era condição necessária, porém *suficiente*, do carácter democrático da ação administrativa, na medida em que obedecer à administração é obedecer à lei e, portanto, ao povo soberano.

Consciente dessa visão redutora, afirmava NORBERTO BOBBIO que, não obstante a construção inicial de um modelo democrático ocidental que suporta a atividade administrativa de autoridade e a obediência cívica, a administração pública, sendo um dos grandes blocos de poder vertical sobre as sociedades complexas, não fora (seja do ponto de vista organizatório, seja dos procedimentos decisórios que promove) diretamente tocada pelo processo de democratização<sup>1421</sup>.

A partir da segunda metade do século XX, o Estado abandonou a posição de neutralidade e afirmou-se como grande operador económico, pelo que a administração envolveu-se profunda e sistematicamente na questão económica e social, passando a intervir globalmente na condução das matérias sociais e a promover fins que excedem em muito e de largo as tarefas de polícia económica. Regista CHARLES DEBBASCH que foi, justamente, a partir do momento em que a administração se tornou uma entidade de “transformação da sociedade” que se assistiu ao “despertar da participação administrativa”<sup>1422</sup>. A necessidade de “democratizar a democracia”<sup>1423</sup>, enquanto expressão da própria insuficiência legitimadora dos tradicionais mecanismos representativos oriundos do modelo liberal, deu voz e peso às diversas *autonomias sociais* e aos correspondentes princípios organizativos de ação.

E a partir do momento em que se começou a falar num “Estado Administrativo Cooperativo” (*kooperative Verwaltungsstaat*)<sup>1424</sup>, propõe-se uma alteração na dinâmica de relacionamento entre público e privado: a democracia depende da participação administrativa e as decisões públicas abrem-se à concertação e à adesão dos destinatários<sup>1425</sup>.

Já num texto de 1975 sobre “a participação na administração pública francesa”, JACQUES CHEVALLIER<sup>1426</sup> preconizava o fortalecimento da participação administrativa das forças sociais, sublinhando que “durante muito tempo a noção de interesse geral servira de princípio de legitimação do aparelho da coação pública [...], a administração estava obrigada a atuar no sentido do interesse coletivo do conjunto dos cidadãos [...], sob este ângulo, ela não dispunha senão de uma legitimidade derivada, mediatizada pelo sistema político e decorrente do controlo político exercido pelos representantes da nação. Contudo, há já algum tempo, aquele princípio da legitimação funciona pior: o apagamento visível do peso dos parlamentos e a influência cada vez mais clara da alta administração na direção

---

<sup>1421</sup> *O Futuro da Democracia*, cit., pp. 36 e 75. Cfr., também, E. S. REDFORD, *Democracy in the Administrative State*, cit., p. 8.

<sup>1422</sup> “Administration et pouvoir politique. Sur un couple uni”, cit., pp. 153-157.

<sup>1423</sup> Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, “Participação e Descentralização”, cit., p. 75.

<sup>1424</sup> Cfr. ERNST-HASSO RITTER, “Der kooperative Staat”, cit., p. 389.

<sup>1425</sup> Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 201.

<sup>1426</sup> *Bilan de recherche sur la participation dans l'administration française*, PUF, 1975, pp. 11-12.

dos assuntos públicos limita o caráter do argumento resultante do controlo democrático [...], logo a ideologia do interesse geral, sobre a qual se fundamenta a ação administrativa, deve ser renovada”, configurando a “*ideologia da participação*” aquela que a pode substituir como polo referencial<sup>1427</sup>.

O vaticínio não falhou enquanto antevisão de um estado de permanência e de disseminação nas leis administrativas de princípios, institutos e figuras jurídicas que concretizam a “*ideologia da participação*”<sup>1428</sup> instituidora de formas de governação pública mediante discussão, negociação e compromisso e reconhecedora, em certos casos, de esferas jurídicas autónomas e de agrupamentos ou coletividades não estaduais. Admitir a existência de uma ordenação normativa dentro da qual se torne viável a comunicação e a negociação dirigidas à cooperação e ao consenso não implica uma rotura com a dicotomia entre público e privado, nem identifica uma zona de concurso ou de competência conjunta entre a esfera pública e a esfera privada.

As transformações da administração no sentido da sua pluralização, diversificação e descentralização permitiram o desenvolvimento de múltiplas *formas de participação administrativa*, através da interferência dos cidadãos e dos grupos na atividade administrativa, seja na formação das decisões administrativas, seja na assunção direta de tarefas administrativas pelas forças sociais, a título e sob responsabilidade própria. Associado às varias formas de participação dos cidadãos e dos grupos sociais no Estado e na administração pública, o aprofundamento da *democracia participativa* como forma de completar a democracia representativa, criou condições para uma “osmose” e “interpenetração” entre a esfera administrativa e a esfera da sociedade<sup>1429</sup>, conferindo à

---

<sup>1427</sup> Na mesma linha, UMBERTO ALLEGRETTI, *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè Editore, 2009, pp. 281-284; e VINCENZO ATRIPALDI, “Il concetto di partecipazione nella dinamica della relazione Stato-società”, Vol. III, *Scritti in Onore M.S. Giannini*, Milano, 1988, pp. 77-88.

<sup>1428</sup> Entre nós, são numerosas as disposições constitucionais que se referem à “participação”: artigos 9.º, alínea c), 48.º, 54.º, n.º 5, alíneas c) e d), 56.º, n.º 2, alíneas a) e b), 63.º, n.º 2, 64.º, n.º 4, 65.º, n.º 5, 66.º, n.º 2, 68.º, n.º 1, 73.º, n.º 2, 77.º, n.ºs 1 e 2, 80.º, alínea g), 89.º, 92.º, n.º 1, 98.º, 109.º, 225.º, n.º 2, 263.º, n.º 1, 267.º, n.º 1, 2, 4 e 5 e 268.º, n.º 1 da CRP, deixando entrever neste domínio alguma *diversidade*, no que tange aos *titulares*, às *formas*, aos *momentos*, aos *níveis de intensidade* e aos *mecanismos de garantia de eficácia*. Registe-se que a tutela de “interesses difusos” encontra refração na Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto (*direito de participação procedimental e ação popular*), que concebe como titulares do direito procedimental de participação popular, independentemente de terem ou não interesse direto no caso, “quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos” e “as associações e fundações defensoras de interesses públicos como o ambiente, a qualidade de vida, a saúde pública, a proteção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público” (artigos 1.º e 2.º).

<sup>1429</sup> Neste ponto, cfr. UMBERTO ALLEGRETTI, *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, cit., p. 293. Cfr., também, sobre a democracia participativa, as reflexões incontornáveis de ALAIN TOURAINE, *Qu'est-ce que la démocratie?*, Fayard, 1994, pp. 60-61 e 262-264; GIOVANNI SARTORI, *A teoria da democracia revisitada*, Vol. II, Ática, São Paulo, 1994, pp. 25-33.

participação, entre nós, a dignidade de um direito constitucionalmente garantido (artigo 267.º, n.º 5, da CRP) e legalmente assegurado (artigos 12.º e 68.º do CPA).

Desta forma, concretizando o ordenamento constitucional, a administração assumiu-se como instância “ativadora” e “promotora”, nos mais variados domínios setoriais, da *participação e envolvimento dos cidadãos* na gestão da *res publica*<sup>1430</sup>. O processo de participação das forças sociais nas tarefas administrativas conhece, nessa medida, múltiplas fórmulas e aplicações (autoadministração, coadministração, administração partilhada, administração em condomínio, etc.), revelando, também, o reconhecimento jurídico-constitucional de espaços de poder administrativo autónomo e de coletividades infraestaduais<sup>1431</sup>.

Assim sendo, os signatários de um modelo de “administração pública democrática” sustentam que os valores da *boa governação* da administração pública não se reconduzem apenas à eficiência e à avaliação de resultados. Num Estado de direito, a ideia de uma administração pública democrática permite sedimentar a autonomia da função administrativa face às outras funções estaduais, pelo que algumas das suas coordenadas constitutivas surgem-nos, hoje, rodeadas de fórmulas reabilitadoras do *estatuto do cidadão* perante o poder público. Este enfoque – “democracia de proximidade e administração pública”<sup>1432</sup> – visa traduzir a exigência de adaptação e de renovação do modelo administrativo ocidental como resposta ao relevo crescente dos mais diversos papéis que os

---

<sup>1430</sup> Na esteira de GIOVANNI MARONGIU, “Funzione Amministrativa e Ordinamento Democratico”, *La Democrazia come Problema*, Vol. I, Tomo 2, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 459, a administração realiza na sua ação o *princípio democrático* quando visa delinear, por um lado, e, por outro, concretizar o envolvimento dos particulares interessados na gestão de um largo leque de incumbências públicas.

<sup>1431</sup> No nosso ordenamento jurídico, o princípio da participação democrática é passível de ser entendido em termos constitucionais como participação dos interessados na gestão efetiva dos serviços administrativos (artigo 267.º, n.º 1, da CRP) e participação direta nas decisões que lhes digam respeito (artigo 267.º, n.º 4, da CRP). O desenvolvimento de cada uma das referidas manifestações do princípio da participação será efetuado de seguida, mas diga-se, desde já, que, em qualquer das suas manifestações, o incentivo à participação surge como tarefa fundamental do Estado [artigo 9.º, c), da CRP], sendo o aprofundamento da democracia participativa um dos objetivos do próprio Estado de Direito democrático (artigo 2.º da CRP). Por outro lado, o modelo de *administração pública democrática* aponta predominantemente para uma *perspetiva descentradora da administração pública*.

<sup>1432</sup> De elevado interesse científico neste âmbito, cfr. os estudos de KLAUS KÖNIG, “Verwaltungsreform und Demokratiediskussion”, *Demokratie und Verwaltung*. 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, pp. 271-295; FRANZ MAYER, “Selbstverwaltung und Demokratischer Staat”, *ibidem*, pp. 327-340; ROMAN HERZOG, “Möglichkeiten und Grenzen des Demokratieprinzips in der öffentlichen Verwaltung”, *ibidem*, pp. 485-496; HANS HEINRICH RUPP, “Demokratie und Wissenschaftsverwaltung”, *cit.*, pp. 611-628; e CARL HERMANN ULE, “Demokratisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit”, *ibidem*, pp. 663-682.

cidadãos são chamados a assumir na realização de fins públicos e na avaliação da atividade da administração pública<sup>1433</sup>.

A administração pública deve, hoje, afirmar-se como “administração recetiva à cidadania”<sup>1434</sup> (*civic engagement in public administration*), matriz que apela ao envolvimento dos cidadãos na elaboração, implementação e avaliação das decisões públicas e implica concretizar a exigências de *transparência e publicidade*, de *descentralização*, de *abertura e estímulo à participação* e de *prestação de contas*.

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO observa que, ao serem estimuladas “as diversas formas de participação na formação das decisões administrativas, o que se pretende é complementar os insuficientes meios de legitimação externa, impondo uma presença viva e qualificada dos interesses comunitários no interior da própria estrutura administrativa, eliminando a radical contraposição anterior entre Estado e sociedade”. E conclui MUÑOZ MACHADO que a universalização da ideologia da participação “toca um aspeto de fundo mais significativo: os cidadãos, titulares do direito originário de soberania, não o cedem totalmente no período das eleições legislativas. Retêm, pelo contrário, poderes correspondentes à mesma, para legitimar com a sua participação outras instituições, estaduais ou não, locais ou supranacionais. Do mesmo modo, tal reclama da administração que complete os modos tradicionais de decidir, impondo-se por intermédio da cooperação e da negociação”<sup>1435</sup>.

A participação administrativa pretende representar uma zona de *complementaridade, interação e cooperação* entre público e privado, onde as estruturas administrativas recebem *inputs* e contributos da cidadania ativa, responsável e informada (v.g., mobilização por parte da administração dos conhecimentos técnicos, da criatividade e da capacidade dos atores privados para resolver problemas que caem no âmbito da esfera pública).

Assim, quando o Estado convoca a participação dos interessados para a tomada de decisões administrativas “sai do casulo” das formas clássicas da atuação administrativa e, na maioria das vezes, assume o papel de Estado Interlocutor e Estado Contratante. Nessa medida, deparam-se-nos dois vetores de democraticidade em convergência: um que vai

---

<sup>1433</sup> Cfr. SABINO CASSESE, “Il cittadino e l'amministrazione pubblica, *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.º 4, 1998, pp. 1015-1033; e ROBERT DENHARDT, *Theories of Public Organization*, cit., pp. 182-188, enfatizando que a administração não se serve a si mesma, mas aos cidadãos (“*Citizens First!*”).

<sup>1434</sup> Modelo proposto por TINA NABATCHI, “Addressing the citizenship and democratic deficits: The potential of deliberative democracy for public administration”, cit., pp. 376-399, e “Why Public Administration Should Take Deliberative Democracy Seriously”, *The Future of Public Administration Around the World: The Minnowbrook Perspective*, cit., pp. 142 e 156-157.

<sup>1435</sup> *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., p. 71,

buscar a sua origem ao sufrágio político universal (“legitimidade popular ou parlamentar”), outro que procura harmonizar a ação administrativa com as iniciativas, interesses e capacidades das forças sociais espontâneas (“legitimidade de exercício”). Ora, esta última modalidade de participação surge como forma *complementar* de assegurar a democraticidade da decisão administrativa, representando como que “uma *segunda via de legitimação* para a atuação das instâncias administrativas”<sup>1436</sup>. Esta segunda via de legitimação enfatiza, nas sugestivas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, “as ideias de participação e de legitimação procedimental no sistema democrático das decisões públicas”<sup>1437</sup>.

Com efeito, a “participação procedimental”, enquanto expressão do reconhecimento da “democracia de proximidade”, passou a constituir um elemento fundamental da compreensão do próprio Estado de direito, traduzindo, no que tange à conformação do poder público, o aprofundamento de uma ideia de *legitimidade procedimental ou de exercício* – o momento dinâmico que tem a ver com o modo ou processo pelo qual o poder é exercido e o direito realizado no caso concreto, para além da *legitimidade de título ou formal* e da *legitimidade genética ou de origem*, que decorre dos resultados das eleições democraticamente realizadas na respetiva comunidade política<sup>1438</sup>. A introdução da democracia no interior dos próprios mecanismos por meio dos quais se produz a decisão administrativa, através de um *governo por discussão*, permite desvelar fontes *complementares*. É de dizer com ROGÉRIO SOARES: “o ponto é saber se se criam

---

<sup>1436</sup> Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, “Participação e Descentralização”, cit., p. 52. Na formulação do Professor de Coimbra, ob. cit., pp. 63-65, a “participação” é, por isso, expressão das ideias de “liberdade” e “autonomia” e “contra-poder ou barreira à transformação de certas funções sociais do Estado em funções de dominação”, tornando a democracia mais rica e mais humana e “impedindo a «estatização»” da sociedade. A “participação” é, assim, uma forma do exercício da liberdade, não, porém, enquanto participação que forma a maioria política, “mas enquanto participação, em forma, digamos «descentralizada», nas decisões da administração que possam afetar particularmente os interesses da nossa categoria sócio-profissional ou da nossa circunscrição ou a nossa situação pessoal”. A defesa e promoção desses interesses “cabem aos respetivos titulares, no exercício da autonomia que lhes deve ser reconhecida”, pelo que é o reconhecimento de tais interesses e das diversas autonomias sociais que conduz ao reconhecimento da “participação” como *liberdade*.

<sup>1437</sup> *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*, Coimbra, 1991, p. 186.

<sup>1438</sup> Como veremos, distinta é a participação administrativa enquanto forma de reconhecimento de “várias autonomias sociais”. A *legitimação democrática da administração* não se esgota apenas na *legitimação popular ou parlamentar*, que vai buscar a sua origem ao sufrágio político universal e, portanto, associada à participação dos eleitores na designação eleitoral dos titulares dos órgãos do topo do sistema. A esta acresce a *legitimação autónoma*, que provém diretamente dos próprios *interessados*. No caso da administração autónoma territorial, a doutrina refere, inclusive, a existência de uma *dupla legitimação*, que decorre da *legitimação pelo povo* e da *legitimação pelos interessados*. Cfr., por todos, MATTHIAS JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, cit., pp. 490-491 e 528-530; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 78-84 e 222-230; e PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., p. 441, em nota.

suficientes *canais de legitimação*” que façam com que um certo órgão público “apareça suficientemente alicerçado na confiança da sociedade política”<sup>1439</sup>.

Por isso, sustenta-se que a disciplina do *procedimento administrativo* deve passar a refletir o postulado ético da própria democracia, destinado a alcançar, através da participação dos interessados na formação das decisões administrativas, os mecanismos indiretos da representação política. Como veremos, a participação dos particulares nas decisões administrativas é enquadrada, igualmente, na oferta de contributos e de sugestões para a decisão de projetos de interesse público (oferta de colaboração)<sup>1440</sup>, sendo esta última dimensão promovida em vários ordenamentos administrativos europeus – v.g., os institutos franceses da *démocratie de proximité* (*enquête publique, débat public, conférences de consensus*), do urbanismo participativo britânico (*public inquiry, public involvement, community involvement*), das políticas italianas de participação local (*bilanci partecipativi, urbanistica contrattata*)<sup>1441</sup>.

De resto, no ordenamento jurídico norte-americano, há já quem chame de “grande revolução” o fenómeno da “participação e do envolvimento dos cidadãos na governação administrativa”, movimento que toca o *modo* de exercício do poder público, já que os interessados no procedimento contribuem para o alargamento do campo informativo, auxiliando na tarefa de criação de uma ponderação completa (“*bottom-up from citizens*”)<sup>1442</sup>. Assiste-se, assim, nesta “nova era da governação”<sup>1443</sup> ao crescimento e

---

<sup>1439</sup> *Direito Público e Sociedade Técnica*, cit., p. 136.

<sup>1440</sup> Assim, cfr. G. PIZZANELLI, *La Partecipazione dei Privati alle Decisioni Pubbliche*, Giuffrè Editore, 2010, p. 11. Em sentido idêntico, cfr. ELIO CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, 2011, pp. 445-446.

<sup>1441</sup> Desenvolvendo estes instrumentos e respetivos regimes jurídicos, cfr. G. PIZZANELLI, *La Partecipazione dei Privati alle Decisioni Pubbliche*, cit., pp. 362-391. Em todo o caso, convém referir, novamente, que os mecanismos participativos assinalados são *complementares* e não substitutivos da participação eleitoral. Como já acentuou a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, “a mera participação deliberativa dos cidadãos e das suas organizações societárias na deliberação administrativa [...] não pode substituir a conexão legitimadora baseada em eleições e outras votações”, constituindo, neste sentido, a participação apenas um meio de “tornar mais efetiva a legitimidade representativa e democrática” – cfr. o Acórdão do *BVerfG*, 2 BvE 2/08, de 30/06/2009, n.º 272 (que se encontra disponível em [http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html) - junho 2015)

<sup>1442</sup> Nestes exatos termos, cfr. J. CLAYTON THOMAS, “When Should the Public be Involved in Public Management? Design Principles with Case Applications”, *The Future of Public Administration Around the World: The Minnowbrook Perspective*, cit., p. 167. Outros autores sublinham na cultura jurídico-política norte americana “o carácter sacrossanto da participação nos assuntos públicos” (IRVING/STANSBURY) e a necessidade de “*refashion*” dos processos de decisão burocráticos das agências administrativas por via da abertura e do estímulo à participação (TINA NABATCHI): cfr. N. ROBERTS, “Direct citizen participation: Coming of age”, *The age of direct citizen participation*, N. Roberts (ed.), 2008, Armonk, NY, M. E. Sharpe, pp. 491-500; R. A. IRVIN/J. STANSBURY, “Citizen participation in decision making: is it worth the effort?” *Public Administration Review* 64, n.º 1, Jan/Feb 2004, pp. 55-65; NANCY ROBERTS, “Public deliberation in an age of direct citizen participation”, *American Review of Public Administration*, Vol. 34, n.º 4 (2004), pp. 315-353; e ROBERT DENHARDT, *Theories of Public Organization*, cit., pp. 193-196.



aparente consolidação de uma “governança colaborativa”<sup>1444</sup> e ao florescimento da retórica da “negociação regulatória”<sup>1445</sup>, realidades que asseveram o movimento de participação e de colaboração entre os cidadãos e a administração no ordenamento jurídico norte-americano.

A “ideologia” da participação administrativa num Estado Cooperativo vai, como referimos, muito além da participação procedimental, retratando, no nosso tempo, a consagração de uma diretriz de estímulo e de incentivo à participação na atividade administrativa em geral. Como é sabido, o processo de participação das forças sociais nas tarefas administrativas conhece múltiplas fórmulas e aplicações (autoadministração, coadministração, administração partilhada, administração em condomínio, exercício delegado de funções administrativas, etc.), traduzindo, igualmente, o reconhecimento jurídico-constitucional de espaços de poder autónomo e de coletividades infraestaduais.

A utilidade da exposição que se segue visa, justamente, desfazer eventuais equívocos sobre o tipo de participação administrativa que fundamenta a celebração de contratos sobre o exercício de poderes públicos, bem como esclarecer que esta figura nada tem que ver com aquelas formas de participação administrativa, por via das quais particulares exercem *em nome próprio* poderes públicos ou são *incorporados* em órgãos administrativos, dos quais passam a ser membros, ficando em posição de intervir no efetivo exercício do poder público<sup>1446</sup>.

### 39.2. As categorias fundamentais da participação administrativa

A consideração da participação na presente investigação circunscreve-se à *participação administrativa*. A delimitação da participação como aquela que ocorre no quadro da função administrativa tem, desde logo, como finalidade excluir do nosso discurso outro género de participação jurídico-pública, a participação de natureza *política*, como o *direito de petição*, a *iniciativa popular* (legislativa ou constituinte), a *representação de*

---

<sup>1443</sup> Cfr. TINA NABATCHI, “Addressing the citizenship and democratic deficits: The potential of deliberative democracy for public administration”, cit., p. 383.

<sup>1444</sup> Cfr. JODY FREEMAN, “Collaborative Governance in the Administrative State”, *UCLA Law Review*, Vol. 45, n.º 1, 1997, pp. 8.

<sup>1445</sup> Cfr. JIM ROSSI, *Regulatory Bargaining and Public Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 2.

<sup>1446</sup> Uma outra razão para nos determos mais detalhadamente sobre o princípio da participação prende-se com considerações de ordem sistemática. Está bem patente, na Parte I, a importância que o conceito de Estado Administrativo Cooperativo assume para esta Dissertação (*supra*, 26.1.). Todavia, não tivemos oportunidade de aprofundar um dos tópicos mais relevantes desse modelo de aproximação entre a administração e os particulares e do reforço da contribuição privada para a governação pública, tópico que diz respeito às *formas de participação dos particulares na atividade administrativa*, em particular, às *formas de participação orgânica* e de *participação procedimental*.

*interesses no procedimento legislativo, o referendo consultivo sobre matéria de “reserva de lei” e a iniciativa junto do Provedor de Justiça.*

A participação administrativa comporta figuras e sentidos muito diversos, verificando-se, neste domínio, que a doutrina emprega uma qualificação, sistematização e nomenclatura nem sempre coincidentes. Trata-se, efetivamente, de uma fórmula polissémica<sup>1447</sup>, desprovida de um regime jurídico unitário, suscetível de leituras assaz distintas e que abarca múltiplas categorias. Precisamente por essa razão, a doutrina tem vindo a propor, neste domínio, *classificações e tipologias* de participação administrativa, tendo em conta determinadas funções e critérios.

Uma das classificações que tem reunido maior aceitação entre a doutrina foi proposta por ONORATO SEPE, que distinguiu, sob ponto de vista institucional, entre *participação interna, participação externa e participação interorgânica*<sup>1448</sup>. A *participação interna* é aquela que ocorre quando os particulares ou os grupos de interesse obtêm representação no interior da própria administração, em órgãos colegiais consultivos ou decisórios. Por essa via, são integrados ou incorporados em órgãos públicos, ficando colocados em posição de intervir no efetivo exercício do poder público. A participação interna assume especial relevância quando em causa está um órgão administrativo como “poder decisório”, que prossegue o interesse geral e representativo de determinados setores de atividade<sup>1449</sup>. Por sua vez, a *participação interorgânica* ou *intersubjetiva* implica o “concurso de vários órgãos e pessoas coletivas públicas” no procedimento administrativo, tratando-se de uma espécie de participação organizatória ou institucional de natureza

---

<sup>1447</sup> Para uma aproximação ao conceito amplo de participação como faculdade de *tomar parte* ou de intervir num procedimento decisório, cfr. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *La Participacion del ciudadano en la Administracion Publica*, Madrid, 1980 p. 103; e MARIO NIGRO, “Il nodo della partecipazione”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 34, n.º 1, mar. 1980, Milano, p. 266, (intervenção no processo decisório de sujeitos distintos daqueles a quem institucionalmente se atribui a competência para decidir).

<sup>1448</sup> “Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Ano 42, 1992, pp. 331-347 (p. 339), “In tema di rapporti fra amministrazione ed amministrati”, *Il diritto amministrativo degli anni '80*. Atti del XXX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 1984, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 449-455, e *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975, p. 320.

<sup>1449</sup> DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*, Coimbra, 1996, pp. 115-116 e 119, inclui no conceito de *participação interna*, em consonância com a ideia de democratização da gestão dos serviços, a intervenção dos funcionários administrativos nos processos de formação das decisões internas e/ou a sua integração, para defesa dos seus interesses, na composição de órgãos de gestão. Em sentido diverso, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 427-428 e 437-438, considerou, na sua exposição, que apenas devem relevar para efeitos de classificação da “participação administrativa” os particulares *enquanto tais*, isto é, na sua *qualidade de cidadãos – hoc sensu*, as pessoas “estranhas” à administração, que não pertencem ao pessoal político, nem são funcionários, nem trabalhadores ou agentes públicos. Verdadeiramente, essas pessoas não são estranhas à organização administrativa, pois nela estão integradas ou incorporadas como seus membros e com o objetivo de prosseguirem os interesses que lhes são confiados – numa palavra: “*elas não participam na administração; são a administração*”.

pública, em que se verifica a representação de distintas entidades administrativas em simultâneo com a finalidade de alcançar uma adequada concertação de interesses públicos setoriais no procedimento administrativo. Finalmente, a *participação externa* não envolve uma integração dos particulares ou dos grupos nas próprias instâncias administrativas. Pelo contrário, a mesma consubstancia-se na intervenção individual ou de grupos sociais, exteriores à organização administrativa, na atividade e decisões da administração<sup>1450</sup>. Como referimos, essa categoria da participação, na modalidade de participação procedimental, toca o núcleo essencial do exercício contratualizado do poder administrativo, na medida em que assenta, fundamentalmente, na admissibilidade do interessado participar no procedimento de elaboração da decisão administrativa e na sua realização<sup>1451</sup>.

De um prisma global, o estímulo à participação administrativa surge precipuamente ligado a determinadas vantagens e funções “positivas”, especialmente relacionadas com o controlo social e a partilha de conhecimento. Assim, a participação assegura a transparência da atividade administrativa, reforça a coresponsabilização e a legitimidade democrática das decisões administrativas, conferindo eficácia à ação pública e permitindo o ajustamento e a conciliação de interesses públicos e privados. De uma outra banda, sustenta-se que a participação facilita a boa execução das decisões e dos programas da administração, não apenas por existir uma consciência mais nítida do seu conteúdo, da sua necessidade e dos seus objetivos (círculo de informação), mas também porque desapareceria a resistência e má-vontade que os particulares manifestariam em sede de implementação das decisões administrativas. A tudo isto acresce o facto de a participação exercer uma função profícua no domínio do controlo dos abusos do poder (*defesa* de posições jurídico-subjetivas e *controlo social* do poder administrativo), para além das formas de controlo tradicionais da atividade administrativa (controlo político, através do

---

<sup>1450</sup> No que tange à participação externa do cidadão singular ou do grupo social na elaboração das decisões administrativas, mercê da multiplicidade de critérios apresentados, registam-se, também, aqui algumas posições não inteiramente coincidentes – cfr. DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*, cit., pp. 117-118; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do Ato Administrativo Perdido*, cit., pp. 400-409; J. ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, cit., pp. 950-956; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”, *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989, pp. 438-443; e MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *La Participación del ciudadano en la Administración Pública*, cit., pp. 103-108.

<sup>1451</sup> É, ainda, possível desvelar níveis de intensidade ou de profundidade claramente distintos em matéria de participação administrativa. A este respeito, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, “L’Administration Concertée”, *Mélanges Stassinopoulos*, cit., pp. 407-413, distingue quatro níveis de intensidade participativa: a participação meramente consultiva ou auscultação; a concertação entre a administração e os interessados; a representação nos organismos de decisão (a codecisão); e a assunção direta de tarefas administrativas próprias (autoadministração pelos interessados). Também para J. BAPTISTA MACHADO, “Participação e Descentralização”, cit., p. 41, a participação pode ter vários níveis de profundidade, de acordo com as fases em que intervém: na *fase preparatória* do procedimento administrativo; na própria *fase decisória ou constitutiva*; ou, ainda, na *implementação ou execução da decisão*.

parlamento, e controlo jurisdicional, pelos tribunais). Enquanto meio de recuperar o “sentimento comunitário”, o controlo democrático dos “participantes sociais” sobre a atividade da administração visaria, antes de mais, mantê-la dentro dos limites que lhe são próprios e resultam da função de prossecução do interesse público e da afetação de recursos escassos, a fim de que o poder administrativo não ultrapassasse tais limites, sacrificando a ética e os valores de serviço público<sup>1452</sup>.

A participação reveste, entre nós, a dignidade de um direito constitucionalmente garantido (artigo 267.º, n.º 5, da CRP) e legalmente assegurado (artigos 12.º e 121.º e seguintes do CPA). No que respeita à consagração constitucional da participação dos cidadãos no Estado e na administração pública, a mesma encontra-se, desde logo, na *democracia participativa*, que é perspetivada como um dos elementos constitutivos do Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP) e como uma das tarefas fundamentais do Estado [artigo 9.º, c), da CRP].

A democracia participativa caracteriza-se por um aprofundamento da realização do espírito democrático, que exige não só uma participação episódica na vida política, através da eleição dos governantes, mas também uma associação ativa dos cidadãos à condução da atividade administrativa<sup>1453</sup>. Mas, para além daquele fundamento constitucional geral, a

---

<sup>1452</sup> Cfr. UMBERTO ALLEGRETTI, *L'Amministrazione dell'Attuazione Costituzionale alla Democrazia Partecipativa*, cit., pp. 7-15 e 281-295; MASSIMO OCCHIENA, “Partecipazione al procedimento amministrativo”, S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 4128-4134; GUIDO MELONI, “Le partecipazioni dei cittadini all’amministrazione”, *Democrazia e amministrazione*, cit., pp. 241-246; LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, Vol. II, Teoria della democrazia*, cit., pp. 200-224; F. GIGLIONI/S. LARICIA, “Partecipazione dei cittadini all’attività amministrativa”, *Enc. dir. agg.*, IV, Milano, 2000, pp. 943-949; SABINO CASSESE, “Burocrazia, democrazia e partecipazione”, *Jus*, 1985, pp. 81-86; GIOVANNI VIRGA, *La Partecipazione al Procedimento Amministrativo*, Giuffrè, 1998, pp. 11-32; M. COCCONI, *La Partecipazione all’Attività Amministrativa Generale*, cit., pp. 22-39; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit., pp. 66-84; MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *La Participación del ciudadano en la Administración Pública*, cit., pp. 41-44; E. SCHMIDT-ABMANN, “El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático”, (J. Barnés coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, 1993, pp. 317-333; DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*, cit., pp. 159-177; e JOÃO LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares – Algumas Considerações*, cit., pp. 71-92.

<sup>1453</sup> Uma das manifestações mais impressionantes da *democracia administrativa participativa*, alicerçada em tecnologias de informação e instrumentos de *e-democracy*, que se encontra em voga nos ordenamentos administrativos ocidentais, diz respeito ao *orçamento participativo* (*participatory budget; bilancio participativo; budget participatif; Kommunalen Bürgerhaushalt; presupuesto participativo*). Frequentemente utilizado no âmbito municipal, tal instrumento de participação externa, regulado por uma “carta de princípios” e por “normas de participação”, permite aos municípios (com idade igual ou superior a 18 anos) decidir sobre a realização de determinados projetos de interesse local (v.g., projetos de requalificação urbanística, de construção de infraestruturas, equipamentos de utilização coletiva, espaços verdes públicos, projetos culturais e de lazer, projetos de interesse ambiental e ecológico, etc.), financeiramente suportados por uma parcela do orçamento municipal, no quadro de um procedimento que envolve tipicamente diversas fases (consulta alargada para recolha de propostas concretas, apresentação das propostas, análise técnica das propostas, lista provisória de projetos e fase de reclamação, elaboração e apresentação pública dos projetos a

*participação* dos cidadãos e dos grupos sociais está condensada em outras normas constitucionais, quer no âmbito da *estrutura da administração*, através da *participação dos interessados na gestão efetiva dos serviços administrativos* (artigo 267.º, n.º 1, da CRP)<sup>1454</sup> e da *participação dos cidadãos na formação das decisões e deliberações que administrativas que lhes disserem respeito*, isto é, da denominada *participação procedimental* (artigo 267.º, n.º 5, da CRP), quer no domínio das *áreas setoriais da administração pública*, como sejam, a título de exemplo, “a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários no sistema de segurança social (artigo 63.º, n.º 2, da CRP), “a participação dos utentes na gestão do serviço nacional de saúde” (artigo 64.º, n.º 4, da CRP), “a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território” (artigo 65.º, n.º 5, da CRP) e a “participação dos professores e alunos na gestão democrática das escolas” (artigo 77.º, n.º 1, da CRP).

Em síntese, a administração e os particulares estabelecem, entre si, múltiplos contactos e relações de recorte variado. Importa, contudo, reconhecer que as formas de *participação procedimental* não se confundem com as hipóteses de *assunção de tarefas*

---

submeter a votação, fase de votação, anúncio público dos projetos vencedores, incorporação dos projetos mais votados na proposta de plano de atividades e orçamento da câmara municipal, acompanhamento e execução dos projetos vencedores). Em regra, o orçamento participativo tem carácter *deliberativo*, podendo, inclusive, envolver a abertura ao debate e a reuniões de esclarecimento (como as designadas “Assembleias Participativas”, onde tomam lugar atores públicos e privados, como representantes de câmaras municipais, juntas de freguesia, cidadãos, universidades, empresas, movimentos associativos, etc.), e encontra-se submetido à ideia de *prestação de contas*, impondo a elaboração de relatórios de avaliação de resultados dos projetos vencedores (em regra, designado “relatório anual de avaliação do orçamento participativo”). No entanto, convém ter presente que, ao lado do carácter *deliberativo*, o orçamento participativo pode ter carácter *consultivo*. Na dimensão *consultiva*, os cidadãos são consultados sobre a definição de propostas de investimento para o orçamento e plano de atividades da câmara municipal; por sua vez, na dimensão *deliberativa*, os cidadãos podem *votar* diretamente projetos de investimento resultantes de propostas apresentadas, assumindo a câmara municipal o compromisso de integrar na proposta de plano de atividades e orçamento municipal os projetos votados pelos cidadãos até ao limite da parcela consignada ao orçamento participativo. Entre nós, o Município de Lisboa foi o primeiro a implementar o *orçamento participativo* no ano de 2008. Para mais desenvolvimentos, cfr. *Participatory Budgets in a European Comparative Approach*, Vols. I e II, Humboldt-Universität, Berlim, 2005/2006; GIOVANNI ALLEGRETTI/MASSIMO ALLULLI, “Os Orçamentos Participativos na Itália: uma ponte rumo ao Novo Município”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* (CES), n.º 77, Junho 2007, pp. 101-130; e ANWAR SHAH, *Participatory Budgeting*, Washington, 2007, pp. 21-53.

<sup>1454</sup> Segundo GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, II, cit., p. 808, o princípio da participação dos interessados na gestão efetiva dos serviços administrativos traduz-se fundamentalmente no seguinte: intervenção nos *órgãos de gestão* dos serviços não apenas de “profissionais burocratas”, mas também de representantes das comunidades em que os serviços estão inseridos (cogestão de serviços administrativos); criação de *estruturas de consulta e concertação*, com representação de delegados dos administrados ou das suas organizações representativas; ampliação de formas de *autoadministração*, tanto de natureza territorial (comissões de moradores), como de natureza associativa (associações públicas) ou institucional (v.g., universidades com autonomia), para as quais se transferem tarefas da administração direta do Estado.

*públicas* pelos cidadãos organizados, a título próprio e sob responsabilidade própria. Através da administração autónoma, da coadministração e da participação de interessados na gestão efetiva de serviços administrativos e de institutos públicos (artigo 267.º, n.º 1, da CRP), os cidadãos e as suas organizações passam a *compartilhar diretamente o poder público*.

Considerando apenas o plano do envolvimento de particulares *enquanto tais* no procedimento, na gestão e na execução de tarefas ou funções administrativas<sup>1455</sup>, torna-se possível captar a aproximação entre particulares e administração pública através das categorias fundamentais da participação administrativa<sup>1456</sup>. Para além disso, a tematização

---

<sup>1455</sup> A nossa proposta de delimitação perspectiva *administração e particulares* como representando dois polos distintos ou corpos autónomos, excluindo da exposição relativa aos modos de relacionamento entre ambos: as relações que decorrem da integração orgânica de particulares na administração na qualidade de funcionários ou agentes administrativos; os particulares com ligação à administração pública; o problema em geral da privatização e as relações diversificadas que resultam do exercício normal da atividade administrativa (v.g., destinatários da ação administrativa, utentes de serviços públicos, beneficiários de prestações sociais). Apesar de não seguirmos na nossa perspectiva (conceito de participação administrativa *stricto sensu*) a exposição da problemática da privatização da administração pública, não podemos deixar de referir, sumariamente, que a mesma – *rectius*, certas formas dela – coenvolve a *participação* dos particulares na administração pública. Se no caso da *privatização de tarefas* (*despublicatio* da tarefa ou privatização material), não se pode com propriedade falar em “participação” dos particulares na atividade administrativa, porque as tarefas deixaram de ser públicas, na *privatização orgânica*, a entidade privada a quem se dirige a medida de privatização passa a ser uma instância que participa no “poder público” e, neste aspeto, passa a exercer, sob a sua responsabilidade, uma tarefa ou função pública. Daí que a *privatização orgânica*, sobretudo a *privatização orgânica material*, implique uma pluralização da administração pública. Idêntico cenário ocorre no campo do *exercício privado de funções públicas*, quando, por meio de um título habilitante, um particular é chamado a realizar funções administrativas ou a executar uma tarefa pública, sob o controlo da administração, como acontece, por exemplo, com a concessão de serviços públicos – cfr., a este propósito, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 391-396; e JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, Coimbra, 2012, pp. 269-279.

<sup>1456</sup> Também é possível captar esse movimento de aproximação entre particulares e administração pública através de outros conceitos, como os de *associação*, a *cooperação* e a *colaboração*. Essas nomenclaturas, muitas vezes, não coincidem no direito comparado. Assim, no direito alemão, os termos “cooperação” e “colaboração” integram formas de participação administrativa, o que nem sempre permite uma distinção linear (cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 55-64). Na doutrina nacional, há quem procure sistematizar, distinguindo as formas de participação das hipóteses em que os particulares cooperam e colaboram na execução de tarefas administrativas (*cooperação e colaboração*) ou em que estes e a administração pública se tornam sócios em empresas de capitais mistos (*associação*) – assim, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 453-456. Em sentido técnico, podemos dizer que, na *cooperação*, os particulares atuam livre e espontaneamente na sua esfera privada, no exercício dos seus direitos e liberdades, mas, uma vez que os fins que eles se propõem realizar podem coincidir com aqueles que a lei comete aos sujeitos públicos – havendo, por isso, uma *coincidência das tarefas ou dos fins* a alcançar através delas –, o Estado pode *reconhecer* essa qualidade de “cooperação e de utilidade pública”, atribuindo ao sujeito privado um estatuto distintivo – assim, por exemplo, o reconhecimento da utilidade pública de uma associação ou de uma fundação ou, ainda, as situações de “cooperativização” de poderes públicos ou tarefas públicas. A instauração da democracia constitucional em Portugal criou um ambiente propício ao desenvolvimento do associativismo com fins de utilidade pública, que prestam relevantes serviços à comunidade, suprimindo muitas vezes o papel do próprio Estado. Cfr., nestes termos, o Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de novembro, estabelecendo o regime de regalias e isenções fiscais que podem ser concedidos às pessoas coletivas de utilidade pública (alterado pela Lei n.º 151/99, de 14 de setembro

da participação não pode apenas ser discutida ou reportada aos ordenamentos jurídicos nacionais. O facto de o objeto desta investigação exigir um diálogo permanente entre o direito administrativo geral e *áreas* ou *setores especiais* do direito administrativo não dispensa a ampliação desse diálogo ao direito da união europeia, que, enquanto parte integrante do ordenamento dos diversos Estados-Membros, condiciona também a

---

e pela Lei n.º 40/2007, de 24 de agosto). Vejam-se, a título de exemplo, a *Fundação Cidade de Lisboa*, reconhecida como instituição de utilidade pública por Declaração publicada no DR, II Série, n.º 166, de 21/07/1989, junto da qual funciona o Observatório da Língua Portuguesa; a *Fundação Champalimaud*, reconhecida como instituição de utilidade pública por Despacho do Ministro-Adjunto do Primeiro-Ministro de 18/02/2005, publicado no DR, II Série, n.º 45, de 04/03/2005; e a *Fundação Francisco Manuel dos Santos*, reconhecida como instituição de utilidade pública pelo Despacho n.º 5159/2010 do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros de 29/01/2013, publicado no DR, 2.ª Série, n.º 43 de 01/03/2013.

Uma parte da doutrina espanhola sustenta que *cooperação* e *colaboração* na execução de tarefas são, ao fim e ao cabo, vocábulos sinónimos, traduzindo a mesma realidade jurídica, e não se descortinando na lei diferenças assinaláveis no que concerne ao regime jurídico – neste sentido, identificando “cooperação” e “colaboração”, cfr. A. MENÉNDEZ REXACH, “Los convenios entre Comunidades Autónomas”, *Instituto de Estudios de Administración Local*, Madrid, 1982, p. 70; e SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1982, pp. 223-224. Contudo, sob ponto de vista conceptual, entendemos ser, ainda, possível traçar algumas diferenças. Na *cooperação*, as tarefas prosseguidas continuam a revestir natureza privada, havendo, no entanto, um reconhecimento da utilidade pública dos fins institucionais que tais entidades se propõem realizar, circunstância que lhes confere, relativamente aos restantes sujeitos privados, um estatuto jurídico diferenciado (*utilidade pública de pessoa coletiva de direito privado*), atributivo, inclusive, de regalias e isenções fiscais. Já na *relação de colaboração*, os particulares são chamados a contribuir para a realização de fins institucionais da administração, enquanto auxiliares ou colaboradores na preparação ou execução de “tarefas públicas”, pelo que a função em causa reveste *natureza administrativa* (e não privada) e os particulares oferecem a sua colaboração *enquanto tais* (e não na qualidade de pessoas de reconhecida utilidade pública). Já advertindo para esta distinção terminológica, cfr. R. ENTRENA CUESTA, “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, cit., pp. 72-73, considerando que “cooperação” e “colaboração” distinguem-se sob ponto de vista funcional: quando o particular colabora com a administração, isso significa que a administração é quem prossegue a tarefa ou dirige a obra a realizar, sendo parte principal ou titular da tarefa; diferentemente, quando falamos de cooperação, aludimos a uma situação mais objetiva, a uma obra que se faz em comum. Assim, “no primeiro caso, a tarefa é de um dos sujeitos que intervém na relação e o outro com ele se concerta para o auxiliar sob a sua direção. No segundo caso, não existe uma titularidade correspondente a um só dos sujeitos, nem, portanto, uma submissão do outro à sua direção”.

Saliente-se que, também, não se confundem com as hipóteses de cooperação e de colaboração os casos de *associação* de particulares com a administração pública, quando tais atores se tornam parceiros ou sócios de uma entidade de composição mista. A natureza jurídica dessas entidades, em regra sob o formato de entidades públicas empresariais ou sociedades comerciais, distingue-se consoante se trate de uma *entidade administrativa privada* ou de uma *entidade privada mista com participação pública minoritária*. Sobre este assunto, no direito das empresas públicas (regime do setor empresarial do Estado e regime do setor empresarial local), cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra, 2007, pp. 28-41, e *Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local*, Coimbra, 2012, pp. 9-25. A associação entre administração pública e particulares pode também ser enquadrada no âmbito dos modelos de *parcerias público-privadas*, designadamente como “parcerias associativas” ou “parcerias institucionalizadas”, as quais compreendem o conjunto de relações não contratuais ou de tipo institucionalizado (societário, associativo ou fundacional), por via das quais os particulares, com ou sem remuneração, colaboram com a administração na realização de fins públicos. A *parceria público-privada de tipo institucionalizado* traduz uma realidade de cooperação entre o setor público e privado numa entidade distinta, que agrega, como sócios ou associados, sujeitos públicos e privados. Sobre este tópico, cfr. LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de Obras Públicas*, cit., pp. 404-406; e VIEIRA DE ANDRADE/LICÍNIO LOPES MARTINS, *Sumários de Apoio às Aulas de Parcerias Público-Privadas*, Policop., Coimbra, 2009.

problemática da participação dos cidadãos na produção de regras jurídicas (*EU rule making*).

### 39.2.1. Participação orgânica

A *participação orgânica ou institucional* reconduz-se a uma espécie de *participação interna*, traduzindo a incorporação ou integração de particulares no interior da própria administração pública em órgãos colegiais consultivos ou deliberativos. A doutrina salienta que, por força desse processo, particulares, “estranhos à estrutura administrativa”, tomam parte nessa organização, adquirindo a “posição de titulares ou de membros de órgãos administrativos”<sup>1457</sup>. Deste modo, por via da integração na composição de um órgão administrativo com competência decisória, ficam aqueles sujeitos colocados em posição de intervir no exercício do poder público. Se tal situação se revela inequívoca quando se está diante da participação em *órgãos da administração ativa* – sendo aí uma intervenção direta e pessoal na tomada de decisões<sup>1458</sup> –, a participação em *órgãos consultivos*, compostos por representantes dos vários interesses envolvidos, também se mostra suscetível de gerar *mecanismos de codecisão*, sendo o conteúdo da decisão pública “acordado” ou “negociado” entre intervenientes de órgãos consultivos e de órgãos decisórios administrativos. Essa forma de participação organicamente institucionalizada em órgãos representativos setoriais é especialmente visível no modo de funcionamento dos *conselhos consultivos económicos*, onde o executivo visa obter o acordo dos “parceiros sociais”, sobretudo nas matérias económica e social (“formas de concertação social” – *supra*, 27.1.).

Veremos já de seguida que não é indiferente estarmos diante de uma representação de interessados nos organismos de decisão (“regime de codecisão”) e uma representação de interessados em organismos meramente consultivos. A cogestão, na medida em que envolve uma participação de particulares na tomada de decisão, acarreta uma alteração da estrutura de poder tradicional motivada pela intervenção de novos sujeitos no *iter* decisório<sup>1459</sup>. Por

---

<sup>1457</sup> Cfr. MARIO NIGRO, “Il nodo della partecipazione”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, cit., pp. 226-228.

<sup>1458</sup> Um exemplo típico é a participação de “personalidades externas de reconhecido mérito, não pertencentes à instituição, com conhecimentos e experiência relevante para esta”, na composição do Conselho Geral das Universidades Públicas, que tem competências de grande quilate na gestão das instituições universitárias públicas, designadamente: a competência para eleger o reitor; criar, transformar ou extinguir unidades orgânicas; aprovar as alterações aos estatutos; e aprovar a proposta de orçamento da universidade [cfr. os artigos 81.º, n.º 1, alínea c), n.º 2, alíneas c) e e), 82.º e 86.º, n.º 1, do Regime Jurídico das Instituições do Ensino Superior, condensado na Lei n.º 62/2007, de 10 de setembro].

<sup>1459</sup> A este respeito DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*, cit., p. 111, delimita a fronteira entre *cogestão* e *autogestão* por referência ao conceito de participação administrativa, sublinhando que “se na cogestão, através da participação na própria tomada de decisão, há ainda uma partilha entre a componente institucional e a exterioridade do elemento participante, o que a coloca na proximidade dos



isso, a participação orgânica configura já um fenómeno de participação com partilha do poder de decisão<sup>1460</sup> ou de associação decisória<sup>1461</sup>, dado que particulares, enquanto tais, ficam colocados em posição de intervir no exercício do poder público, influenciando diretamente sobre a tomada de decisões e a prática de atos, internos ou externos<sup>1462</sup>. Por seu turno, outras formas de *participação orgânica ou institucional* abrangem a incorporação de “peritos ou especialistas” e a “administração em condomínio” (*Kondominialverwaltung*).

### 39.2.1.1. Integração de representantes de interessados na gestão efetiva das estruturas administrativas

A Constituição exige que a administração pública seja estruturada de modo a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva. Desde logo, o n.º 1 do artigo 267.º consagra um direito de participação dos interessados na gestão efetiva daquela, estabelecendo que “a administração pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio das associações públicas, organizações de moradores e *outras formas de representação democrática*” (it. nosso). Do mencionado preceito constitucional resulta que a “participação coletiva organizada dos cidadãos” não passa apenas pelas *associações públicas* e pelas *organizações de moradores*, devendo estender-se, como *princípio geral*, no dizer de VITAL MOREIRA, à participação na própria orientação da administração, bem como na definição concreta dos objetivos e das prioridades da ação administrativa<sup>1463</sup>.

Ora, estas formas de *participação coletiva organizada dos cidadãos na gestão efetiva da administração* deixam entrever que se admite a participação de interessados em “órgãos decisórios” e não apenas consultivos. Assim, a associação de interessados ao exercício da atividade administrativa tanto pode decorrer da participação desses representantes nos órgãos dos serviços administrativos do Estado, como de situações de

---

limites do conceito de participação, na autogestão já não haverá, neste sentido referido, um fenómeno de participação, dado que existe identidade entre o decisor institucional e os elementos participantes”. Sobre a *cogestão* no direito alemão, cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., pp. 195-198.

<sup>1460</sup> Cfr. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte general*, cit., p. 470.

<sup>1461</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”, cit., p. 443.

<sup>1462</sup> Escreve J. BAPTISTA MACHADO, “Participação e Descentralização”, cit., p. 43, que “só o direito de voto na decisão final corresponde a uma verdadeira *participação no poder de decidir*”.

<sup>1463</sup> *Administración Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 77-78, advertindo, ainda, que (p. 164) naquele preceito constitucional apenas estão abrangidas as formas de *participação coletiva dos cidadãos* e não as formas de intervenção procedimental individual das pessoas diretamente interessadas, abrangidas no artigo 268.º, n.º 1, da CRP.

“coadministração”, isto é, de gestão compartilhada de serviços administrativos mediante órgãos conjuntos da administração e de representantes de interessados<sup>1464</sup>.

Existem casos expressamente previstos na Constituição de participação dos interessados na gestão efetiva dos serviços públicos: artigo 63.º, n.º 2, relativo à *participação das organizações dos trabalhadores e demais beneficiários na gestão da segurança social*; artigo 64.º, n.º 4, que concerne à *participação na gestão do serviço nacional de saúde*; e artigo 77.º, n.º 1, respeitante à *participação dos professores e alunos na gestão democrática das escolas*<sup>1465</sup>. São situações em que a participação é *constitucionalmente imposta*, não podendo a lei deixar de a organizar e enquadrar. A estas formas de participação interna reconhece-se uma função de democratização da gestão dos serviços com repercussões nas medidas organizacionais e na atividade funcional. Seguimos, neste domínio, a posição de VITAL MOREIRA, ao advogar que a participação na gestão “sob a forma de *coadministração* – e outro sentido não pode ter razoavelmente a expressão «participação na sua gestão efetiva» – é um instrumento natural da realização do princípio participativo, pelo menos nos casos de serviços públicos prestacionais ou daqueles que interessam a categorias particulares de pessoas”<sup>1466</sup>. Nesta perspetiva, para além dos casos em que a participação é *constitucionalmente imposta*, o artigo 267.º, n.º 1, da CRP deve ser interpretado no sentido de justificar a instituição legal de órgãos de “administração partilhada”, pelo que se afigura possível defender que aquela norma constitucional consagra

---

<sup>1464</sup> Ainda dentro do mencionado preceito normativo cabem as hipóteses em que as organizações coletivas assumem elas mesmas, por determinação legal e constitucional, funções administrativas, através de atribuições próprias, levadas a cabo por órgãos próprios, democraticamente designados e sob responsabilidade própria. Ora, é com este segundo sentido que se entende, enquanto formas corporativas ou institucionais de administração autónoma, a referência às *associações públicas* e às *associações de moradores* (artigos 263.º, n.º 1 e 267.º, n.º 4, da CRP).

<sup>1465</sup> Seguindo de perto GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, I, cit., pp. 817, 828, 919 e 920, e VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma*, cit., pp. 165-166, o artigo 63.º, n.º 2, deve ser conjugado com o artigo 56.º, n.º 2, *b*), que reconhece às associações sindicais o direito de “participação na gestão das instituições de segurança social”. Este direito implica a existência de *representantes* sindicais (ou seja de elementos designados pelas próprias associações sindicais) nos órgãos de gestão daquelas instituições, pelo que se trata de uma verdadeira “cogestão” ou “coadministração” entre o Estado e as associações sindicais; por seu turno, nos termos do artigo 64.º, n.º 4, “o serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada”, o que implica a intervenção sobretudo das regiões autónomas e autarquias locais, por um lado, e das organizações sociais, por outro, e, bem assim, o envolvimento de profissionais e de utentes (sobre a gestão participada do serviço nacional de saúde, veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 731/95, o qual consignou que o artigo 64.º, n.º 4, da CRP exige que aquele “seja gerido, pelo menos, de acordo com o mecanismo da *representação de interesses*, através da presença em *órgãos consultivos*, de representantes dos principais interessados no funcionamento daquele serviço”); por último, o artigo 77.º, relativo à “participação democrática no ensino”, contempla, no n.º 1, a participação na gestão dos estabelecimentos escolares e, no n.º 2, a participação na definição do ensino. No que respeita à primeira, ela implica a participação de professores e de utentes na designação dos órgãos diretivos das escolas, participação essa que se pode volver em cogestão, como pode limitar-se a uma intervenção compartilhada por representantes da administração titular e por representantes de outros setores interessados na escola.

<sup>1466</sup> *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 164-165.

um *princípio geral* que amplia o âmbito da participação dos interessados, podendo e devendo a lei estabelecer outros casos de participação dos interessados na gestão efetiva da administração pública, mediante formas de representação democrática.

Entendemos que a criação de órgãos de administração partilhada se afigura possível, desde que compatível com a *ratio iuris* fundamentante do artigo 267, n.º 1, da CRP, de modo a importar-se para esta sede um juízo metodológico de valoração entre a “forma jurídica concreta de participação” e a finalidade imanente do “princípio constitucional da participação na gestão efetiva”. Só, assim, se poderá discernir uma relação de identidade entre os interesses que levaram o legislador a consagrar aquele princípio geral de participação e os interesses que presidem *in concreto* à criação de formas específicas de participação.

Daquele princípio – que “assume um claro e concreto valor jurídico-constitucional” – decorre, segundo GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, a “intervenção nos órgãos de gestão dos serviços não apenas de «profissionais burocratas», mas também de representantes das comunidades em que os serviços estão inseridos (cogestão de serviços administrativos) [...], e a ampliação de formas de *autoadministração* [...], para as quais se transferem tarefas da administração direta do Estado”<sup>1467</sup>.

No entanto, uma parte da nossa doutrina vem sustentando que, fora dos casos de participação explicitamente previstos na constituição, não é unívoco o sentido interpretativo a extrair do artigo 267.º, n.º 1, da CRP, suscitando-se a questão de saber se, em via geral, será admissível a instituição de *órgãos de composição mista*, formados por representantes da administração e representantes de interessados, de *órgãos de coadministração* ou de *administração partilhada* com os interessados. Neste ponto, quando estão em causa órgãos com poderes efetivos de decisão, CASALTA NABAIS questiona mesmo os *limites* e a *extensão* destas formas de participação, na medida em que as mesmas comprimem substancialmente os poderes do Estado sobre as suas administrações, pelo que a designação “dos titulares dos órgãos da administração direta do Estado pelos respetivos «interessados» há-de ter um carácter excecional e limitado: ela só será de admitir naqueles casos em que o princípio constitucional da participação o exija”<sup>1468</sup>. Por seu turno, PEDRO GONÇALVES manifesta uma interpretação mais restritiva nesta matéria, observando que, nos casos em que se não existe *legitimação (popular e autónoma)* das referidas estruturas, a falta de *legitimação constitucional direta* parece constituir um entrave àquelas formas de representação

<sup>1467</sup> *Constituição Anotada*, II, cit., p. 808.

<sup>1468</sup> “A Autonomia Local (alguns aspetos gerais)”, *Sep. BFDUC, Estudos em Homenagem ao Doutor Afonso Queiró*, Coimbra, 1986, p. 32, nota 50, alertando para que se corre “o risco de dissolução destas numa infinidade de administrações autónomas meramente burocráticas”.

democrática: “uma «derrogação» do princípio constitucional segundo o qual «o poder político pertence ao povo» (artigo 108.º) só deve admitir-se *nos casos e nos termos* em que a própria Constituição prevê outras formas de representação democrática”<sup>1469</sup>.

Pela nossa parte, propendemos a entender que os órgãos de *coadministração* ou de *administração partilhada* com os interessados alicerçam-se nos princípios constitucionais da democracia participativa e da participação dos interessados na gestão efetiva da administração e nas normas constitucionais específicas consagradoras do princípio participativo (na gestão das instituições de segurança social, na gestão do serviço nacional de saúde e na gestão democrática das escolas), de molde que apenas se poderia falar de uma compressão inconstitucional e antidemocrática da administração pública naqueles casos em que o núcleo essencial do poder decisório estivesse nas mãos dos particulares interessados, como sucederia nas situações em que os representantes dos interessados estivessem em maioria nos órgãos colegiais competentes.

### 39.2.1.2. Incorporação de peritos ou especialistas

A intervenção de peritos e de especialistas externos em assuntos da esfera administrativa assume-se como uma outra forma de *participação orgânica* (interna) que ilustra a incorporação de particulares em órgãos da estrutura organizativa da administração pública. Neste ensejo, as leis preveem, em variadíssimas hipóteses, a nomeação de “pessoas de reconhecido mérito” e de “personalidades de reconhecida qualidade técnica e ordem moral”, que, nessa qualidade e sem vínculo profissional, passam a incorporar um órgão administrativo<sup>1470</sup>.

Uma forma de participação orgânica deste tipo, que ilustra a integração de representantes de interesses específicos, diz respeito à incorporação de particulares em órgãos consultivos da estrutura organizativa da administração pública, vocacionados para se pronunciarem sobre questões de natureza ética, revelando-se o problema especialmente pertinente no domínio da *bioética*, tal como sucede com o *Conselho de Ética para as Ciências da Vida* e com as *comissões de ética que funcionam junto dos órgãos de direção dos hospitais* e das *administrações regionais de saúde*.

---

<sup>1469</sup> *Entidade Privadas com Poderes Públicos*, cit., p. 445. Quer isto significar que aquela legitimação não pode ser *compensada*, podendo apenas ser *justificada* por uma norma constitucional.

<sup>1470</sup> Sobre a incorporação de peritos no direito espanhol, cfr. J. ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, cit., pp. 466-467; e E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1991, pp. 89-90.

Estamos agora perante situações em que particulares, enquanto tais, obtêm representação no interior da própria administração em órgãos consultivos para apreciar questões éticas suscitadas pelos progressos científicos nos domínios da biologia, da medicina, da saúde em geral e das ciências da vida (v.g., engenharia genética, terapia génica, procriação medicamente assistida, experimentação em embriões, clonagem, investigação em células estaminais, sequenciação integral do genoma humano, farmacogenética, farmacogenómica, proteómica, biochips). Quando foi criado, em 1990, pela Lei n.º 14/90, de 9 de junho, o Conselho de Ética para as Ciências da Vida atuava como órgão administrativo independente nas matérias enunciadas (artigos 1.º e 2.º), sendo composto por catorze “personalidades de reconhecido mérito” e seis “personalidades de reconhecida qualidade técnica e ordem moral”, designadas por órgãos administrativos, ordens profissionais e, ainda, por organizações sociais de investigação científica (artigo 3.º). A partir de 2009, através da Lei n.º 24/2009, de 29 de maio, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida passou a funcionar junto da Assembleia da República como órgão consultivo independente<sup>1471</sup>. Apesar de os pareceres da Conselho não possuírem carácter vinculativo, os mesmos têm sido tomados em consideração pelo legislador na elaboração de regimes jurídicos dos atos normativos e pelos tribunais em decisões judiciais. Além disso, a intervenção daqueles peritos serve como um complemento de aquisição pública de informação, fornecendo aos órgãos da administração ativa os pressupostos e enquadramentos técnicos considerados indispensáveis para a tomada da decisão.

Por último, as comissões de ética das administrações regionais de saúde e as comissões de ética que funcionam junto dos órgãos de direção dos hospitais públicos<sup>1472</sup>, não obstante serem maioritariamente compostas por funcionários ou agentes dos serviços administrativos em causa – não se verificando, por essa via, qualquer incorporação de particulares em órgãos consultivos representativos –, estão abertas à incorporação de

---

<sup>1471</sup> Nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 24/2009, de 29 de maio, a designação e incorporação dos representantes obedece ao seguinte método: “seis pessoas de reconhecido mérito que assegurem especial qualificação na reflexão ética suscitada pelas ciências da vida, eleitas pela Assembleia da República segundo o método da média mais alta de Hondt, recaindo ainda a eleição em seis suplentes; oito pessoas de reconhecido mérito que assegurem especial qualificação no domínio das questões da bioética, designadas pela Ordem dos Médicos, pela Ordem dos Enfermeiros, pela Ordem dos Biólogos, pela Ordem dos Advogados, pelo Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas, pela Academia das Ciências de Lisboa, pelo conselho médico-legal do Instituto Nacional de Medicina Legal, ouvido o respetivo conselho técnico-científico, e pela Fundação para a Ciência e Tecnologia, I. P.; três pessoas de reconhecido mérito científico nas áreas da biologia, da medicina ou da saúde em geral e das ciências da vida e duas pessoas de reconhecido mérito científico nas áreas do direito, da sociologia ou da filosofia, todas designadas por resolução do Conselho de Ministros”.

<sup>1472</sup> Quando se trate de unidades privadas de saúde, a existência de uma comissão de ética é, também, obrigatória, cabendo a homologação da constituição à Ordem dos Médicos (artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 97/95, de 10 de Maio). Trata-se de uma situação próxima daquilo que alguma doutrina vem designando por “autorregulação privada publicamente regulada”.

personalidades de reconhecido mérito, possuindo, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 97/95, de 10 de Maio, que regulamenta as comissões de ética para a saúde, “uma composição multidisciplinar”, sendo “constituídas por sete membros, designados de entre médicos, enfermeiros, farmacêuticos, juristas, teólogos, psicólogos, sociólogos ou profissionais de outras áreas das ciências sociais e humanas”.

A incorporação de especialistas e de peritos em órgãos consultivos e em órgãos criados especificamente para o estudo de assuntos científicos e técnicos encontra a sua *ratio* nas virtualidades da participação administrativa, pois decorre da necessidade de a administração alargar o campo de informação disponível e obter o concurso de competências técnicas com garantias de *independência, imparcialidade e neutralidade* daqueles sujeitos que são incorporados. Naturalmente, estes especialistas também representam interesses particulares e setoriais, pelo que legitimamente se pode questionar a perda de neutralidade e de objetividade daqueles sujeitos quando se pronunciam sobre determinadas questões submetidas à sua apreciação, já que poderão ter uma *palavra decisiva* sobre o conteúdo de futuras decisões públicas<sup>1473</sup>.

Diferentemente das hipóteses aventadas, nem sempre em causa estará a participação de peritos em órgãos consultivos ou comissões técnicas, podendo equacionar-se no direito português a participação de peritos em *órgãos decisórios*, sobretudo no âmbito de concursos públicos independentes. Há pouco referimo-nos ao caso da participação de “personalidades externas de reconhecido mérito, não pertencentes à instituição, com conhecimentos e experiência relevante para esta”, na composição do Conselho Geral das Universidades Públicas, que tem competências decisórias de grande quilate na gestão das instituições universitárias públicas, designadamente a competência para: eleger o reitor; criar, transformar ou extinguir unidades orgânicas; aprovar as alterações aos estatutos; e aprovar a proposta de orçamento da universidade [cfr. os artigos 81.º, n.º 1, alínea *c*), n.º 2, alíneas *c*) e *e*), 82.º e 86.º, n.º 1, do Regime Jurídico das Instituições do Ensino Superior, condensado na Lei n.º 62/2007, de 10 de setembro].

Por outro lado, a qualificação do estatuto dos professores de fora convidados para integrar júris de provas ou concursos em universidades públicas como uma forma de participação orgânica implica a consideração de três aspetos: os júris são órgãos *ad hoc*, cujos atos são imputados à entidade pública universitária onde tais provas ou concursos se

---

<sup>1473</sup> Em rigor, a *fundamentação dos pareceres* e a *intervenção judicativa, objetiva e imparcial* dos peritos alicerçam uma ideia de *legitimação substantiva e técnica* e constituem elementos que permitem, por princípio, superar as críticas da perda de independência e de neutralidade. Além disso, convém ter presente que, quando se trate de órgãos consultivos, nem sempre os pareceres são vinculativos, podendo a intervenção dos peritos influenciar (ou não) as premissas extra-jurídicas que a administração utiliza para a aproximação à decisão.

realizam; a atividade desenvolvida pelos júris integrados numa entidade pública assume natureza administrativa, já que os peritos cumprem uma função administrativa que decorre da lei com caráter técnico (possuindo, nessa medida, discricionariedade técnica); os professores de fora convidados a integrar os júris, podendo ser de outras universidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, estarem no ativo, jubilados ou em licença, não têm qualquer vínculo jurídico à universidade cujo júri integram. Quanto à natureza da intervenção de tais professores e, em especial, da atividade de arguir, avaliar e classificar os candidatos ou concorrentes reconduz-se, em nosso entender, a uma forma de participação orgânica de peritos na administração pública<sup>1474</sup>.

### 39.2.1.3. Administração em condomínio

No quadro do Estado Administrativo Cooperativo (*kooperativen Verwaltungsstaat*), uma das formas de participação orgânica que suscitou um aceso debate na literatura administrativa alemã, sobretudo pela alegada ausência de legitimação democrática e desconformidade com a Lei Fundamental, diz respeito à “administração em condomínio” (*Kondominialverwaltung*). Seguindo de perto MATTHIAS JESTAEDT, a *Kondominialverwaltung* identifica um órgão da administração estadual, imune à hierarquia, instruções e diretrizes da administração governamental, que se dedica à prossecução de interesses gerais, mas é institucionalmente participado e influenciado por grupos portadores de interesses plurais<sup>1475</sup>. MATTHIAS JESTAEDT situa a “administração em condomínio” entre a administração direta do Estado e a administração autónoma<sup>1476</sup>. O órgão administrativo em condomínio é *decisório* (“poder conjunto”) e de *composição mista*, incorporando membros designados ou oriundos da administração pública e membros designados ou propostos por entidades privadas.

<sup>1474</sup> A interrogação sobre a alegada natureza jurídica dessa intervenção foi colocada por PAULO OTERO na arguição de Doutoramento *Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Administrativas com Funções Administrativas* do Mestre Pedro Gonçalves, no dia 20 de Janeiro de 2005, publicada na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. (46) XLVI, 2005, p. 850.

<sup>1475</sup> *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung: Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie*, cit., p. 601. Objeto de estudo da Tese de Doutoramento de MATTHIAS JESTAEDT foi, por conseguinte, “a questão de saber se a Administração em condomínio é compatível com o princípio democrático consagrado na Constituição”, em especial o alegado “défice de legitimação e o problema da sua compensação” – *idem*, pp. 601 e 603-604.

<sup>1476</sup> MATTHIAS JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung: Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie*, cit., pp. 79 e 96. Sobre o enquadramento da *Kondominialverwaltung* na “*Kooperationsverwaltung*”, cfr. *idem*, pp. 61-77; e GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, “*Selbstverwaltung als Beteiligung Privater an der Staatsverwaltung?*”, cit., p. 201.

Com efeito, indivíduos “estranhos” à administração, designados pelas entidades portadoras de interesses específicos, ficam com um poder decisório idêntico ao de órgãos dotados de legitimidade democrática. Tratando-se de um órgão decisório (e não meramente consultivo) que prossegue interesses gerais, deparamos com novos participantes no exercício do poder público, isto sem que tais grupos de interesses gozem de um específico título formal de legitimidade que os habilite a partilhar o exercício da soberania nos termos constitucionais, verificando-se, ainda, desvios ao tipo de responsabilidade que habitualmente vinculam os órgãos do Estado.

Destarte, deve reconhecer-se que nesta figura em causa está o exercício em conjunto de um poder público de autoridade, tendo em vista um resultado comum<sup>1477</sup>, *scilicet*, “um condomínio entre Estado e sociedade”<sup>1478</sup>. Ora, o conceito de *condomínio* como utilização em conjunto de dois poderes sobre uma mesma decisão autoritária traz à colação o problema do *défice de legitimação democrática* dos membros designados por entidades privadas ou grupos de interesses plurais<sup>1479</sup>.

Nestes termos, a figura da *administração em condomínio* não pode, desde logo, ser equiparada ao estatuto dogmático-constitucional da *administração autónoma*. À semelhança do que sucede na nossa Constituição, se a Constituição alemã contém um princípio geral de reconhecimento da administração autónoma, o mesmo não acontece com a administração em condomínio, que não conhece as mesmas formas jurídico-constitucionalmente consagradas para a administração autónoma, como a *administração autónoma municipal, académica e funcional*<sup>1480</sup>. Do mesmo modo, o *défice de legitimação democrática* não é compensado por outras categorias, como a *legitimidade tecnocrática*. Assim, faltando a dupla legitimação (parlamentar e autónoma) e não existindo “legitimação constitucional

---

<sup>1477</sup> MATTHIAS JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung: Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie*, cit., p. 79. O Autor sustenta que, “se considerarmos os diversos aspetos numa única definição podemos entender a administração em condomínio como a perceção do poder administrativo através de uma disciplina conjunta emanada por portadores de interesses plurais e pelo Estado”. Assim, a “estrutura dual fundamental da [sua] organização administrativa é a da administração direta do Estado, de um lado, e da administração autónoma, de outro, o que desemboca numa estrutura triáde”, na medida em que as duas entidades dão origem a uma terceira – é esse o princípio genético informador do modelo da administração em condomínio (*ob. cit., loc. cit.*).

<sup>1478</sup> *Idem*, p. 79.

<sup>1479</sup> Cfr. DANIEL KRAUSNICK, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, cit., pp. 198-199; e PETER AXER, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, cit., pp. 293-295.

<sup>1480</sup> Cfr. MATTHIAS JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung: Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie*, cit., p. 604.



direta”, uma parte significativa da doutrina alemã inclina-se para a afirmação de que a administração em condomínio se revela desconforme com a Constituição<sup>1481</sup>.

#### 39.2.1.4. Integração de parceiros sociais em comités e estruturas de governança europeia

Na situação que vimos analisando, contactámos com os fenómenos da participação orgânica de peritos em órgãos públicos e com a participação de particulares no âmbito da administração em condomínio. Agora, em causa está a participação interna de particulares em organizações técnicas representativas de interesses económicos e sociais nos *conselhos consultivos, comités e estruturas de governança europeias*.

No exercício das suas competências de execução, a Comissão Europeia é assistida por representantes dos Estados-Membros, reunidos em *comités*, segundo o denominado procedimento de *comitologia*<sup>1482</sup>. Os comités, que constituem instâncias de debate, são compostos por representantes dos Estados-Membros e presididos pela Comissão Europeia. Permitem a esta instituição encetar um diálogo com as administrações nacionais antes de adotar medidas de execução e assegurar-se, assim, de que estas medidas correspondem da melhor forma possível à realidade do país em que vão ser aplicadas<sup>1483</sup>. Em geral, a noção de *comitologia* é empregue para referir os procedimentos que envolvem a intervenção de organismos externos (comités) de auxílio às decisões técnicas mais complexas. Deste modo, os comités são organismos colegiais, especializados, de composição muito diversa, com funções auxiliares de assessoria técnica (esquema procedimental de coordenação

---

<sup>1481</sup> É essa a conclusão de MATTHIAS JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung: Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie*, cit., p. 604: “a administração em condomínio é, por isso, – com exceção dos gremios de orientação/regulação dos caminhos-de-ferro federais e serviços postais federais –, incompatível com o princípio democrático consagrado na Constituição”.

<sup>1482</sup> Sobre os comités de comitologia e a sua intervenção em *rule making procedures*, cfr. JOANA MENDES, *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, cit., pp. 96-99; e FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2004, pp. 495-501.

<sup>1483</sup> Os comités podem ser agrupados segundo a seguinte tipologia: *comités consultivos* (transmitem o seu parecer à Comissão, que deve tentar tomá-lo em conta); *comités de gestão* (intervêm no que toca às medidas de execução associadas à gestão dos programas e que têm incidência orçamental); *comités de regulamentação* (com competência no que toca às medidas de execução associadas à legislação aplicável em toda a União Europeia); *comités de regulamentação com controlo* (devem permitir que o Conselho e o Parlamento efetuem um controlo anterior à adoção de medidas de alcance geral que tenham por objetivo alterar elementos não essenciais de um ato adoptado através de codecisão).

horizontal), equiparando-se o “governo de comités” ao “governo de burocratas e tecnocratas”<sup>1484</sup>.

Bem para além da importância da ideia de trabalho em comum e dos expedientes da cooperação informativa, procedimental e institucional, convém sublinhar que aqueles *experts* que representam os Estados membros são particulares *enquanto tais*, que, mediante integração ou incorporação num órgão público europeu (órgãos mistos colegiais), do qual passam a ser membros, ficam colocados em posição de intervir no exercício do poder público, auxiliando na preparação e execução técnica de decisões tomadas pelas instâncias europeias<sup>1485</sup>. Idêntica participação orgânica ocorre no quadro do *Comité Económico e Social*. O Comité Económico e Social Europeu é um órgão consultivo da União Europeia, composto por representantes das organizações de empregadores, de trabalhadores e de outros atores representativos da sociedade civil, em especial nos domínios sócio-económico, cívico, profissional e cultural (artigos 13.º, n.º 4, e 300.º a 304.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia)<sup>1486</sup>. A sua consulta pela Comissão, pelo

---

<sup>1484</sup> Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra, 2010, p. 53, referindo que a comitologia releva também ao nível dos procedimentos das decisões de aplicação do direito administrativo europeu pelas instituições europeias. A Autora distingue, no seio do *procedimento administrativo europeu* (ob. cit., pp. 77-89), o procedimento das decisões de aplicação do direito administrativo europeu pelas instituições europeias (com grande relevo para a “comitologia” e, hoje, para a sua “agenciação”), os procedimentos complexos no contexto da coadministração (competências partilhadas, reclamando a intervenção dos níveis de administração europeu e nacional), o procedimento administrativo transnacional e, por último, as soluções otimizadas no contexto da coordenação de procedimentos, designando-as como “o *benchmarking* procedimental”.

<sup>1485</sup> Cfr., a este propósito, as considerações de JOANA MENDES, *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, cit., pp. 96-107. Em diversas fases do processo legislativo, verifica-se a intervenção de comités que têm por função prestar assistência às instituições comunitárias. Assim, a Comissão Europeia consulta regularmente *comités de peritos* antes de elaborar uma nova proposta legislativa. Estes comités, que são compostos por representantes dos meios interessados e peritos do setor privado ou particulares designados pelas administrações nacionais, permitem que a Comissão se mantenha atenta às preocupações dos destinatários de uma eventual regulamentação. O Conselho Europeu é igualmente assistido por *comités e grupos de trabalho* encarregados de preparar as suas deliberações. A existência de determinados comités está prevista pelos Tratados (*Comité Permanente de Segurança Interna* – artigo 71.º do TFUE). Outros são *comités ad hoc*, tal como o *Comité dos Assuntos Culturais* que avalia as propostas em matéria de cooperação cultural, prepara os trabalhos do Conselho e assegura o acompanhamento das ações desenvolvidas. Estes comités são compostos por representantes das administrações dos Estados-Membros e por um membro da Comissão.

Finalmente, cumpre aqui notar que, concluído o respetivo procedimento, um ato legislativo, depois de adoptado, estabelece princípios gerais que têm de ser respeitados. Para aplicar estes princípios, podem ser necessárias medidas de execução mais específicas. Neste caso, o ato prevê a criação de um *comité* no interior da Comissão Europeia encarregado de tomar as decisões necessárias à execução. Estes comités, que são compostos por peritos nomeados pelos Estados-Membros e presididos pela Comissão, são regidos, em geral, pelas normas estabelecidas na Decisão do Conselho, de Julho de 2006, conhecida sob a designação de *Decisão - Comitologia*. Estes comités existem nomeadamente nos domínios da indústria, assuntos sociais, agricultura, ambiente, mercado interno, investigação e desenvolvimento, proteção dos consumidores e segurança alimentar.

<sup>1486</sup> A designação de tais particulares deve assegurar uma representação efetiva dos diferentes setores da vida económica e social, de forma a prosseguir os objetivos de *obtenção da colaboração de privados na implementação de políticas europeias*. Na prática, os lugares são subdivididos em três subsectores:

Conselho ou pelo Parlamento pode ser obrigatória, nos domínios estabelecidos nos Tratados, ou facultativa<sup>1487</sup>. Os seus membros não estão vinculados a quaisquer ordens ou instruções e exercem as suas funções com total independência, no interesse geral da União (artigo 300.º, n.º 4, do TFUE).

O mesmo se pode dizer *mutatis mutandis* no que respeita ao *Comité das Regiões*. Nos termos dos artigos 13.º, n.º 4, 300.º e 305.º a 307.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, integram o *Comité das Regiões* “representantes das autarquias regionais e locais”. Note-se que se trata aí de uma integração ou incorporação de particulares nesse comité europeu na qualidade de funcionários ou agentes da administração regional ou autárquica de cada Estado membro (e não de particulares *enquanto tais*). Esse aspeto poderia, para alguma doutrina, afastar a qualificação como “participação orgânica de particulares em instâncias administrativas”, por aí participar o “pessoal da administração pública” (funcionários, agentes, trabalhadores de entidades administrativas ou titulares políticos de órgãos públicos), que não é estranho à organização administrativa, antes se encontra integrado nela como seu membro e com o objetivo de prosseguir os interesses públicos que lhe são confiados. No entanto, essa argumentação poderia ser procedente caso nos reportássemos a instâncias administrativas nacionais. Na hipótese de representação no Comité das Regiões, aqueles funcionários ou agentes incorporam ou integram a administração pública europeia, havendo, portanto, uma participação orgânica, que se efetiva na aquisição da qualidade de membro de um *órgão público europeu*.

Já no que tange às *agências europeias*, através da participação nos *boards* ou da existência de *estruturas consultivas* na sua governança (considerando 22 do Regulamento ENISA), ou mesmo do recurso a pareceres de *experts* do setor privado (considerando 24 do Regulamento ENISA), as agências procuram instaurar e desenvolver os contatos necessários com os atores privados envolvidos, associando-as aos trabalhos em curso, num

---

*empregadores, assalariados e restantes categorias* (agricultores, comerciantes, profissões liberais, consumidores, etc.).

<sup>1487</sup> O Conselho Económico e Social dispõe de poderes de natureza consultiva (artigo 300.º do TFUE). O seu papel consiste em comunicar às instituições responsáveis pelas decisões da União o parecer dos representantes da atividade económica e social. Nem sempre a consulta àquele Conselho é facultativa, havendo casos de *consulta obrigatória*. O TFUE prevê que, em determinados domínios, só poderá ser tomada uma decisão após consulta do Conselho Económico e Social pelo Conselho ou pela Comissão. A título de exemplo, em matéria de: política agrícola (artigo 43.º); harmonização da tributação indireta (artigo 113.º); aproximação das legislações no domínio do mercado interno (artigos 114.º e 115.º); política de emprego (artigo 148.º); política social, educação, formação profissional e juventude (artigo 165.º); saúde pública (artigo 168.º); proteção do consumidor (artigo 169.º); redes transeuropeias (artigo 172.º); política industrial (artigo 173.º); coesão económica e social (artigo 175.º); investigação e desenvolvimento tecnológico (artigo 182.º); e ambiente (artigo 192.º).

clima de diálogo e de concertação (v.g., considerando 18 do Regulamento EMA e 7 do Regulamento ERA).

Estas formas de participação contemplam elementos de uma participação de tipo procedimental<sup>1488</sup>. Com efeito, a mais-valia destes mecanismos de *consulta* e de *concertação* pressupõe a representatividade efetiva dos que atuam em nome da sociedade civil<sup>1489</sup>. No caso dos *parceiros sociais* (v.g. Confederação Europeia dos Empregadores e das Indústrias da Europa, Confederação Europeia dos Sindicatos e Centro Europeu das Empresas Públicas), a *consulta* sobre a oportunidade e o conteúdo da ação em vista é mesmo obrigatória (artigo 154.º do TFUE)<sup>1490</sup>, podendo do diálogo social resultar *acordos convencionais* (artigos 151.º, 152.º e 155.º do TFUE)<sup>1491</sup>. No entanto, tais acordos

---

<sup>1488</sup> Todavia, a categorização neste domínio revela-se difícil, podendo existir regulamentações secundárias que prevejam a consulta ou a concertação em órgãos *ad hoc*. Sobre o que se deve entender por “representatividade” nestas hipóteses, cfr. o Acórdão do TPI *Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) vs Conselho*, de 17 de Junho de 1998, processo T-135/96, n.º 89.

<sup>1489</sup> A consulta das diferentes partes interessadas é facultativa, mas as informações emanadas da sociedade civil (associações, organizações não governamentais, organizações de caridade, de defesa dos direitos humanos, do ambiente, coletividades religiosas, cidadãos em geral) devem ser tidas em consideração. Afirmando a necessidade de representatividade dos parceiros sociais, cfr. o Acórdão do TPI *Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) vs Conselho*, de 17 de Junho de 1998, processo T-135/96, n.º 89. Cfr., também, a obrigação de a Comissão Europeia “ter em conta o resultado das eventuais consultas feitas antes da apresentação das suas propostas” – *Acordo Interinstitucional “Legislar Melhor”* (2003/C 321/01), n.º 12.

<sup>1490</sup> Nos termos do artigo 154.º do TFUE, “à Comissão caberá promover a consulta dos parceiros sociais ao nível da União e tomar todas as medidas necessárias para facilitar o seu diálogo, assegurando um apoio equilibrado às partes”; no n.º 2 estatui-se que, “para o efeito, antes de apresentar propostas no domínio da política social, a Comissão consultará os parceiros sociais sobre a possível orientação da ação da União”; e, no n.º 3, que “se, após essa consulta, a Comissão considerar desejável uma ação da União, consultará os parceiros sociais sobre o conteúdo da proposta prevista. Estes enviarão à Comissão um parecer ou, quando adequado, uma recomendação”. Com base nessa regulamentação, algum doutrina vem aludindo à importância acrescida no direito administrativo europeu, por influência do direito norte-americano, do procedimento designado “*interest representation model*”, utilizado no quadro do desenvolvimento de tarefas legislativas e normativas (*EU rulemaking*), que exigem uma interação entre interesses europeus e estaduais, promovendo-se a publicitação dos projetos de normas pelos Estados-membros, de forma a colher não apenas os contributos dos Estados, mas também dos organismos com interesses na área objeto de regulamentação – sobre este procedimento na área da *política social europeia*, previsto nos artigos 154.º e 155.º do TFUE, cfr. ANNALISA REALE, “Representation of interests, participatory democracy and lawmaking in European Union: which role and which rules for the social partners?”, *Jean Monnet working papers New York University School of Law n.º 15 (2003) 39*, pp. 1087-2221. A Autora considera que aquela regulamentação introduz um modelo institucionalizado de participação de grupos da sociedade civil na governança europeia, constituindo um campo fundamental para o aprofundamento dos conceitos de representação, legitimidade e responsabilidade. Também existem casos de diretivas de execução, por exemplo, a executar *Acordos-Quadro celebrados entre a UE e os parceiros sociais*, em domínios de política social, ao abrigo dos artigos 153.º e 155.º do TFUE (cfr. a Diretiva 2010/18/UE do Conselho, de 8 de Março de 2010, que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental celebrado entre a BusinessEurope, a UEAPME, o CEEP e a CES e que revoga a Diretiva 96/34/CE).

<sup>1491</sup> De acordo com o artigo 155.º, n.º 1, do TFUE, “o diálogo entre os parceiros sociais ao nível da União pode conduzir, se estes o entenderem desejável, a relações contratuais, incluindo acordos”. No n.º 2 do mesmo preceito normativo, estatui-se que “os acordos celebrados ao nível da União serão aplicados, quer de acordo com os processos e práticas próprios dos parceiros sociais e dos Estados-Membros, quer, nas matérias abrangidas pelo artigo 153.º, a pedido conjunto das partes signatárias, com base em decisão adotada pelo

celebrados pelos parceiros sociais, verdadeiro direito negociado substitutivo das regulamentações comunitárias propriamente ditas, dependem da homologação do Conselho, normalmente efetivada na emissão de diretivas reprodutoras do conteúdo daqueles acordos.

### **39.2.2. Investidura em competências decisórias próprias (autogoverno por interessados)**

A investidura em competências decisórias próprias (autoadministração e autogoverno por interessados) remete-nos para fenómenos exteriores à organização administrativa estadual, como a *descentralização*, que podem ser reconduzidos à ideia global de *participação das forças sociais nas tarefas administrativas*<sup>1492</sup>. Aqui a participação administrativa consiste em confiar a realização de tarefas administrativas aos próprios interessados, em nome e sob responsabilidade própria<sup>1493</sup>. Só pode conceber-se como descentralização em sentido próprio a assunção de funções administrativas em autoadministração: como exercício de funções administrativas diretamente por essas formas de organização coletiva e não simples participação nelas, através de representantes nos órgãos da administração do Estado ou de outras entidades territoriais.

No conceito constitucional, a descentralização administrativa surge sistematicamente conexcionada com a atribuição de funções administrativas a entidades constituídas pelos próprios interessados e mediante órgãos eleitos. Na nossa Constituição, a descentralização não se esgota nas autarquias locais, como o mostram claramente os artigos 6.º, n.º 2, e 267.º, n.º 1 e 2. Mas ela aparece sempre ligada ao desempenho de tarefas administrativas pelos *próprios interessados* através de *órgãos representativos*. Há, assim, uma relação de correspondência entre descentralização administrativa e administração autónoma: tal como esta, também aquela se divide em descentralização territorial e institucional. A administração autónoma constitui, assim, uma das formas mais intensas de

---

Conselho, sob proposta da Comissão. O Parlamento Europeu é informado dessa adoção. O Conselho delibera por unanimidade sempre que o acordo em questão contiver uma ou mais disposições relativas a um dos domínios em relação aos quais por força do n.º 2 do artigo 153.º seja exigida a unanimidade”.

<sup>1492</sup> Na formulação de J. BAPTISTA MACHADO, “Participação e Descentralização”, cit., pp. 64-65, participação e descentralização têm em comum o “reconhecimento das várias autonomias sociais”, opondo uma “barreira à transformação de certas funções sociais do Estado em funções de dominação” e “impedindo a “estatização» da sociedade”.

<sup>1493</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., p. 78, referindo que é a título de participação na atividade administrativa que a Lei fundamental reconhece as *associações públicas* (artigo 267.º, n.º 1), que são uma das formas por excelência da administração autónoma (*Selbstverwaltung*). A participação de organizações representativas de interesses sociais na administração obtém a sua manifestação mais expressiva quando essas mesmas organizações são publicizadas e transformadas em organismos administrativos, passando a ser titulares de poderes administrativos (v.g., ordens profissionais, câmaras de comércio, associações mutualistas).

participação administrativa, mediante a incumbência de tarefas administrativas (“deslocação ou transferência de atribuições”) a entidades representativas dos próprios interessados, através de órgãos por eles democraticamente eleitos. Podemos, por isso, dizer com E. GARCÍA DE ENTERRÍA, que a autoadministração mediante autarquias locais e corporações públicas é “a forma suprema de participação administrativa”<sup>1494</sup>.

Ora, essa participação administrativa assume na administração autónoma das autarquias locais um elevado grau de profundidade. A *administração autónoma*<sup>1495</sup> corresponde à descentralização administrativa. E tanto uma como outra podem assumir três vertentes: *territorial*, *corporativa ou associativa* e *institucional*. Todas elas constituem espaços privilegiados de participação dos particulares na administração pública. É o que sucede com a indicada em terceiro lugar – a administração autónoma institucional –, cujo exemplo típico são as universidades públicas. Como realça VITAL MOREIRA, “depois da sua estadualização iniciada no período do despotismo esclarecido e continuada no Estado liberal, vieram mais tarde a conquistar um estatuto de autoadministração mais ou menos vasto e genuíno, por intermédio de órgãos representativos da comunidade escolar”<sup>1496</sup>. Mas

<sup>1494</sup> “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”, cit., p. 444.

<sup>1495</sup> Nas palavras de VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., p. 46, a administração autónoma caracteriza-se pela confiança de uma determinada esfera da administração, em maior ou menor medida, aos próprios interessados, que assim se *autoadministram*, em geral por intermédio de um órgão ou organismo representativo. Em sentido semelhante, FREITAS DO AMARAL *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 2010, pp. 419-420, considera administração autónoma “aquela que prossegue interesses públicos próprios das pessoas que a constituem e por isso se dirige a si mesma, definindo com independência a orientação das suas atividades, sem sujeição a hierarquia ou superintendência do governo”. A administração autónoma – em particular, a administração autónoma territorial – está, assim, ligada aos vetores da *legitimação democrática popular* e de *legitimação autónoma*: a primeira decorrente da existência de órgãos representativos democraticamente eleitos; a segunda associada à ideia de administração diretamente pelos próprios interessados.

<sup>1496</sup> *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., p. 46. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 97, enquadra as universidades públicas na administração estadual indireta, enquanto *estabelecimentos públicos*, dotados de autonomia acrescida. Já para CASALTA NABAIAS, “Considerações sobre a autonomia financeira das universidades”, *Estudos sobre Autonomias Territoriais, Institucionais e Cívicas*, Coimbra, 2010, pp. 138-145, as universidades integram-se na descentralização administrativa contemplada no n.º 1 do artigo 6.º da Constituição, quer por razões de ordem histórica, quer por a autonomia das universidades constituir uma componente essencial da democracia cultural para que a Constituição aponta (v.g., o artigo 2.º), democracia cultural cuja realização passa, ao nível das universidades, sobretudo pela garantia de efetivação das liberdades de criação científica e de ensino. Todavia, o mesmo Autor acaba por concluir que “as universidades portuguesas, na sua atual configuração constitucional, participam de uma dupla natureza: são polos da administração autónoma (*Selbstverwaltung*) e polos da administração indireta do Estado (*mittelbar Staatsverwaltung*), ou seja, são simultaneamente corporações institucionais e estabelecimentos (ou institutos) públicos. Como corporações, o Estado reconhece-lhes assuntos próprios (*eigen Augelegenheiten*): assuntos científicos e pedagógicos (ou académicos) dentro dos limites da lei, para a autoadministração dos quais lhes há-de fornecer os meios técnico-jurídicos e financeiros indispensáveis; como estabelecimentos (ou institutos) públicos, as universidades são depositárias de tarefas estaduais – de tarefas transferidas (*Auftraglegenheiten*) –, que se materializam, sobretudo, na função estadual do ensino superior: formar os quadros técnicos de nível superior à comunidade nacional, de acordo com as orientações da política nacional de ensino superior definidas pelo Estado [...]”. Nesta segunda dimensão, as universidades públicas

os domínios mais expressivos da aludida participação dos particulares estão presentes nas indicadas em primeiro e em segundo lugares. Por isso, a elas vamos dedicar a nossa atenção nas linhas subsequentes.

A primeira está corporizada nas *autarquias locais* e nas *regiões autónomas* dos Açores e da Madeira – embora, estas não sejam assimiláveis àquela, na medida em que são uma expressão da autonomia política e administrativa e estão dotadas de órgãos de governo próprios, para além de comportarem no seu âmbito territorial duas espécies de autarquias locais, as freguesias e os municípios. Caracterizadas como pessoas coletivas de população e território, as autarquias locais são definidas pela CRP como “pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos que visam a prossecução de interesses próprios das populações respetivas” (artigo 235.º, n.º 2). A CRP prevê, desde a sua versão originária, a existência no continente português de três autarquias locais: as freguesias, os municípios e as regiões administrativas (artigo 236.º, n.º 1). Mas, passados trinta e nove anos, sobre a data da CRP (1976), continua a inexistir em Portugal continental aquela autarquia local intermédia – entre o município e o Estado. A mais forte tentativa de criação de regiões administrativas teve lugar com a revisão constitucional de 1997, com a alteração dos artigos 255.º e 256.º da CRP, e com o referendo sobre a regionalização de 1998. Este, realizado, como é de conhecimento geral, no dia 8 de novembro de 1998, com uma pergunta dirigida a todos os cidadãos eleitores do continente e ilhas e outra dirigida aos cidadãos eleitores recenseados em cada uma das regiões criadas pela Lei n.º 19/98, de 28 de abril, não obteve o voto favorável expresso pela maioria dos cidadãos eleitores que nele se pronunciaram<sup>1497</sup>.

---

estão subordinadas ao regime jurídico constante da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, alterada por último, pelo Decreto-Lei n.º 5/2012, de 17 de janeiro. Algo diversamente, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, II, cit., pp. 915-916, depois de esclarecerem o sentido e alcance da autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira, reconhecida pelo artigo 76.º, n.º 2 às universidades, defendem que a autonomia de governo, ou *autogoverno*, mediante órgãos próprios constitui há muito parte integrante do programa central da autonomia universitária (que o mencionado Regime Jurídico das Instituições do Ensino Superior densifica) e que o autogoverno permite conceber as universidades como uma expressão de administração autónoma e não como administração estadual indireta. Sobre esta problemática no ordenamento jurídico italiano, cfr. FRANCESCO MERLONI, “L’*autonomia delle Università e degli enti pubblici di ricerca. Alcuni nodi problematici*”, *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, Vol. III, Milano, 1988, pp. 489-511.

<sup>1497</sup> Para mais desenvolvimentos sobre o problema da criação de regiões administrativas, cfr. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra, 2013, pp. 339-351. A necessidade e a utilidade de criação de escalas territoriais adequadas das políticas públicas devido à insuficiência da escala municipal têm sido bem sentidas entre nós. Falhado o objetivo da criação de regiões administrativas no continente de Portugal, teve o legislador de lançar mão de uma reforma territorial supramunicipal e regional suscetível de colmatar as lacunas da inexistência daquela espécie de autarquias locais. Fê-lo através das seguintes vias: a criação de *órgãos desconcentrados (desconcentração vertical)*, de nível regional, que são as comissões de coordenação e desenvolvimento regional, atualmente regidas pelo Decreto-Lei n.º 228/2012, de 25 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 68/2014, de 8 de maio; a criação de *entidades intermunicipais*, nas modalidades de *áreas metropolitanas* e de *comunidades intermunicipais*, e o reforço das *associações de*

Nos termos dos artigos 6.º, n.º 1, e 237.º, n.º 1, da CRP, as *atribuições* das autarquias locais são definidas de harmonia com os princípios da *descentralização administrativa* (ou seja, mediante a transferência de um núcleo substancial de tarefas do Estado para as autarquias locais, tendo por finalidade reforçar a sua atuação, aprofundar a participação dos cidadãos na vida pública, promover a eficiência e a eficácia da gestão pública e assegurar os direitos dos particulares) e da *subsidiariedade* (isto é, com base no reconhecimento de que as funções administrativas devem ser exercidas pelo nível da administração melhor colocado para os prosseguir com racionalidade, eficácia e proximidade dos cidadãos). Para o exercício das suas *atribuições*, dispõem as várias espécies de autarquias locais de *órgãos* que expressam a vontade destes entes públicos e estão dotados de um acervo de *competências*, o mesmo é dizer de um naipe de *poderes funcionais*. Todas estas matérias estão vertidas no regime jurídico das autarquias locais, condensado atualmente na Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro.

A segunda – a administração autónoma de tipo associativo ou corporativo – remete-nos para a figura das *associações públicas*<sup>1498</sup>. As associações públicas são constitucionalmente consideradas como formas de participação dos interessados na administração pública. Isto resulta inequivocamente da parte final do n.º 1 do artigo 267.º da Lei Fundamental. E são expressões importantes de participação dos cidadãos, porquanto as associações públicas são formas de organização, através das quais o Estado confere aos interessados, propositadamente associados para o efeito, certos poderes públicos, submetendo, para isso, essas associações a um regime de direito público quanto a certos

---

*municípios e de freguesias de fins específicos* (umas e outras regidas atualmente pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro). Estas figuras organizatórias são capazes de cumprir alguns dos fins das regiões administrativas, em termos de não ser demasiado ousado falar-se de “uma regionalização sem regiões administrativas”.

<sup>1498</sup> Estas são definidas por FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, cit., pp. 423-424, como “as pessoas coletivas públicas, de tipo associativo, destinadas a assegurar autonomamente a prossecução de determinados interesses públicos pertencentes a um grupo de pessoas que se organizam com esse fim”. Por seu lado, VITAL MOREIRA apresenta uma definição mais analítica, considerando a associação pública “uma pessoa coletiva de direito público de natureza associativa, criada como tal por ato do poder público, que desempenha tarefas administrativas próprias, relacionadas com os interesses dos seus próprios membros, e que, em princípio, se governa a si mesma mediante órgãos próprios que emanam da coletividade dos seus membros, sem dependência de ordens ou orientações governamentais, embora, normalmente, sujeitos a tutela estadual”. Adotando um sentido estrito de associação pública, o mesmo Autor sublinha que a associação pública é o ente público corporacional, cujo substrato é constituído por uma coletividade ou conjunto de particulares portadores de determinada posição ou interesse específico comum, deixando de fora daquele conceito as corporações territoriais e os entes corporacionais constituídos pela associação dos próprios entes públicos entre si ou também com entidades privadas (do tipo dos “consórcios” e figuras semelhantes). Enumera como elementos da definição de associação pública a coletividade de membros, a criação ou reconhecimento por um ato público a estrutura associativa, o autogoverno, o desempenho de tarefas públicas e a autodeterminação – *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 382-387.



aspectos formais e materiais (criação, organização, controlo da legalidade dos respetivos atos, etc.)<sup>1499</sup>.

Na primeira revisão da CRP de 1976 (1982), as associações públicas adquiriram relevo constitucional, tendo sido submetidas pela Lei Fundamental aos seguintes princípios (condensados no atual n.º 4 do artigo 267.º): o *princípio da excepcionalidade* (a criação de associações públicas só é permitida quando tal for necessário para a satisfação de uma finalidade pública), o *princípio da especificidade* (as associações públicas só podem constituídas para realização de fins específicos), o *princípio da não concorrência com os sindicatos* (as associações públicas não podem exercer funções sindicais) e o *princípio da democracia interna* (a organização interna das associações públicas deve basear-se no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos)<sup>1500</sup>.

O regime jurídico das associações públicas constitui matéria incluída na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República [artigo 168.º, n.º 1, s), da CRP]. Foi no exercício desta competência que a Assembleia da República aprovou, através da Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro, o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais. Estas constituem as denominadas “ordens profissionais” (v.g., Ordem dos Advogados, Ordem dos Médicos, Ordem dos Engenheiros, etc.), que são, seguramente, as associações públicas mais relevantes, a par das associações públicas económicas e culturais. São associações formadas pelos membros de certas profissões de interesse público com o fim de, por devolução de poderes do Estado, regular e disciplinar o exercício da respetiva atividade profissional. Trata-se de associações de inscrição obrigatória de todos os pertencentes a um grupo profissional dotadas de competência para exigir dos seus membros as cotizações indispensáveis ao seu funcionamento e a participação na vida interna e que dispõem de poderes de autoridade indispensáveis para assegurar a direção, a regulação e a disciplina de uma atividade reconhecida de interesse público.

### 39.2.3. Participação administrativa procedimental

Já acima nos ocupamos do fenómeno da participação de particulares *na* (ou dentro da) administração, os quais, por meio de *incorporação orgânica ou institucional*, adquirem

<sup>1499</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, II, cit., p. 811.

<sup>1500</sup> FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, cit., pp. 423; e VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 424-427. Esta descentralização por via de entes administrativos coletivos (nomeadamente, as associações públicas) vem, por isso, somar-se à descentralização administrativa territorial propriamente dita, corporizada nas autarquias locais, cujas atribuições e organização devem obedecer ao princípio da descentralização administrativa (artigo 237.º CRP).

a posição de titulares ou membros de órgãos administrativos e intervêm no exercício do poder público. O breve estudo levado a cabo nas páginas precedentes permite-nos, agora, distinguir, com rigor, aquelas formas de participação das modalidades de participação procedimental, as quais fundamentam materialmente a celebração de contratos administrativos sobre poderes públicos. O objetivo que nos moveu ao longo dessa abordagem consistia em esclarecer que a figura do contrato sobre poderes públicos não provoca qualquer perturbação no modo de relacionamento entre o Estado (tarefas públicas) e a sociedade (tarefas privadas), já que não envolve o exercício de funções administrativas por particulares, nem a participação orgânica de particulares na administração pública.

A participação procedimental é, desde logo, uma forma de *participação externa*, pois não envolve uma integração dos “interessados” nas próprias instâncias ou órgãos administrativos e refere-se, essencialmente, à participação dos particulares “na formação das decisões ou deliberações que lhes dizem respeito” (*ex vi* artigo 267.º, n.º 5, da CRP e artigo 12.º do CPA), mas sem que isso signifique a partilha do poder decisório entre eles e os órgãos administrativos. O poder de decisão administrativa continua a pertencer exclusivamente à administração pública<sup>1501</sup>: contudo, aceita-se o envolvimento do particular no procedimento que tem em vista a adoção de um *ato final*, seja para defesa dos seus direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, seja para trazer ao conhecimento do órgão competente os elementos necessários à produção (e correção) da decisão.

Ao contrário do que sucede noutras formas de participação, o particular pode intervir no procedimento no sentido de “reagir diretamente contra uma intromissão na sua esfera individual juridicamente protegida” (defesa procedimental) ou para “projetar no contexto decisório interesses da comunidade ou de um segmento de interesses setoriais em que se insere”<sup>1502</sup>. Desta forma, tutelam-se os direitos subjetivos e interesses dos particulares, ao mesmo tempo que se alcança uma determinação consciente dos factos, interesses e circunstâncias objetivamente relevantes que assim podem ser conhecidos pela administração – tudo isto aspetos que reforçam a legitimidade democrática da decisão que vier a ser tomada pelo órgão administrativo<sup>1503</sup>.

---

<sup>1501</sup> VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 40-41, contrapõe a “participação no procedimento, mediante audições, recolha de pareceres, propostas, etc., continuando a decisão a caber em última instância exclusivamente ao órgão administrativo” à “«participação decisória», a qual, como o próprio nome diz, implica intervenção na decisão, seja em conjunto com os órgãos administrativos, seja por delegação da própria competência decisória. A segunda fórmula resulta numa participação no «poder administrativo»”.

<sup>1502</sup> Cfr. DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*, cit., p. 117.

<sup>1503</sup> Cfr. MARIO NIGRO, “Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 261-262, referindo que a participação procedimental é vista como método de realização de uma legalidade

A participação procedimental compreende as formas de intervenção de interessados na determinação e obtenção do material informativo do qual a decisão depende<sup>1504</sup>, podendo tratar-se de uma participação que tem como finalidade tutelar os direitos e os interesses legalmente protegidos dos particulares ou de uma participação que tem como fim levar ao conhecimento da administração todos os factos, interesses e circunstâncias objetivamente relevantes para a elaboração da decisão. Sublinhe-se que os órgãos administrativos se apresentam como responsáveis pela tutela de interesses específicos (interesses públicos), os quais se veem confrontados, num quadro dialógico (bipolar e, por vezes, multipolar<sup>1505</sup>), com outros interesses (setoriais e privados) igualmente presentes no procedimento.

Por oposição à conceção tradicional da função do procedimento como sendo secundária face às decisões substanciais, atualmente sustenta-se a importância do *princípio da procedimentalização da ação administrativa*, significando a submissão dessa ação a parâmetros normativos que guiam o respetivo desenvolvimento e tramitação, disciplinando a atuação dos diversos órgãos e agentes administrativos envolvidos e a intervenção dos particulares interessados<sup>1506</sup>. A previsão e a delimitação legal de procedimentos dirigidos à

---

nova, a *legalidade-justiça*, que decorre da função de ponderação dos interesses públicos e privados em jogo. Cfr. sobre o conceito de “participação procedimental”, G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., pp. 4-12; M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, cit., pp. 22-26; ELIO CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 441-463; S. FANTINI, “La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative”, *Il diritto amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, B. Cavallo (a cura di), Torino, 2001, pp. 83-118; S. S. COGNETTI, *La Tutela delle Situazioni Soggettive tra Procedimento e Processo (Le Esperienze di Pianificazione Urbanistica in Italia e in Germania)*, Perugia, 1987, pp. 14-15 e 77; GIOVANNI VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., pp. 99-105; VINCENZO CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., pp. 341-352; R. VILLATA, “Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale”, *Dir. Proc. Amm.*, 1992, pp. 171-205; F.P. PUGLIESE, “Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1469-1472; J. M. SÉRVULO CORREIA, “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, *Cadernos de Ciência da Legislação*, Janeiro-Junho, n.º 9/10, 1994, pp. 140-150; DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação*, cit., p. 119; e PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas*, cit., pp. 439-440.

<sup>1504</sup> Cfr. R. VILLATA, “Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale”, cit., pp. 180-181.

<sup>1505</sup> Sublinhe-se que as relações jurídicas podem ser simples ou bipolares, quando decorrem entre dois sujeitos, ou poligonais ou multipolares, quando surgem entre três ou mais sujeitos que apresentam interesses conflituantes relativamente à resolução da mesma situação jurídica (quanto às características de uma relação jurídica deste tipo, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, “Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 1, Junho 1994, pp. 55-64).

<sup>1506</sup> Escreve SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 579, que “a procedimentalização da atividade administrativa corresponde à necessidade de objetivar a vontade da pessoa coletiva pública através de uma sequência de atos e formalidades pré-ordenados e fixados no termo da qual a vontade dos suportes dos órgãos se despersonalize e combine numa vontade qualitativamente distinta: a da pessoa coletiva”. Fica assim melhor protegido o valor da imparcialidade, do mesmo passo que se tornam mais difíceis os erros de perspetiva na aplicação das regras da boa administração.

adoção de qualquer ação administrativa devem garantir a racionalização dos meios, a defesa das posições jurídicas subjetivas, a oferta de colaboração dos interessados e, bem assim, a otimização e eficiência da ação da administração pública.

Um segundo ponto que se pretende aqui evidenciar diz respeito à conceção do procedimento. Por um lado, é inquestionável que não se pode conceber hoje a administração como estrita execução da lei, porquanto aquela, para além de conhecer zonas discricionárias de atuação, afirma-se, no quadro do procedimento administrativo, como instância de realização do direito no caso concreto (através da prática de atos administrativos) e de natureza criativa (programação e atividade administrativa de normação). Por outro, hodiernamente, há que considerar a complexidade de determinados procedimentos administrativos e a variedade e a multiplicidade dos interesses públicos e privados nos mesmos envolvidos<sup>1507</sup>. Trata-se de procedimentos cada vez mais utilizados para resolver questões particularmente complexas, quer pelo número de destinatários (procedimentos de massa), quer pelo caráter duradouro das relações em causa, quer ainda pelo tecnicismo da decisão.

Deste modo, quanto mais aumenta a variedade das alternativas de escolha, em presença das circunstâncias complexas, e quantas mais são as interdependências, tanto menos é admissível uma composição dos conflitos através de soluções intuitivas imediatas<sup>1508</sup>. A doutrina tem vindo a sustentar que, “quanto mais a administração tende a subtrair-se ao domínio da lei”, não se apresentando como mera executora da mesma, mas antes dotada de um *poder criativo e conformador do direito*, tanto mais necessária se torna a *participação procedimental dos particulares*, na dupla perspetiva (subjetiva e objetiva), com a função de “compensar” a amplitude do poder discricionário que caracteriza uma parte substancial da atividade administrativa com uma exigente e aprofundada participação dos interessados<sup>1509</sup>.

---

<sup>1507</sup> Sobre o conceito de *procedimento complexo* como aquele que inclui subprocedimentos e em que se verifica a convocação de diversas autoridades administrativas, cada uma chamada a pronunciar-se sobre aspetos compreendidos no círculo de interesses que tutela, podendo tal pronúncia, designadamente consubstanciar um ato com autonomia funcional, uma pré-decisão, uma decisão administrativa parcial ou o ato de aprovação de uma determinada entidade pública de controlo, cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., p. 711.

<sup>1508</sup> Na formulação expressiva de CHARLES DEBBASCH, “Administration et pouvoir politique. Sur un couple uni”, *Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, 1977, pp. 153-157, a fim de se adaptar a ação administrativa à complexidade do mundo económico e social, admite-se que “uma decisão que até aqui era unilateral, incondicionada e soberana se torne objeto de negociações, de influências, de barganho, sendo, por vezes, submetida mesmo a um procedimento contratualista”.

<sup>1509</sup> Cfr. S. COGNETTI, *La Tutela delle Situazioni Soggettive tra Procedimento e Processo*, cit., pp. 17, 21 e 55, diretriz não apenas aplicável aos procedimentos regulamentares, mas também aos procedimentos que visam a emanação de atos administrativos, quando se regista a atribuição à administração de um poder discricionário especialmente amplo.

Ora, a *organização procedimental, legitimidade* dos participantes (*participação procedimental individual ou coletiva*), os *momentos (preventiva e sucessiva)*, os *níveis de intensidade (dialógica e coconstitutiva; participação audiência e participação-concertação)* e os *mecanismos de garantia de eficácia* da participação procedimental dependem da específica configuração e tramitação do procedimento administrativo. Daí que nos debruçemos sobre cada uma destas modalidades de participação, com a preocupação de identificar as garantias que oferecem e a sua admissibilidade e consagração no direito português.

A participação procedimental encontra-se regulada, genericamente, no Código do Procedimento Administrativo. Entre nós, no novo Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei, n.º 4/2015, de 7 de janeiro, foi introduzido, na Parte III, um Capítulo dedicado à “*relação jurídica procedimental*”, no qual, a partir de uma visão mais moderna do direito administrativo, se procedeu à identificação dos sujeitos da relação jurídica procedimental, reconhecendo-se o paralelismo entre particulares e administração, como simultâneos titulares de situações jurídicas subjetivas que disciplinam as situações da vida em que ambos intervêm no âmbito do procedimento administrativo<sup>1510</sup>. Os particulares posicionam-se no procedimento como *interessados* (isto é, *interessados* no quadro da “relação jurídica procedimental”) – artigo 65.º, n.º 2. Não basta para identificar os sujeitos de situações jurídicas procedimentais que o particular seja titular ou portador institucional de interesse envolvido na *materia decidendi*. Como veremos, a essa posição substantiva terá de se somar uma intervenção formal, por iniciativa própria ou por convocação da administração pública.

Decorrência direta do princípio do Estado de direito, o *princípio da procedimentalização* de toda a atividade administrativa constitui, também, uma *garantia dos particulares* no contexto da atividade da administração. Embora a relevância do procedimento seja, sobretudo, focada pela perspectiva do ato administrativo, veremos que o

---

<sup>1510</sup> Na estruturação do novo CPA observa-se a utilização da fórmula “*relação jurídica procedimental*”, diferentemente da linha tradicional das leis de procedimento administrativo em geral que regulam o procedimento e a atividade da administração pública e onde os particulares aparecem como meros interessados. O conceito de relação jurídica procedimental promove a compreensão correta do procedimento administrativo como espaço de diálogo, de colaboração e de confronto entre sujeitos públicos e privados num plano de substancial paridade. Ainda que isso tenha um valor meramente simbólico, o legislador alterou um pouco aquela perspectiva tradicional: administração e particulares são sujeitos iguais numa relação jurídica, embora com poderes e deveres diferentes. Isso mesmo também é evidenciado por PEDRO GONÇALVES, “Algumas alterações e inovações «científicas» no novo Código do Procedimento Administrativo”, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, cit., p. 52, para quem aquele conceito “não altera a substância das posições jurídicas da administração e dos particulares, nem contribui, de forma direta, para a resolução de questões práticas”, tratando-se, antes, de um conceito, inspirado numa visão mais moderna do direito administrativo, que “convoca a ideia de ordenação tendencialmente paritária de todos os intervenientes no procedimento, na condição de «sujeitos da relação jurídica procedimental»”.

novo CPA atribuiu importância capital à matéria dos regulamentos administrativos, tendo aprofundado a disciplina jurídica do procedimento dirigido à emissão de regulamentos e, bem assim, da atividade administrativa regulamentar.

Sublinhe-se, por último, que o procedimento administrativo se assume hoje, na expressiva formulação de E. SCHMIDT-ABMANN, como um “paradigma da comunicação” (*Kommunikationsparadigma*)<sup>1511</sup>, como um “sistema de interação, de intercâmbio e tratamento de informação”, permitindo que sejam levados ao conhecimento da entidade responsável pela ação administrativa em causa todos os elementos imprescindíveis à respetiva adoção. Esta comunicação projeta-se quer no interior da administração, quer na relação desta com os particulares, prosseguindo, neste último domínio, as funções de colaboração, participação procedimental e de transparência da ação pública – fala-se, por isso, de um “*direito administrativo da informação*” (*Informationsverwaltungrecht*) ou de um “*ordenamento público da informação*” (*öffentliche Informationsordnung*), válido não apenas no seu perfil subjetivo (*individualrechtliche Schichten*), como no seu perfil institucional (*institutionelle Schichten*)<sup>1512</sup>.

### 39.2.3.1. Participação *uti singuli* e participação *uti cives*

Vimos que a participação procedimental consubstancia uma forma de participação *externa*, em que a intervenção do particular condiciona a determinação e obtenção do material informativo e a ponderação dos interesses dos quais a decisão depende. Não obstante se reconhecer a influência do interessado sobre o sentido da decisão administrativa, o poder decisório pertence exclusivamente à administração, já que aquela participação não põe em causa a autoria administrativa do ato conclusivo da fase constitutiva ou decisória do procedimento.

---

<sup>1511</sup> *Verwaltungsrechtliche Dogmatik: Eine Zwischenbilanz Zu Entwicklung, Reform Und Künftigen Aufgaben*, Mohr Siebeck, 2013, p. 22.

<sup>1512</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee - Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Springer, Heidelberg, 1998, pp. 236-240, abordando, também, as questões de proteção do segredo e da responsabilidade na gestão da informação como matérias essenciais do direito administrativo da informação.

Isto mostra que a participação se encontra umbilicalmente ligada a outro direito reconhecido em termos amplos no nosso ordenamento jurídico-constitucional e legal: o *direito à informação*, garantido em geral nos n.ºs 1 e 2 do artigo 268.º da CRP e nos artigos 61.º e segs. do CPA. O n.º 1 do artigo 268.º garante o direito de os cidadãos serem informados sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, preceito que, em harmonia com o princípio da participação dos interessados no procedimento administrativo, deve ser interpretado no sentido de que os cidadãos têm não apenas o direito de trazer os seus conhecimentos à administração, mas ainda o direito de defenderem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos, suscetíveis de serem afetados pelas decisões administrativas (*lato sensu*).

De acordo com os artigos 65.º, n.º 2, e 68.º do CPA, os beneficiários da participação são os particulares (*participação procedimental individual*) e as associações que tenham por objeto a defesa de interesses específicos (*participação procedimental coletiva*)<sup>1513</sup>, podendo tal participação ser exercida para cumprir diferentes *finalidades*. Nestes termos, distingue-se a participação *uti singuli* e *uti cives* ou, dito de outra forma, a *participação subjetiva* (a que tem como finalidade tutelar os direitos e os interesses legalmente protegidos dos particulares) e *objetiva* (a que tem como fim levar ao conhecimento da administração todos os factos, interesses e circunstâncias objetivamente relevantes para a elaboração da decisão)<sup>1514</sup>.

Na sua matriz originária, a participação procedimental expressava fundamentalmente uma conceção *garantística* das posições jurídicas subjetivas dos particulares, encontrando-se prevista para *defesa* dos seus direitos e interesses legalmente protegidos – direta ou imediatamente afetados por um decisão administrativa –, assim se realizando uma tutela antecipada (*vorverlagerter Rechtsschutz*) em relação à tutela

---

<sup>1513</sup> Quanto à *natureza dos participantes*, na participação procedimental, realizada através de *audiência* (artigos 100.º e 121.º e segs. do CPA) ou concretizada na *consulta pública* (artigos 98.º e 101.º do CPA), pode, assim, falar-se numa participação *individual*, aberta ao interessado entendido singularmente, *coletiva*, quando levada a cabo por estruturas sociais organizadas que têm por objeto a defesa de interesses, *direta*, quando realizada pelos próprios indivíduos interessados, e *indireta*, se exercida pelos delegados ou representantes dos grupos sociais organizados (artigos 67.º e 68.º do CPA). Registe-se que diversos diplomas administrativos especiais referem, frequentemente, que são titulares do direito de participação com legitimidade para intervir no procedimento os “cidadãos”, “todas as pessoas, singulares ou coletivas, incluindo as associações representativas dos interesses ambientais, económicos, sociais e culturais” ou “os interessados” querendo significar com estes vocábulos um círculo muito alargado de sujeitos do direito de participação, portadores de interesses diretos, coletivos ou difusos [eis o que sucede em matéria de participação nos procedimentos de elaboração, execução, avaliação e revisão dos programas e planos territoriais – artigos 3.º, n.º 1, g), da LBPSOTU e 6.º, n.º 1, 37.º, n.º 1, 88.º e 89.º do RJGT]. Entre nós, a Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto define os casos e os termos em que são conferidos e podem ser exercidos o *direito de participação popular* em procedimentos administrativos, designadamente quando estão em causa interesses no âmbito da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida ou do património cultural.

Em geral, os requisitos da *legitimidade procedimental* são definidos por referência a uma posição jurídica substantiva de algum modo relacionada com o procedimento administrativo: na fórmula do artigo 68.º, n.º 1, do CPA, “os titulares os titulares de direitos, interesses legalmente protegidos, deveres, encargos, ónus ou sujeições no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas”, considerando-se, ainda, dotados de legitimidade outros sujeitos para a proteção de interesses difusos. Assim, o artigo 68.º determina genericamente que têm legitimidade para intervir no procedimento os titulares de direitos, interesses legalmente protegidos, deveres, encargos, ónus ou sujeições no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, bem como as associações, para defender interesses coletivos ou proceder à defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados que caibam no âmbito dos respetivos fins (n.º 1), círculo de entidades que é aumentado quando está em causa a proteção de interesses difusos (n.º 2). Neste cenário, os direitos e posições procedimentais reconduzíveis à participação procedimental tendencialmente ligam-se à titularidade de direitos e interesses no plano substancial (bem como, deveres, encargos, ónus e sujeições), diferenciando-se a legitimidade provinda de direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, por um lado, e de interesses difusos, por outro.

<sup>1514</sup> Cfr. M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, cit., pp. 58-62; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., pp. 4-12; e R. VILLATA, “Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale”, cit., pp. 180-181.

jurisdicional. Atribuía-se ao procedimento administrativo uma vocação não apenas racionalizadora da ação administrativa, mas também *garantidora dos direitos dos particulares*. Deste modo, quando os particulares intervêm no procedimento administrativo *uti singuli*, tomam *parte* do assunto, exercendo o *contraditório* e realizando uma *função pessoal*, de alguém que recebe da administração consideração e cura para os seus bens individuais.

Não obstante o seu caráter primacial, esta função de tutela dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos acaba por se revelar insuficiente quando se trate de levar ao conhecimento da administração um conjunto de elementos imprescindíveis e relevantes a uma adequada decisão administrativa. Assim sendo, na participação *uti cives*, o particular, intervindo no procedimento de formação das escolhas administrativas, desempenha um papel cívico, de alguém que oferece à administração um contributo de conhecimentos e de ideias sobre questões que dizem respeito ao seu próprio *status* de membro da coletividade, não surgindo como titular de qualquer interesse qualificado. A “oferta de colaboração” pelo interessado, por um lado, permite ao órgão administrativo recolher observações, sugestões e propostas que aumentam ou aperfeiçoam o *material informativo* do qual a decisão depende; por outro, proporciona mecanismos *dialógicos* endoprocedimentais e valoriza a intervenção do interessado na formação da decisão administrativa ou do ato final do procedimento<sup>1515</sup>.

---

<sup>1515</sup> A este propósito S. COGNETTI, *La Tutela delle Situazioni Soggettive tra Procedimento e Processo*, cit., p. 50, sublinha, à luz do direito alemão, que a referida distinção toca a própria definição do fenómeno jurídico da participação no procedimento administrativo e expressa a contraposição entre a *conceção objetiva* de uma “oferta de colaboração do cidadão” e a *subjetiva* de uma “pretensão de tutela do particular”.

No quadro da discussão que envolveu a elaboração do anterior Código de Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro), a participação procedimental era encarada a partir de duas conceções opostas: uma, de matriz *objetivista*, que valoriza a intervenção dos privados e se destina a obter a aquisição de conhecimentos e a melhorar a tomada de decisões pela administração; e uma outra, de tipo *subjetivista*, que concebe a intervenção dos privados como um instrumento de defesa prévia das suas posições jurídicas perante a administração. Com efeito, neste último sentido, a participação no procedimento configura uma aproximação a uma forma de limitação do poder, traduzida na proteção jurídica subjetiva. J. J. GOMES CANOTILHO, “Constituição e Déficit Procedimental”, *Estado e Direito*, Vol. I, n.º 2, 1988, pp. 36-37, enfatizava essa visão no procedimento administrativo por via da valorização da dimensão subjetiva, designadamente a sua função de garantia dos direitos fundamentais em áreas sensíveis (v.g., procedimento disciplinar e contra-ordenacional), onde se mostrava particularmente relevante assegurar o princípio do *audi alteram partem*. Assim, a “participação no procedimento e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais”. Na versão objetivista, colocava-se o acento tónico da participação procedimental não na proteção preventiva dos direitos subjetivos, mas na exigência objetiva de uma determinação consciente dos factos, interesses e circunstâncias objetivamente relevantes pela administração, sendo entendida como um meio fundamental de conhecimento a favor da administração. Em harmonia com um postulado de boa administração, afirmava RUI MACHETE na introdução ao *Código de Procedimento Administrativo e Legislação Complementar*, Editorial Notícias, 1992, p. 10, que, com aquela participação, a “intervenção do privado, seja a título singular, ou através de grupos sociais, não se reduz a uma defesa antecipada (à tutela jurisdicional) dos seus direitos ou



Por outro lado, a doutrina tem vindo a sustentar que, “quanto mais a administração tende a subtrair-se ao domínio da lei”, não se apresentando como mera executora da mesma,

---

interesses legítimos [...], tem, antes de tudo o mais, um papel propulsivo e criador ao dar relevância e significado, na fase instrutória, a interesses que até aí permaneciam ocultos ou despercebidos”.

Em todo o caso, porque os elementos objetivo e subjetivo da participação se encontram presentes em diversos preceitos jurídicos das leis do procedimento administrativo, foi-se afirmando, naturalmente, uma terceira conceção que propõe uma mediação ou a superação da contraposição entre as duas precedentes. Esta terceira via é sufragada pela doutrina que considera os elementos objetivo e subjetivo da participação não como conceitos necessariamente contrapostos, mas antes estreitamente relacionados sob ponto de vista funcional – assim, S. COGNETTI, *La Tutela delle Situazioni Soggettive tra Procedimento e Processo*, cit., pp. 53-54, defendendo a integração entre a oferta de colaboração (a favor da administração) e a tutela de direitos (a favor do interessado) como prosseguindo interesses públicos e privados; ELIO CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 441-451, que adota uma posição intermédia entre objetivismo e subjetivismo, já que, na participação procedimental, o sujeito interessado não apenas intervém na defesa de direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, como dialoga com a administração no decurso da preparação da decisão, emitindo e recebendo comunicações informativas, ao longo do procedimento, sobre os objetivos da decisão e as opções que nela se pretende consagrar (invocando erros, contradições e lapsos do projeto de decisão, formulando observações e sugestões ou, ainda, concertando o conteúdo do ato final a adotar); G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., pp. 4-12, aludindo à *dupla* face da participação como *pretensão de tutela* do particular e *oferta de colaboração* do cidadão; GIOVANNI VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, pp. 99-105; VINCENZO CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 350; MASSIMO OCCHIENA, “Partecipazione al procedimento amministrativo”, S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 4128-4134; e, entre nós, DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação*, cit., p. 139, recusando qualquer cisão entre a defesa procedimental (*uti singuli*) e a participação procedimental (*uti cives*) e admitindo que “a diferenciação funcional da participação não será qualitativa, mas sim quantitativa”. A participação desempenha, ao fim e ao cabo, não apenas uma missão garantística de defesa de interesses individualizados ou de grupo, mas também uma missão funcional, que se cifra no contributo objetivo dos interessados, ao longo da instrução e da audiência, para uma melhor perspetivação pela administração dos elementos de facto e das razões de mérito e de direito quanto ao sentido da decisão. Sobre a concretização da participação subjetiva e objetiva na jurisprudência portuguesa, cfr., entre outros, o Acórdão do STA, de 09/12/2008, o Acórdão do STA de 11/10/2007, Processo 1167/05 e o Acórdão do STA de 21/05/2008, Processo 1159/05; o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 23/01/2014, Processo 10452/13, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 08/02/2006, Processo 02168/06; e o Acórdão do Tribunal dos Conflitos, Processo 02/09, de 14/05/2009.

Neste contexto, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, cit., pp. 424-426, detetava já a incongruência do excesso de objetivismo demonstrado por uma parte da doutrina italiana – teses que acarretavam a dissolução da posição do particular no seio da administração e que iam ao ponto de considerar ferido do vício de incompetência o ato administrativo praticado sem uma adequada participação e representação de interesses. Segundo o Autor, na versão do anterior CPA, o direito português distancia-se de tais premissas e consagra uma “feliz compatibilização” da ideia de participação dos particulares no procedimento, destinada primacialmente à proteção jurídica de interesses individuais, com os interesses de uma administração pública democrática, cujas decisões devem ser legitimadas também pela intervenção dos privados que são por elas afetados. Assim: “por um lado, a participação dos privados no procedimento é vista de uma ótica predominantemente subjetivista e garantística, gozando mesmo da natureza de um direito fundamental, análogo aos direitos, liberdades e garantias (artigos 267.º, n.º 5, e 18.º da CRP); por outro, reconhece-se a relevância da intervenção dos privados, do ponto de vista da administração” [artigos 267.º, n.º 1, da CRP e 7.º, n.º 1, do CPA (artigo 11.º, n.º 1 na versão do CPA de 2015)]. O alargamento da participação, que pretende ir para além da proteção subjetivizada de interesses individuais, reforçando a colaboração entre a administração e os particulares, é operado, sobretudo mediante o recurso à categoria dos *interesses difusos* e dos *interesses coletivos* – cfr. a nova regulamentação dos artigos 65.º, n.º 1, c), 68.º, n.ºs 2, 3 e 4, na versão do CPA de 2015. No n.º 2 do artigo 68.º procedeu-se à harmonização do âmbito material dos interesses difusos com as qualificações levadas a cabo na alínea a) do n.º 2 do artigo 53.º da Constituição e, no n.º 2 do artigo 9.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

mas antes dotada de um *poder criativo e conformador do direito*, tanto mais necessária se torna a *participação do cidadão*, na dupla perspectiva (subjéctiva e objectiva), com a função de “compensar” a amplitude do poder discricionário que caracteriza uma parte substancial da actividade administrativa com uma exigente e aprofundada participação dos interessados<sup>1516</sup>. Tal ocorre, de forma particular, em determinados procedimentos do domínio da administração constitutiva ou de infraestruturas, onde a participação dos privados vai, muitas vezes, além da ideia de tutela de direitos subjéctivos e implica o chamamento de particulares simplesmente “interessados” na solução da regulação administrativa ou na prevalência de interesses conflitantes – assim sucede, como veremos de seguida, nos *procedimentos regulamentares*, onde, indubitavelmente, se verifica uma abertura à participação dos particulares em termos bem mais amplos do que aquela que decorre da tutela de interesses individuais.

O direito europeu inclui a abertura à *participação, a transparência e a publicidade* no conjunto dos princípios de direito administrativo (artigos 11.º do TUE e 15.º do TFUE), acentuando o seu carácter funcionalmente orientado, destinado a promover o escrutínio por todos aqueles que sejam afetados pela actividade administrativa (independentemente da forma por esta assumida), em consonância com a ideia segundo a qual a participação assume, relativamente aos cidadãos, uma dupla função de *colaboração e defesa*<sup>1517</sup>. Decorrência do apontado défice de legitimidade democrática nas instituições europeias (*supra*, 8.), a fim de compensar as deficiências de representatividade dos cidadãos e promover a responsabilidade institucional, o direito da união europeia, na miragem desse objectivo, serve-se de duas estratégias fundamentais: a *participação* de representantes da sociedade civil nos processos decisórios (garantias de defesa e direitos procedimentais) e a legitimação da acção pública por via das exigências *dos princípios da transparência, da publicidade e da simplificação* (artigos 11.º do TUE e 15º do TFUE). Associadas ao reforço da contribuição dos actores privados para a governação pública, estas estratégias estão na origem de inovadoras formas de contribuição privada no âmbito dos procedimentos de elaboração de decisões administrativas europeias e apontam para o relevo do concurso de conhecimentos e de capacidades (empresariais, científicas e tecnológicas) de que as instituições europeias nem sempre dispõem.

Quanto à primeira, é possível discernir neste domínio vários níveis de participação – *consulta, audição e concertação* nos procedimentos decisórios das agências europeias<sup>1518</sup>. Note-se que os tribunais europeus têm mantido uma abordagem restritiva de direitos de participação nos procedimentos

---

<sup>1516</sup> Cfr. S. COGNETTI, *La Tutela delle Situazioni Soggettive tra Procedimento e Processo*, cit., pp. 17, 21 e 55.

<sup>1517</sup> Nestes termos, cfr. JOANA MENDES, *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, cit., pp. 456-469.

<sup>1518</sup> Cfr. JOANA MENDES, *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, cit., pp. 108-119 e 142-191, e “Participation and the role of law after Lisbon: a legal view on article 11 TEU”, *Common Market Law Review*, 48, 2011, pp. 1849-1878, salientando a importância do artigo 11.º do TUE no aprofundamento da participação dos interessados no procedimentos decisórios.

administrativos da UE<sup>1519</sup>. O *direito de ser ouvido* é, por vezes, reconhecido principalmente para destinatários das *decisões administrativas desfavoráveis* ou, de resto, para aqueles a quem essas *decisões lhes digam direta e individualmente respeito*. Como tal, o seu âmbito é limitado aos procedimentos que conduziram à adoção de decisões individuais. Mais raramente, registam-se alguns casos em que a participação dos particulares nos procedimentos decisórios da União Europeia assumiu uma dimensão *objetiva* (por exemplo, o caso *Technische Universitaet Muenchen* de 1992; os casos da participação dos parceiros sociais ao abrigo dos artigos 153.º a 155.º do TFUE já afluídos; e as contribuições de particulares para a elaboração de *Livros Verdes*). Todavia, neste campo, é, ainda, longo o caminho a trilhar para se alcançar o paradigma de um direito administrativo europeu alicerçado não apenas na garantia dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, como no pleno reconhecimento da oferta de colaboração pelos interessados nos procedimentos decisórios das instituições e agências europeias. Essa abordagem jurídica restritiva de direitos de participação procedimental contrasta com o aumento do recurso à participação na governança da UE. O estudo de JOANA MENDES<sup>1520</sup>, propõe, justamente, o aprofundamento de formas de participação procedimental e um reconhecimento mais amplo dos direitos de participação dos interessados, contribuindo para colmatar a distância entre a configuração de participação na *esfera política*, por um lado, e no âmbito *jurídico-administrativo*, por outro. Além disso, observa-se uma grande heterogeneidade e dispersão da regulamentação das formas de participação dos interessados. Estas diferem muito, dependendo do tipo de poderes de que dispõe a agência europeia: os procedimentos podem estar disciplinados no regulamento que criou a agência (no caso das marcas europeias, por exemplo, já que a agência tem poderes decisórios finais; no caso da participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente, contemplada na Diretiva n.º 2003/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de maio, transposta para o ordenamento português pelo Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de junho), ou no regulamento fundador, que pode determinar apenas obrigações gerais de participação e transparência, que depois são desenvolvidas pelas agências em regulamentos internos (o caso da agência de aviação).

Não falta, por isso, quem ligue o problema da efetividade princípio da participação dos particulares na atividade administrativa europeia à reflexão sobre a necessidade de um *Código de Procedimento Administrativo Europeu* e à revisão do conceito de ato administrativo comunitário, sobretudo quando em causa estão *procedimentos compósitos* (procedimentos administrativos multinível caracterizados por intervenções de sujeitos de diferentes jurisdições, no quadro de uma cooperação vertical, entre instituições e organismos da UE e dos Estados membros, horizontal, entre instituições e organismos dos Estados membros, ou mista)<sup>1521</sup>. Segundo JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, a noção de procedimento administrativo europeu deixa de se referir apenas às normas procedimentais relativas à execução direta da União pela administração europeia (*stricto sensu*) e aos procedimentos nacionais desenvolvidos aquando da aplicação do direito da União, para incluir também os procedimentos compósitos ou complexos resultantes da interpenetração entre esta administração e as administrações

---

<sup>1519</sup> G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., pp. 17-18, menciona que a jurisprudência europeia acentua a preponderância, em inúmeros arestos, das ideias de *contraditório* e de *direito de defesa* (“perfil garantístico da participação”).

<sup>1520</sup> *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, cit., *passim*.

<sup>1521</sup> Cfr. JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Agências Reguladoras Europeias*, cit., pp. 52-61.

nacionais. É fundamentalmente neste âmbito que se discutem as vantagens ou desvantagens inerentes à adoção de um Código de Procedimento Administrativo europeu, designadamente em matéria de transparência e unidade de ação administrativa, de uniformidade nas garantias procedimentais, de aprofundamento da participação procedimental (*uti singuli* e *uti cives*), de acesso à informação, de proteção de dados, de defesa da legalidade, etc.<sup>1522</sup>.

### 39.2.3.2. Participação preventiva e participação sucessiva

Quanto aos *momentos* em que a participação procedimental pode ocorrer, observa-se que a mesma nem sempre se esgota episodicamente, na medida em que tanto se pode articular em diferentes fases procedimentais (no mesmo procedimento administrativo), como entrelaçar em procedimentos distintos, em consonância com a ideia de que não existe apenas um procedimento administrativo, mas vários procedimentos administrativos.

Na primeira hipótese, durante o andamento e a marcha do procedimento, pode suceder uma *participação preventiva*, que se materializa antes da elaboração de um projeto de decisão, e uma *participação sucessiva*, que se concretiza após a existência desse projeto, variando a sua efetivação consoante estejamos diante de procedimentos que têm em vista a

---

<sup>1522</sup> Cfr., também, os textos das Conferências RENEUAL de 19 e 20 de maio de 2014, Brussels (*ReNEUAL Conference on EU administrative procedures*), com contributos de JACQUES ZILLER, ULRICH STELKENS e JOANA MENDES.

Por outro lado, no direito europeu, cumpre, ainda, destacar a existência de instrumentos de *participação individual*, como o “direito de petição” (artigo 227.º do TFUE e artigo 44.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), e *coletiva*, como o “direito de proposta de iniciativa popular” (artigo 11.º, n.º 4, do TFUE) – cfr., sobre o seu significado e alcance, MARIA LUÍSA DUARTE, *O direito de petição: cidadania, participação e decisão*, Coimbra, 2008. As preocupações com a qualidade e a simplificação dos instrumentos de direito da União, bem como as obrigações de *publicitar* (artigo 297.º do TFUE) e de *motivar* (artigo 296.º do TFUE) *os atos comunitários*, inserem-se na preocupação mais ampla de garantir a *transparência* da vida institucional e jurídica da União e, assim, incrementar a legitimidade e eficácia do processo decisório europeu. Também a regra da *publicidade* dos debates parlamentares (artigo 103.º, n.º 2, do Regimento Interno do Parlamento Europeu, sendo, em princípio, as reuniões das comissões do Parlamento públicas) ou até do Conselho, ao agir nas vestes de legislador (artigos 5.º, n.º 1, e 7.º, n.º 1, do Regulamento Interno do Conselho), visa contribuir para a democraticidade da União, aprofundando a responsabilidade das instituições, através da participação dos cidadãos no processo decisório. Na mesma linha, em princípio, é reconhecido aos cidadãos da União e às pessoas singulares ou coletivas que residam ou tenham a sua sede social num Estado-Membro o *direito de acesso aos documentos das instituições europeias*, em todos os domínios de atividade da União Europeia [artigo 15.º do TFUE e artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão]. O processo decisório das agências europeias encontra-se vinculado, embora em grau variável, por rigorosas exigências de transparência (artigos 22.º, n.º 7, e 38.º, do Regulamento EFSA e artigo 12.º do Regulamento ENISA), designadamente em sede do *direito (subjetivo) de acesso aos documentos*, expressamente alargado a estes organismos após a revisão do Tratado de Lisboa (artigos 15.º, n.º 3, do TFUE e 42.º da CDFUE) e condição essencial do *direito (fundamental) a uma boa administração* (artigo 41.º da CDFUE).

adoção de *atos ou de regulamentos administrativos*<sup>1523</sup>. Como veremos seguidamente, no que respeita à participação dos cidadãos, prevê o CPA duas modalidades fundamentais: a *audiência dos interessados* (artigos 100.º e 121.º e segs., respetivamente, em matéria de procedimento de regulamento e de ato administrativo) e a *consulta pública* (artigo 101.º), estabelecendo-se, em correspondência, uma distinção entre *participação individual* e *participação coletiva*.

Como referimos, embora a relevância do procedimento seja, sobretudo, focada pela perspectiva do ato administrativo, o mesmo assume importância capital no domínio dos *regulamentos administrativos*, tendo o novo Código do Procedimento Administrativo aprofundado a disciplina procedimental e material dos regulamentos administrativos, consagrando diversas disposições inovatórias [Título II da Parte III (artigos 97.º-101.º) e Capítulo I da Parte IV (artigos 135.º-147.º)]<sup>1524</sup>. Deste modo, o novo CPA introduziu nos

---

<sup>1523</sup> Em determinados domínios jurídicos, é a própria Constituição que prevê a *participação dos interessados em procedimentos normativos*: assim sucede, nos termos do n.º 5 do artigo 65.º da Constituição, que garante aos interessados a *participação na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território*; ou, nos termos da alínea d) do n.º 5 do artigo 54.º e da alínea a) do n.º 2 do artigo 56.º da CRP, a *participação das comissões de trabalhadores e das associações sindicais* na “elaboração da legislação do trabalho”, que abrange, igualmente, a participação também em diplomas regulamentares que contenham decisões inovadoras ou substantivas sobre aspetos relacionados com os trabalhadores – cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, I, cit., p. 725.

<sup>1524</sup> No momento da instrução, que envolve os diversos atos destinados à identificação e comparação dos vários interesses afetados e ao estudo das questões em causa, elabora-se o *projeto de regulamento* (correspondente ao articulado) e a respetiva nota justificativa, que contém a fundamentação jurídica das posições adotadas. É inovador o artigo 99.º, ao impor que, da nota justificativa do projeto de regulamento, conste uma ponderação dos *custos e benefícios* das medidas projetadas. Apesar de os artigos 100.º e 101.º aludirem apenas à *audição* sobre o projeto de regulamento ou à *consulta pública* do projeto de regulamento, respetivamente, a doutrina vem entendendo que tal referência não envolve apenas o articulado do diploma (projeto *stricto sensu*), mas também a respetiva nota justificativa, podendo o órgão optar por elaborar notas justificativas diferentes (mas coerentes entre si) em função dos destinatários em causa e dos planos em que decorrem – assim, cfr. ANA RAQUEL MONIZ, “Procedimento Regulamentar”, cit., pp. 419-436.

Outro aspeto que importa, também, analisar neste domínio diz respeito ao problema de saber se os particulares detêm um *poder de iniciativa* no procedimento de elaboração (ou de alteração e revisão) de regulamentos administrativos, mais especificamente, o poder de apresentar aos órgãos administrativos competentes propostas de elaboração de regulamentos, em termos de os mesmos terem o dever de sobre elas decidir, aprovando-as ou rejeitando-as. A resposta a este quesito é, em termos gerais, negativa. De facto, a lei geral do procedimento administrativo atribui aos entes administrativos que detêm a *potestas* normativa o monopólio da iniciativa da elaboração, alteração e revogação de regulamentos, sendo, por isso, estes instrumentos de iniciativa exclusivamente pública. Quer isto significar que a elaboração dos mesmos há-de passar sempre por uma iniciativa e por um juízo de avaliação por parte dos órgãos administrativos (vai neste sentido o artigo 98.º, n.º 1, do CPA, ao estatuir que “o início do procedimento é publicitado na Internet, no sítio institucional da entidade pública, com a indicação do órgão que decidiu desencadear o procedimento...”). Os procedimentos de elaboração de regulamentos são, em geral, sempre procedimentos *ex officio* e não procedimentos que possam ser desencadeados também pelos particulares, como sucede em vários procedimentos administrativos (artigo 53.º do CPA). A participação dos interessados apenas poderá ocorrer num momento em que já haja sido desencadeado o procedimento de elaboração ou alteração do regulamento,

artigos 97.º a 101.º regras gerais sobre o *procedimento de feitura* de regulamentos administrativos que, em grande medida, têm que ver com o aumento dos direitos de participação dos destinatários das normas naqueles procedimentos regulamentares. Sem prejuízo da previsão de procedimentos especiais em alguns diplomas, no que toca aos momentos em que se efetiva a participação preventiva e sucessiva, o CPA já não se limita a remeter para legislação especial a disciplina desta matéria, impondo um modelo de participação<sup>1525</sup>. Por essa razão, convém atender aos requisitos da *publicitação* do procedimento do regulamento (artigo 98.º). Nos termos do artigo 98.º, n.º 1, do CPA, o *início do procedimento* é publicitado na Internet, no sítio institucional da entidade pública,

---

não existindo, entre nós, um direito de iniciativa popular. Deste modo, a iniciativa do procedimento regulamentar reveste carácter oficioso.

O que acaba de ser referido não impede que os particulares possam apresentar, ao abrigo do artigo 97.º do CPA, aos órgãos competentes *petições*. A consagração específica do *direito de petição* em matéria de regulamentos (os interessados podem apresentar, nos termos do artigo 97.º, aos órgãos competentes *petições fundamentadas*, em que solicitem a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos) merece especial referência, resultando da sua apresentação para os referidos órgãos o *dever de informar* os particulares do destino dado a tais *petições*, bem como dos fundamentos da posição que adotar em relação a elas. Contudo, tais *petições* não se traduzem no reconhecimento aos particulares de uma qualquer iniciativa procedimental. São, antes, perspectivadas como instrumentos de convencimento da administração das vantagens da elaboração, alteração e revogação de um regulamento, a qual está sempre dependente da formulação de um juízo de oportunidade a levar a cabo pelos órgãos administrativos competentes.

Num outro nível (mais intenso) situa-se a apresentação pelos interessados aos órgãos administrativos competentes de propostas contratuais prévias à tramitação do procedimento regulamentar. Genericamente, não existe nenhum obstáculo legal a que o órgão administrativo competente, no âmbito de uma negociação com os particulares, lhes reconheça a possibilidade de apresentarem “propostas” de elaboração de regulamentos, os quais podem ser, inclusive, acompanhadas de um projeto de regulamento. Só que essas “propostas”, que visam, como veremos, a celebração de um *contrato relativo a normas (Normbezogene Vertrag)* ou, concretamente, de um *contrato sobre o exercício do poder regulamentar (Normsetzungsvertrag)*, não são consideradas como atos propulsivos do procedimento de elaboração de regulamentos, mas tão-só como antecedentes próximos do respetivo procedimento de formação (*contratos prévios à tramitação do procedimento*). Nem podem as mencionadas “propostas” assumir qualquer limite ao poder de iniciativa da administração pública e à sua decisão de abertura (ou não abertura) do procedimento, que são prerrogativas exclusivas e poderes irrenunciáveis da administração.

<sup>1525</sup> Não era assim tão claro na anterior versão do CPA, uma vez, remetendo os artigos 117.º e 118.º do CPA para os “termos definidos em legislação própria”, poder-se-ia duvidar da aplicabilidade direta das normas constantes dos artigos 117.º e 118.º. Ainda assim, ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., pp. 164-165, defendia, na anterior versão do texto do CPA, que o facto de o Código não impor um modelo de participação específico, tal não prejudicaria o exercício deste direito pelos cidadãos nos procedimentos regulamentares. Por outras palavras, a circunstância de os artigos 117.º e 118.º não serem diretamente aplicáveis não poderia constituir pretexto, na visão da Autora, para um *défice* nas garantias procedimentais dos interessados. Com efeito, a remissão “efetuada para outra legislação não precludia, de forma alguma, as exigências (constitucionais) dirigidas a assegurar a participação dos cidadãos nas decisões (*lato sensu*) que lhes disserem respeito”, motivo pelo qual, ainda quando a legislação especial o não previsse, haveria que respeitar, por força dos princípios constitucionais da atividade administrativa, a participação dos interessados no procedimento de formação de regulamentos. O n.º 5 do artigo 267.º da CRP “cria um *direito de participação* (que não necessariamente de audiência) também no procedimento regulamentar”. Tal entendimento foi acolhido na nova versão do CPA, que eliminou a “remissão para a legislação especial” nesta matéria, não havendo, agora, que duvidar-se da aplicabilidade direta dos artigos 100.º (audiência dos interessados) e 101.º (consulta pública).

com a indicação do *órgão que decidiu desencadear o procedimento*, da *data* em que o mesmo se iniciou, do seu *objeto* e da *forma como se pode processar a constituição como interessados* e a *apresentação de contributos* para a elaboração do regulamento. É através dessa comunicação que os interessados tomam conhecimento da pendência de um procedimento no qual podem intervir para representar o seu ponto de vista. Segundo o disposto no n.º 2 do citado preceito normativo, quando as circunstâncias o justificarem, podem ser estabelecidos os termos de acompanhamento regular do procedimento por acordo endoprocedimental com as associações e fundações representativas dos interesses envolvidos e com as autarquias locais em relação à proteção de interesses nas áreas das respetivas circunscrições (*infra*, 46.4.1.).

Em matéria de procedimento regulamentar, os artigos 100.º e 101.º consagram, respetivamente, o procedimento de *audiência dos interessados* (a estabelecer um dever de audição quando o regulamento contenha disposições que afetem, de modo direto e imediato, direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos) e o procedimento de *consulta pública* (a implicar a publicidade do projeto de regulamento, a fim de que os interessados apresentem, dentro de um prazo de trinta dias, as suas sugestões por escrito). Assim, para além das hipóteses em que o projeto de regulamento é submetido a *consulta pública* para recolha de sugestões, prevê-se no artigo 100.º, n.º 1, a *audiência dos interessados* quando estejamos na presença de *regulamentos que contenham disposições que afetem de modo direto e imediato* direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Relativamente aos “interessados” que se tenham constituído como tal no procedimento administrativo regulamentar, a audiência realiza-se segundo o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 100.º e respeitando os prazos previstos nos artigos 122.º e 123.º. A realização da mesma pode ser *dispensada* com fundamento nos n.ºs 3 e 4 do artigo 100.º: apenas por razões de *urgência* na elaboração do regulamento, razões que se prendam com o *elevado número de interessados*, quando seja *razoavelmente de prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade do regulamento*, ou quando os *interessados já se tenham pronunciado* no procedimento sobre as questões que importam à decisão.

O discurso na generalidade sobre as diversas formas de participação dos cidadãos no procedimento administrativo constitui uma matéria complexa, atentos os diversos momentos procedimentais em que a mesma pode ocorrer. A audiência dos interessados e a consulta pública consubstanciam, em princípio, formas de participação sucessiva, mas nada impede que, se os interessados puderem logo imediatamente apresentar sugestões e observações, se verifique uma participação preventiva. No que respeita à previsão das modalidades de participação dos privados em procedimentos regulamentares especiais, o procedimento regulamentar desenrolado no seio da *Autoridade Nacional de*

*Comunicações* [artigos 7.º, n.º 1, *d*), 9.º, n.º 2, *h*) e 10.º dos Estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março] apresenta-se como um misto do procedimento de *audiência dos interessados* e do *procedimento de apreciação pública*, nomeadamente no âmbito da introdução de novos serviços ou tecnologias. Já no domínio do direito do urbanismo, o procedimento de *apreciação pública* é concretizado, por exemplo, no artigo 3.º, n.º 3, do RJUE, à luz do qual os projetos de regulamentos municipais de urbanização e de edificação e de regulamentos relativos ao lançamento das taxas devidas pela realização de operações urbanísticas são submetidos a apreciação pública, por prazo não inferior a trinta dias, antes da sua aprovação pelos órgãos municipais.

Nos procedimentos de elaboração destes instrumentos de planeamento territorial, é possível, é possível distinguir, com rigor analítico, a *participação preventiva* da *participação sucessiva*. Assim, relativamente aos *momentos da participação*, distingue-se uma participação que tem lugar logo após a divulgação da decisão ou deliberação de elaboração do plano urbanístico, ou, pelo menos, durante a elaboração da proposta de plano – modalidade participativa que vai buscar inspiração ao instituto do direito alemão da “participação preventiva dos cidadãos” (*vorgezogene Bürgerbeteiligung*) ou da “participação tempestiva dos cidadãos” (*frühzeitige Bürgerbeteiligung*) –, bem como uma participação que versa sobre a proposta do plano, por via de regra, no período de discussão pública da mesma – participação esta que, na esteira da doutrina alemã, podemos apelidar de “participação sucessiva ou formal” (*förmliche Bürgerbeteiligung*)<sup>1526</sup>.

A distinção, quanto ao *momento*, no contexto do procedimento administrativo, em que a participação dos cidadãos tem lugar é particularmente nítida no domínio do procedimento de elaboração dos instrumentos de gestão territorial, *maxime* no procedimento de elaboração dos planos territoriais dotados de eficácia *plurisubjetiva*: os planos intermunicipais de ordenamento do território (que abrangem planos diretores intermunicipais, os planos de urbanização intermunicipais e os planos de pormenor intermunicipais) e os planos municipais de ordenamento do território – cfr. artigos 42.º e 43.º da LBPSOTU e 3.º, 6.º e 61.º a 144.º do RJIGT.

De facto, a lei é clara no sentido de que a participação pode ter lugar em qualquer fase do procedimento dos instrumentos de gestão territorial (sejam programas ou planos, na terminologia decorrente da nova LBPSOTU ou do novo RJIGT), vincando a obrigação das entidades públicas divulgarem a decisão de desencadear o procedimento de elaboração (ou de alteração e revisão) dos instrumentos de gestão territorial, com identificação dos objetivos a prosseguir, para que todos os cidadãos possam, desde logo, apresentar sugestões e observações sobre as opções a consagrar nos mesmos. Significa isto que a *participação preventiva* dos cidadãos é possível em todos os tipos de instrumentos de gestão territorial, como resulta, desde logo, do artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, *a*), do RJIGT e dos artigos 4.º, n.º 1, e 5.º da Lei n.º 83/95.

Mas a *participação preventiva* dos cidadãos no procedimento de elaboração dos instrumentos de gestão territorial assume uma particular relevância no procedimento de elaboração dos planos intermunicipais e municipais de ordenamento do território (a disciplina dos primeiros é, nas suas linhas

---

<sup>1526</sup> Cfr. F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, Coimbra, 2008, pp. 460-462, e *O Plano Urbanístico*, cit., pp. 262-264; S. COGNETTI, *La Tutela delle Situazioni Soggettive tra Procedimento e Processo*, cit., pp. 14-15 e 77; e G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., pp. 5-6.



essenciais, idêntica à dos segundos, como decorre da remissão dos artigos 110.º, n.º 2, e 114.º do RJIGT). Assim, o artigo 76.º, n.º 1, do RJIGT prescreve que a elaboração dos planos municipais compete à câmara municipal, sendo determinada por deliberação, a publicar no Diário da República e a divulgar através da comunicação social, da plataforma colaborativa de gestão territorial e no sítio da Internet da câmara municipal, que estabelece os respetivos prazos de elaboração e o período de participação. E o n.º 3 do mesmo preceito estatui que, naquela deliberação, deve a câmara municipal definir a oportunidade e os termos de referência dos planos de urbanização e dos planos de pormenor, sem prejuízo da posterior intervenção de outras entidades públicas ou particulares. Ainda relativamente aos planos municipais de ordenamento do território, o artigo 88.º do RJIGT, preceitua, no seu n.º 1, que, durante a elaboração dos planos municipais, a câmara municipal deve facultar aos interessados todos os elementos relevantes para que estes possam conhecer o estágio dos trabalhos e a evolução da tramitação procedimental, bem como formular sugestões à autarquia e à comissão consultiva. E, no seu n.º 2, estatui que “a deliberação que determina a elaboração do plano estabelece um prazo, que não deve ser inferior a 15 dias, para a formulação de sugestões e para a apresentação de informações sobre quaisquer questões que possam ser consideradas no âmbito do respetivo procedimento de elaboração”.

Por sua vez, a *participação sucessiva* tem lugar uma vez concluída a proposta do plano e tem como momento privilegiado o período de *discussão pública*, durante o qual todos os interessados podem formular *reclamações, observações, sugestões e pedidos de esclarecimento* sobre um documento – a proposta do plano – que antecipa, em certa medida, aquilo que ele virá a ser. Com a participação sucessiva, os cidadãos procuram criticar ou sugerir alterações a prescrições que, com um certo grau de probabilidade, virão a fazer parte do conteúdo do plano. Elas incidem sobre um documento que constitui, em certa medida, uma antevisão do que virá a ser o plano. O legislador regula, de modo detalhado, entre outros aspetos, a publicitação do período de discussão pública, a duração do mesmo, a indicação das eventuais sessões públicas a que haja lugar e dos locais onde se encontra disponível a proposta do plano, o respetivo relatório ambiental, o parecer final, a ata da comissão consultiva, os demais pareceres emitidos e os resultados da concertação e, bem assim, a forma como os interessados podem apresentar as suas reclamações, observações ou sugestões (cfr. o artigo 89.º do RJIGT).

Refira-se, por último, que, na atividade de elaboração, alteração ou revisão de planos intermunicipais e municipais, o chamamento ao procedimento de cidadãos interessados num correto e harmonioso ordenamento urbanístico revela-se mais amplo do que aquela que decorre da tutela de interesses e posições jurídicas individuais, abrangendo portadores de interesses ideais, sociais e coletivos. Além disso, a previsão legal de um momento de participação preventiva que tem lugar *logo após a divulgação da decisão ou deliberação de elaboração do plano*, ou, pelo menos, durante a elaboração da proposta do plano, acentua a dimensão *objetiva* da participação, ou seja, permitindo carrear valorações, alternativas e contributos relevantes para a decisão administrativa. Esta intervenção dos interessados no procedimento de planificação é anterior à ponderação dos interesses por parte da administração e à existência de uma proposta de plano, sendo mais eficaz do que a participação sucessiva, a qual, visto que tem lugar uma vez concluída a *proposta* do plano (tendo como momento privilegiado o período de *discussão pública*), ocorre, muitas vezes, demasiado tarde no procedimento de planeamento, numa ocasião em que é difícil pôr em causa as escolhas iniciais. Desta forma, sustenta S. COGNETTI que a

participação, muito mais do que um meio de tutela através do procedimento, surge como um verdadeiro “instrumento destinado a racionalizar os critérios de orientação da atividade planificadora”<sup>1527</sup>, que se desenvolve de acordo com um programa ou uma ordenação procedimental fixada.

### **39.2.3.3. Participação dialógica e participação coconstitutiva. Participação-audição e participação-concertação**

Numa outra aceção, ainda no que respeita às *formas* da participação procedimental, distingue-se a *participação dialógica* da *participação cooptativa ou coconstitutiva*. A participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações administrativas que lhes disserem respeito assume fundamentalmente uma de duas formas, em função da natureza dos efeitos de direito por ela produzidos: *participação coconstitutiva* e *participação dialógica*.

Seguindo de perto SÉRVULO CORREIA<sup>1528</sup>, a participação *dialógica* não põe em causa a exclusiva autoria administrativa do ato conclusivo da fase decisória do procedimento. A mesma reflete, antes, uma forma de intervenção do particular no procedimento administrativo que traduz a possibilidade do exercício de uma legítima influência sobre o sentido da decisão. Não obstante continuar a figurar como destinatário, e não co-autor, da conformação da relação jurídica administrativa, o particular dialoga com a administração no decurso da respetiva preparação, emitindo e recebendo, ao longo do procedimento, comunicações informativas, valorativas e programáticas que influenciam a aquisição, valoração, ponderação e qualificação jurídica de factos e interesses de onde resultará em termos lógicos o sentido da decisão. Deste modo, através da participação dialógica, visa-se carrear elementos ou fornecer informações para uma mais esclarecida avaliação dos factos e interesses em presença, elementos e informações que devem ser tidos em conta pelos órgãos administrativos, sem prejuízo de os particulares continuarem a figurar como os destinatários das decisões administrativas.

---

<sup>1527</sup> *La Tutela delle Situazioni Soggettive tra Procedimento e Processo*, cit., p. 14. No direito português, sobre a *participação preventiva* e *sucessiva* no procedimento de elaboração, alteração e revisão de planos urbanísticos, cfr. F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, cit., pp. 454-469; JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, cit., pp. 288-290. Cfr., ainda, o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 250-263, especificamente sobre o problema da participação preventiva e sucessiva no quadro da articulação entre o procedimento de formação de um contrato administrativo de planificação e o procedimento de elaboração de um plano urbanístico.

<sup>1528</sup> “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, cit., pp. 140-150.

Diferentemente, a participação é “*cooptativa*” ou “*coconstitutiva*” quando a vontade do particular tem, a par da vontade da administração, um papel gerador da constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídico-administrativa. Esta forma de participação pressupõe uma autêntica intervenção dos interessados no poder de decidir (constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas administrativas) e encontra-se polarizada na celebração de um *contrato administrativo* (v.g., contrato substitutivo de um ato administrativo). Admitindo-se que a administração pode decidir em termos finais por via contratual (artigo 127.º do CPA), logo se pode concluir que, se a proteção dos interessados contra o arbítrio fica já assegurada com a participação dialógica, é com a participação coconstitutiva que se materializam os contributos dos interesses carreados, desembocando a decisão administrativa numa forma contratual.

Próxima da terminologia proposta por SÉRVULO CORREIA, igualmente no que respeita ao *grau de intensidade ou de profundidade* da participação procedimental, é possível distinguir a *participação-audição* ou *participação-auscultação* e a *participação-negociação* ou *concertação*. O procedimento administrativo permite a participação dos interessados que nele encontram um meio de, legitimamente, tentar influenciar a administração a atuar no sentido que os favorece, seja por via da audiência prévia (artigo 121.º do CPA), seja pela junção de documentos e pareceres ou pelo requerimento das diligências de provas que se revelem úteis para o esclarecimento de factos (artigo 116.º do CPA). Desta forma, os interessados têm, no procedimento, um espaço para exporem os seus pontos de vista e, sobretudo, para fornecer as suas perceções sobre o próprio interesse público.

A *participação-audição* ou a *participação-auscultação* caracteriza-se pela ideia de que a órgão administrativo, antes de tomar decisões unilaterais, deve ouvir e consultar os particulares<sup>1529</sup>. No exercício do direito de audiência nos procedimentos que visam a emanação de atos administrativos, os interessados podem pronunciar-se sobre todas as questões com interesse para a decisão, em matéria de facto e de direito, bem como requerer

---

<sup>1529</sup> Classicamente, no direito económico, utilizava-se a *técnica da representação de interesses*. Tratava-se de, na expressão de ANDRÉ DE LAUBADÈRE/PIERRE DELVOLVÉ, ouvir, espontaneamente ou em órgãos consultivos, “*les gens du métier*”, a fim de colher as informações necessárias à ponderação dos interesses em jogo inerentes à tomada das decisões e de criar um clima propício ao acolhimento das medidas autoritárias junto dos seus destinatários – cfr. *Droit Public Économique*, cit., pp. 380-397 e 474-480, referindo-se à proliferação de órgãos consultivos e de gestão, onde tomavam parte representantes das categorias profissionais ou sociais interessadas e representantes da administração pública. Por aqui se introduziu na administração económica a *técnica da representação de interesses* e a função da *auscultação*, considerando-se oportuno que os interesses profissionais pudessem ter audiência junto da administração, fazendo ouvir a sua voz, episódica ou esporadicamente, em momento prévio à tomada da decisão. Entre nós, sobre a *técnica da representação de interesses*, cfr. A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às formas”, cit., pp. 32-34.

diligências complementares e juntar documentos (artigo 121.º, n.º 2, do CPA). A audiência pode, também, ter como objetivo ouvir os interessados para obter as informações necessárias à correção das decisões e criar um clima propício ao acolhimento das medidas autoritárias junto dos seus destinatários<sup>1530</sup>.

---

<sup>1530</sup> No nosso ordenamento jurídico, a figura da audiência dos interessados (artigos 121.º a 124.º do CPA) é genericamente incorporada em diferentes tipos de procedimentos administrativos, constituindo uma das mais importantes faces de dois princípios gerais formalizados no CPA, o *princípio da colaboração da administração com os particulares*, consagrado no artigo 11.º, e o *princípio da participação na formação das decisões que lhes respeitem*, vertido no artigo 12.º. Como refração do princípio da democracia participativa, a *audiência prévia* dos particulares relativamente à tomada da decisão administrativa tem dignidade constitucional (artigo 267.º, n.º 5, da CRP). Aquele instituto traduz uma *participação-audição ou participação-auscultação*, que configura um *nível de intensidade* da designada participação procedimental. Do que se trata, no fundo, é de, no procedimento de formação, *ouvir, auscultar e consultar* o interessado antes da tomada da decisão administrativa unilateral, mas sem que daí resulte uma vinculação estrita do órgão administrativo a acolher as sugestões, observações ou propostas daquele. O que o direito de ser ouvido pressupõe é que a administração dê atenção, cura ou consideração ao ponto de vista expresso pelo destinatário do ato principal do procedimento, seja porque o órgão administrativo não está dotado de todas as informações necessárias à sua atuação – razão pela qual carecem as mesmas de ser complementadas pelas observações dos interessados –, seja porque o juízo administrativo é, em abstrato, falível perante as exigências de ponderação adequada das razões de facto e de direito subjacentes, tendo em vista a adoção de decisões formalmente corretas e/ou materialmente justas. Portanto, nas hipóteses de auscultação, a participação cristaliza-se na *audição e consulta* e respeita à tarefa de *preparação* de uma decisão administrativa final. Sobre este assunto, cfr. PEDRO MACHETE, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Universidade Católica, 1995, e, mais recentemente, “A Correlação entre a Relação Jurídica Procedimental e a Relação Substantiva”, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, cit., pp. 441-464.

Constituíra uma questão polémica relativa ao conteúdo do direito de audiência, suscitada por FREITAS DO AMARAL já em 1992 (*Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, cit., pp. 357-358), a de saber se o interessado era chamado a pronunciar-se apenas acerca da questão a decidir ou se, mais do que isso, deveria ser informado do sentido provável da decisão administrativa (favorável ou desfavorável) e das razões justificativas dessa previsível escolha. Com a reforma do CPA em 1996, o artigo 100.º, n.º 1, passou a prever que os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo “ser informados, nomeadamente sobre o sentido provável” da decisão, solução que confere real eficácia à participação e se encontra consagrada no atual artigo 121.º, n.º 1, do CPA. Por outro lado, a falta de audiência prévia dos interessados, nos casos em que seja obrigatória por lei, configura uma ilegalidade, por *preterição de uma formalidade essencial*. Questão problemática que aqui se coloca, precipuamente ligada com a *justfundamentalidade da participação*, é a de saber se, faltando a audiência prévia quando a mesma é legalmente obrigatória, o vício é gerador de *nulidade* ou de mera *anulabilidade*. No âmbito dos *procedimentos sancionatórios (disciplinar ou contra-ordenacional)*, mais do que a observância de um mero direito de audiência dos interessados, o cumprimento desta fase corresponde à concretização de um *direito de audiência e defesa*, que constitui um *direito, liberdade e garantia* (cf. artigos 32.º, n.º 10, e 269.º, n.º 3, da CRP). Só nestes casos o direito de audiência reveste a dignidade de direito fundamental constitucionalmente protegido (cf. artigos 32.º, n.º 10 e 269.º, n.º 3 da CRP), pelo que a sua preterição ofende ou viola o “conteúdo essencial de um direito fundamental”, configurando um vício de conteúdo e/ou de procedimento gerador de nulidade. Nos demais casos, entendemos que o direito subjetivo público de audiência prévia dos interessados não é um direito incluído no elenco dos direitos fundamentais (sob pena de uma verdadeira “banalização” do catálogo de direitos fundamentais), pelo que a falta de audiência produzirá mera anulabilidade. Defendendo já este sentido, na vigência do anterior CPA, cfr. FREITAS DO AMARAL, “Fases do procedimento decisório de 1.º grau”, *Direito e Justiça*, VI, pp. 31-32, e *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, cit., pp. 360-361, advertindo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo tem seguido esta orientação; e PEDRO MACHETE, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, cit., pp. 526-527. Contra, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, cit., pp. 155-159; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do Ato*

Em regra, concluída a instrução e possuindo, nesta altura, a administração os elementos que lhe permitem elaborar um projeto de decisão, os interessados têm direito a ser ouvidos sobre este (artigo 121.º, n.º 1, do CPA)<sup>1531</sup>. A audiência pode assumir a forma escrita (artigo 122.º, n.º 1, do CPA) ou oral (artigo 122.º, n.º 1, e 123.º do CPA), cabendo a decisão acerca da forma ao órgão instrutor (artigo 123.º, n.º 1, do CPA). Além das situações de urgência administrativa [artigo 124.º, n.º 1, *a*), do CPA], importa salientar que não há lugar a audiência dos interessados (*dispensa de audiência dos interessados*) quando seja razoavelmente de prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade da decisão [artigo 124.º, n.º 1, *c*), do CPA]; quando os interessados tenham solicitado o adiamento a que se refere o n.º 2 do artigo 123.º e, por facto imputável a eles, não tenha sido possível fixar-se nova data nos termos do n.º 3 do mesmo artigo [artigo 124.º, n.º 1, *b*), do CPA]; quando o número de interessados a ouvir seja de tal forma elevado que torne impraticável a realização da diligência [artigo 124.º, n.º 1, *d*), do CPA]; e sempre que a audiência dos interessados se revelar inútil, quer porque a finalidade prosseguida por esta diligência já foi atingida em momento anterior, quer porque os elementos constantes do processo permitem concluir por uma solução favorável aos interessados [artigo 124.º, n.º 1, *e*) e *f*), do CPA].

A audiência constitui o momento em que a administração ouve os destinatários do ato principal do procedimento e os afetados por esse ato que se tenham personalizado no procedimento, desde que determinados ou determináveis, ou as entidades representativas dos interesses afetados. Contudo, deve sublinhar-se que a intervenção dos particulares não tem de se esgotar na *audiência*, uma vez que os mesmos dispõem da faculdade de *delimitar o seu próprio espaço de intervenção procedimental*, podem *negociar e dialogar* com a administração e *conformar o conteúdo* do ato final do procedimento<sup>1532</sup>. Na nova

---

*Administrativo Perdido*, cit., pp. 429-432; DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*, cit., pp. 140-147; MIGUEL PRATA ROQUE, “Ato nulo ou ato anulável? A jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 78, Novembro/Dezembro 2009, pp. 17-32; e LUÍSA CRISTINA PINTO E NETTO, *Participação administrativa procedimental - natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*, Editora Fórum, 2009, p. 83.

<sup>1531</sup> O artigo 121.º, n.º 1, do CPA eliminou a expressão “concluída a instrução”, que figurava no anterior artigo 100.º, n.º 1, do CPA, desde logo, por razões de clareza sistemática, porquanto o artigo 59.º desse mesmo diploma abria a possibilidade de, em qualquer fase do procedimento, os órgãos administrativos ordenarem a notificação dos interessados para, dentro de um determinado prazo, se pronunciarem sobre qualquer questão.

<sup>1532</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 843, sustenta que o próprio direito geral de audiência prévia dos interessados “poderá servir de fonte dos acordos endoprocedimentais substitutivos do projeto de conteúdo de decisão unilateral apresentado pela administração para efeitos de audiência prévia: as observações tecidas pelos particulares ao projeto de decisão unilateral podem determinar uma reflexão do órgão decisor, preferindo contar com a colaboração dos destinatários por via de um acordo, em vez de impor uma solução cuja execução seria difícil ou menos satisfatória do interesse público”.

regulamentação do CPA, merece realce a previsão da possibilidade da celebração de *acordos endoprocedimentais* no artigo 57.º. Através destes, os sujeitos da relação jurídica procedimental podem convencionar termos do procedimento que caibam no âmbito da discricionariedade procedimental ou o próprio conteúdo da decisão a tomar a final, dentro dos limites em que esta possibilidade é legalmente admitida. Igualmente, a aposição de certas cláusulas acessórias ao ato administrativo e a figura das promessas administrativas (*Zusicherung*) alargam as possibilidades de configuração jurídica ao dispor da administração e podem traduzir a integração no procedimento administrativo de um propósito de negociação ou a adoção de uma regulação jurídica de tipo consensual.

Em todos estes casos, a participação procedimental dos interessados atinge o grau ou o nível de intensidade de *participação-negociação/concertação*. Esta traduz-se num método de troca de pontos de vista, de informações e de negociação entre a administração e os interessados, com vista a tentar discernir em comum uma linha de conduta. Não se satisfaz em permitir aos interessados fazer ouvir a sua voz sobre um determinado projeto de decisão, antes procura, de um modo mais permanente e profundo, o ajuste e a conformação do conteúdo da decisão ou do ato final do procedimento, desta forma produzindo-se uma base de entendimento quanto ao sentido da decisão e às formas da sua execução ou implementação<sup>1533</sup>.

Isto mostra que a *participação-negociação* ou *concertação* diz respeito à participação “na decisão de fundo”, visando influenciar o sentido da decisão ou deliberação final. Como ensina J. BAPTISTA MACHADO, o “*quid specificum*” da concertação está, pois, no *processo dinâmico, bilateral e iterativo da negociação*, não no ato jurídico que dele brota<sup>1534</sup>. A *participação-negociação* ou *concertação* entre a administração e os

---

<sup>1533</sup> S. FANTINI, “La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative”, cit., pp. 83-118, enfatiza a importância da participação coconstitutiva endoprocedimental, através da qual os interessados intervêm na formação de decisões administrativas que lhes dizem respeito, já que a administração permite que entre em jogo o *diálogo* e a *concertação* na tomada de uma decisão que continua a ser da sua exclusiva responsabilidade. Para tanto, indissociáveis da participação-concertação são as ideias de *parte* na relação jurídica administrativa e de *justa ponderação* das sugestões e formulações do interessado, as quais reclamavam “a abertura da decisão administrativa aos participantes sociais, sem, todavia, aquela se poder dissolver na prossecução dos seus interesses” – cfr. M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, cit., p. 2.

<sup>1534</sup> Nota prévia à sua tradução para português de *Einführung in das Juristische Denken*, de Karl Engisch – *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., pp. VII-LXIV. A *concertação* diz respeito à “*Handlung*” – não ao “*Akt*” – da ação administrativa (cfr. KATJA LEHR, *Staatliche Lenkung durch Handlungsformen*, cit., pp. 7-13). Escreve, por isso, A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às formas de concertação social”, cit., pp. 33-34, que o momento marcante e decisivo da *concertação* vem a ser, no fim de contas, “a negociação ou ajuste entre a autoridade pública e os particulares”, em virtude do interesse na descoberta de uma solução reciprocamente aceitável para um problema comum: na concertação administrativa “relewa, em rigor, não o conteúdo da decisão ou os seus efeitos jurídicos, mas o modo ou o processo de formação dela”, pelo que “falar em concertação é falar no *agere* ou *negotium*, não é falar no *actus* ou *instrumentum*”.

interessados envolve um “método flexível de administrar”<sup>1535</sup>, que se traduz numa negociação entre a administração e os particulares interessados com vista a criar previsibilidade sobre a atuação administrativa (v.g., condições propícias para a realização de investimento privado) ou como forma de minimizar eventuais reações negativas às decisões ou potenciais conflitos de interesses (v.g., transações fiscais ou acordos de fixação de factos). Mas, tratando-se de uma participação-concertação dos interessados sobre o conteúdo das decisões ou deliberações administrativas, a vontade do particular, a par da vontade da administração, pode desempenhar um papel gerador da constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídico-administrativa, refletindo a elaboração em comum do sentido e objetivos inerentes à decisão. Nesse caso, a ação administrativa atinge a forma contratual, podendo desembocar assim na celebração de um *contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos*<sup>1536</sup>.

O que vem de dizer-se não pode deixar de nos obrigar a refletir sobre o tipo de *discurso jurídico legitimador* inerente à participação-negociação ou concertação, quando induzida pelo poder público. Isto porque se encontra na disponibilidade da administração e, por seu intermédio, dos agentes e funcionários públicos, a criação de um efetivo espaço de negociação e de troca de informação recíproca – um espaço livre de desconfiança, isento dos efeitos coativos e independente da posição de autosuficiência de uma das partes, que pretende à partida a submissão do seu parceiro a um qualquer *Diktat*<sup>1537</sup>. Por essa razão, é de dizer com A. BARBOSA DE MELO, que apenas se logrará uma efetiva negociação quando “perante a divergência dos pontos de vista iniciais, ambas as partes hão-de empenhar-se de boa fé em chegar a um ponto de vista comum, através da discussão racional, de argumentos pró e de argumentos contra e mudando, se necessário e possível, as ideias e opiniões que se forem sucessivamente fazendo ao longo do processo”<sup>1538</sup>.

---

<sup>1535</sup> Cfr. M. D’ALBERTI, “La concertazione fra costituzione e amministrazione”, *Quaderni costituzionali*, 1999, n.º 2, p. 494; e GUIDO MELONI, “Le partecipazione dei cittadini all’amministrazione”, *Democrazia e amministrazione*, cit., p. 246.

<sup>1536</sup> É, também, essa a visão de L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., p. 944, para quem o “acordo procedimental expressa a participação direta da vontade de sujeitos distintos da administração (privados) no resultado do exercício de poderes administrativos. O *quid novum* desta forma alternativa de atividade administrativa radica justamente no facto de a vontade dos cidadãos contribuir diretamente, como tal, para estabelecer os termos e as condições das relações jurídico-administrativas concretas”.

<sup>1537</sup> Para os paladinos da negociação ROGER FISHER e DANIEL SHAPIRO, *Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate*, Penguin, 2005, o risco de se ignorar os interesses centrais das partes envolvidas num processo de negociação pode ampliar as probabilidades de abandono/desistência de projetos credíveis e de qualidade comprovada ou então gerar tanta rigidez na propositura das condições contratuais ao ponto de inviabilizar o contrato celebrado. Cfr., também, ROGER FISHER/WILLIAM L. URY/BRUCE PATTON, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Penguin, 2011.

<sup>1538</sup> “Introdução às formas de concertação social”, cit., p. 32.

Uma negociação lograda terminará num acordo, consenso ou entendimento entre os sujeitos da relação jurídica procedimental, dependendo da específica intencionalidade e racionalidade discursivas mobilizadas. Concretamente, o exercício da participação-negociação é informado ou animado por uma *racionalidade argumentativa*, já que é aquela que promove uma estrutura de diálogo entre as partes, permite ponderar, ordenar e contrabalançar interesses, possibilita adequar meios disponíveis aos fins (eficiência e otimização da ação administrativa) e, por fim, mobilizar soluções mais justas e flexíveis na decisão dos casos concretos.

### **39.2.3.3.1. O problema do contrato que tem por objeto regular os termos do exercício do poder público por ato administrativo**

Vimos que, enquanto predeterminação normativa do comportamento decisório da administração, o procedimento administrativo fixa regras sobre a intervenção dos sujeitos da relação jurídica procedimental, designadamente, quanto aos órgãos administrativos, regras de competência e de ação e, quanto aos interessados, regras que incidem sobre a participação e a legitimidade de intervenção no procedimento.

Situado num plano de participação procedimental, em regra na fase constitutiva ou decisória<sup>1539</sup>, apresenta-se o *contrato que tem por objeto regular os termos do exercício do poder público por ato administrativo*. Através da conclusão de acordos procedimentais (substitutivos ou obrigacionais), a administração chama os interessados a colaborar na definição ou redefinição do conteúdo da decisão administrativa, tomando em consideração as observações e propostas dos interessados.

---

<sup>1539</sup> Integrando-o *tipicamente* na fase decisória ou constitutiva (“*fase decisoria negoziata*”), cfr. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., pp. 404-405. Sobre as fases procedimentais em que podem ser celebrados os *accordi amministrativi* no direito italiano, admitindo-se que o próprio direito geral de audiência prévia dos interessados possa servir de fonte dos acordos endoprocedimentais, cfr. ELIO CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 575-582; BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, cit., pp. 45-51; e PIER LUIGI PORTALURI, *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali: Studi sui Rapporti a Collaborazione Necessaria*, cit., pp. 194-208.

Em conformidade com o nosso entendimento, L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., p. 70, defende que “a conclusão de acordos procedimentais constitui uma expressão, talvez a mais completa, da participação procedimental. Se se percebe o procedimento, e concretamente a instrução que se realiza no seu interior, como a sede de aquisição dos factos relevantes com o fim de identificar globalmente os interesses públicos e privados presentes e alcançar a individualização do interesse concreto no procedimento, não se pode deixar de considerar que esse *locus* representa a sede apropriada para a «representação» por parte dos particulares interessados de todos aqueles elementos idóneos ou aptos a concorrer para a praticabilidade e a conveniência de uma solução negociada”.



Com a entrada em vigor do novo CPA, observa-se que o legislador pretendeu promover, de forma empenhada, a contratualização da atividade administrativa (artigos 56.º, 57.º, 77.º, n.º 4, 98.º, n.º 2, 127.º e 200.º a 202.º), valorando positivamente a participação do interessado na conformação de efeitos jurídico-administrativos de que é destinatário. A possibilidade, agora expressamente consagrada no artigo 57.º do CPA, de o particular acordar com a administração a decisão que põe termo ao procedimento, através da celebração de um *acordo endoprocedimental*, reclama que antecipemos para esta sede algumas considerações que serão desenvolvidas noutra momento.

Em primeiro lugar, a relevância constitucional e legal da participação dos interessados veio insuflar um novo relevo à contratualização entre atores públicos e privados no decurso do procedimento administrativo, constituindo, na esteira de SÉRVULO CORREIA, um fator de “moderação”, flexibilização ou de “atenuação” do grau de densidade exigido pelo princípio da legalidade administrativa<sup>1540</sup>. Esta circunstância deve ser aliada ao facto de o novo Código do Procedimento Administrativo consagrar em matéria de procedimento administrativo um subprincípio do princípio da boa administração (artigo 5.º), designado “*princípio da adequação procedimental*” (artigo 56.º). Isso significa que, na ausência de normas jurídicas injuntivas, o responsável pela direção do procedimento goza de discricionariedade na respetiva estruturação, que, no respeito pelos princípios gerais da atividade administrativa, deve ser orientada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão. Constituindo uma forma de disponibilidade do poder administrativo e de flexibilidade da legalidade, o *princípio da adequação procedimental* atribui ao responsável pela direção do procedimento discricionariedade na respetiva estruturação, permitindo-lhe ultrapassar soluções rígidas e podendo ser interpretado como fundamento para a contratualização da atividade administrativa.

Em segundo lugar, o conceito de contrato celebrado no exercício de poderes públicos relativo à prática de um ato administrativo abrange os *contratos*

---

<sup>1540</sup> *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., pp. 612-614, referindo que uma das ilações a retirar da consagração do princípio da participação dos interessados na formação das decisões administrativas é a seguinte: “quando se não imponham, em sentido inverso razões advenientes da função de direção política e da função de racionalidade objetiva do princípio da legalidade, pode no contrato administrativo atenuar-se (embora não eliminar-se) o grau de densidade exigido da norma que estatui parcialmente os efeitos de direito em relação àquilo que, por preocupações de ordem garantística, seria de prescrever quanto ao enquadramento normativo de um ato administrativo destinado a reger uma situação concreta similar. Se o valor constitucionalmente reconhecido à participação dos interessados não preclui a exigência da legalidade, ainda mesmo quando nesta incidam predominantemente as preocupações de ordem garantística, deve, no entanto, servir como fator de ponderação favorável quanto ao nível de abertura permitido na previsão normativa que sirva de base à conformação contratual”.

*endoprocedimentais* e os *contratos prévios à tramitação do procedimento*. Os primeiros são concluídos no quadro do procedimento administrativo que visa a adoção de um ato final, abrangendo os *contratos obrigacionais* (em que se acorda a emissão ou não emissão de um ato administrativo com um certo conteúdo), os *contratos decisórios* (substitutivos do ato administrativo) e os *contratos sobre o exercício da discricionariedade procedimental ou de conteúdo procedimental stricto sensu*. Por sua vez, os segundos são celebrados entre a administração e os particulares num momento anterior à tramitação do procedimento administrativo, tendo em vista a preparação dos termos do procedimento ou visando determinar total ou parcialmente o conteúdo de um ato administrativo a praticar no futuro.

Em terceiro lugar, os contratos endoprocedimentais previstos no artigo 57.º do CPA revestem a natureza de *contratos procedimentais relativos à prática de atos administrativos*. Através destes contratos, o órgão administrativo competente e o interessado podem regular questões meramente procedimentais, definir o momento da prática do ato ou acordar o conteúdo do ato final do procedimento. Deste modo, quando a administração, exercendo antecipadamente o poder discricionário, confere uma base consensual à decisão final formalmente unilateral, fala-se em *contrato endoprocedimental, obrigacional ou integrativo*. Perante áreas de exercício da liberdade decisória da administração na fixação do conteúdo de atos administrativos, pode assim suceder que esta, tomando em consideração as observações e as propostas do particular, resolva celebrar com este um contrato quanto a certos aspetos (ou “termos procedimentais”) ou quanto ao conteúdo do ato final, representando, em qualquer dos casos, tal contrato uma forma de *limitação da margem de liberdade administrativa* subjacente à decisão unilateral.

Neste sentido, o artigo 57.º do CPA contempla dois tipos de contratos endoprocedimentais. Primeiro, os *contratos sobre o exercício da discricionariedade procedimental ou de conteúdo procedimental stricto sensu*, por meio dos quais as partes, de acordo com o artigo 57.º, n.º 1, acordam “termos do procedimento” que condicionam a prática de atos ulteriores, comprometendo-se a adotar certas condutas no decurso do procedimento administrativo (v.g., proceder a consultas, obter pareceres e promover diligências instrutórias), a estabelecer o valor probatório de certos documentos, a fixar matéria factual controvertida ou, ainda, o sentido interpretativo de determinadas normas jurídicas. O artigo 57.º, n.º 2, refere que o objeto daqueles contratos pode, designadamente, consistir na organização de audiências orais para exercício do contraditório entre os interessados que pretendam uma certa decisão e aqueles que se lhe oponham. Assim, no quadro do poder de adequação procedimental de que dispõe o responsável do procedimento

(artigo 56.º), os contratos *sobre o exercício da discricionarietà procedimental* condicionam a decisão final, embora não visem a regulação do conteúdo da mesma.

Segundo, pode acontecer que o *contrato endoprocedimental* vá mais longe e não só regule os trâmites que condicionam a produção da decisão, como oriente o sentido ou predetermine o conteúdo da decisão final. De harmonia com o artigo 57.º, n.º 3, através deste contrato, o órgão competente para a decisão final e os interessados determinam, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento, o que permite ao destinatário do ato unilateral participar no processo de formação gradual da decisão final, colaborando na configuração da margem de liberdade ou de discricionarietà decisória (*ex vi* artigo 57.º, n.º 1).

Em quarto lugar, para além dos contratos endoprocedimentais previstos no artigo 57.º, o Código consagra no artigo 127.º os *contratos substitutivos de atos administrativos*. O artigo 127.º deve ser entendido como uma norma de direito substantivo que estabelece uma tendencial equiparação entre ato e contrato administrativo, podendo entender-se que esse preceito normativo reconhece, em termos próximos do que ocorre no ordenamento jurídico espanhol, a figura da “terminação contratual do procedimento administrativo”. No contexto da alternatividade entre as formas unilaterais e as formas bilaterais de exercício da atividade administrativa, observa-se que existem procedimentos que, apesar de pensados na sua origem para finalizarem de forma unilateral, podem terminar com a substituição do ato pelo contrato (*contrato decisório ou contrato substitutivo de ato administrativo*). Nestes procedimentos, impõe-se reconhecer o seguinte: do lado da administração, ocorre uma *abdicação da unilateralidade decisória*; do lado do particular, manifesta-se uma forma *qualificada de participação na decisão final*, consubstanciada não numa “participação dialógica” – cujo objetivo se cifra em carrear elementos ou em fornecer informações para uma mais esclarecida avaliação dos factos e interesses em presença (elementos e informações essas que devem ser tidos em conta pelos órgãos administrativos), mas numa “participação co-optativa ou coconstitutiva”. O particular exerce uma vontade constitutiva que, conjuntamente com a vontade da administração, gera um vínculo obrigacional. Aqui a vontade do particular tem, a par da vontade da administração, um papel gerador da constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica administrativa.

Em quinto lugar, no direito português, também o Código dos Contratos Públicos contém regulamentações que disciplinam a matéria dos contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos. Aliás, o CCP acolhe a designação de “contratos com objeto passível de ato administrativos e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”

[artigo 1.º, n.º 6, b), do CCP], contendo *regras especiais* aplicáveis a esses contratos nos artigos 287.º, n.º 1, 336.º e 337.º.

Em sexto lugar, o *problema* do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos apresenta-se – temos vindo a enfatizá-lo – como um *problema de regulamentação* ou de *regime jurídico*. Saber qual a solução consagrada no direito português para este instituto e quais as normas jurídicas que se aplicam às *fases da formação, da execução e da extinção* das *factispecies* contratuais configuram aspetos centrais na presente investigação que introduziremos noutro momento.

Em sétimo lugar, em matéria de acordos procedimentais, o CPA estabeleceu disposições inovadoras ao nível das *conferências procedimentais* (artigos 77.º e segs.). Assim, nos termos do artigo 77.º, n.º 4, quando não exista incompatibilidade entre a forma contratual e a matéria a conformar, as conferências deliberativa e de coordenação podem terminar pela celebração de um *contrato* entre os órgãos participantes e o interessado, em substituição do ato ou dos atos cuja preparação se visava. Por outro lado, se a conferência se conclui com um ou vários atos administrativos [artigo 81.º, n.º 2, a)], esse ato(s), que define unilateralmente a situação do respetivo destinatário, resulta de um *acordo* entre os órgãos da conferência procedimental (artigo 81.º, n.º 5).

Finalmente, o contrato celebrado no exercício de poderes públicos não se limita a condicionar a prática de atos administrativos, abrangendo também a emissão de normas regulamentares. Vejamos, em seguida, alguns aspetos particulares da participação dos interessados e da contratação no domínio de procedimentos administrativos regulamentares.

#### **39.2.4. O caso especial da participação nos procedimentos regulamentares**

##### **39.2.4.1. A *regulatory negotiation* (“reg-neg”) no ordenamento jurídico norteamericano**

A participação de interessados em procedimentos administrativos de normação assume especial relevância nos setores da planificação territorial e urbanística, bem como no campo da regulação pública. Cingindo-nos ao domínio da regulação pública neste ponto, a *abertura formal à participação dos regulados* no âmbito do poder regulamentar das autoridades reguladoras (v.g., *audição, apreciação pública* para apresentação de sugestões ou contributos e *negociação regulatória*, incidente sobre a discussão da regra ou do *standard* regulatório) tem a sua imediata justificação no facto de se encontrar conferida àquelas entidades a competência para emanar regulamentos independentes para a prossecução dos fins que estão a seu cargo. A entrega de um poder genérico de elaboração

de regulamentos que podem conter *direito inicial* ou *primário* a entidades reguladoras constitui, no direito português, uma solução excecional, porquanto a criação de direito primário por via regulamentar deve encontrar-se associada à ideia de legitimação democrática própria dessas instâncias administrativas (como, por exemplo, sucede no caso das autarquias locais).

Ora, sendo atribuída competência às autoridades reguladoras para emanar regulamentos independentes para a prossecução dos fins que estão a seu cargo, a ideia de *legitimidade democrática procedimental e de exercício* impõe que essa *potestas* seja necessariamente acompanhada da previsão de formas de participação no procedimento regulamentar, porquanto os interessados devem ter não apenas o direito de trazer os seus conhecimentos à administração, mas ainda o direito de se oporem às pretensões normativas daquela, com o objetivo de defenderem os direitos ou interesses legalmente protegidos, suscetíveis de serem afetados pelo regulamento<sup>1541</sup>. É esta perceção – apontando à discussão pública uma *função de consciencialização da «vox populi»* – que preside ao desenho legal de diversos procedimentos regulamentares de entidades reguladoras nacionais<sup>1542</sup>, fortemente inspirados no regime previsto para as autoridades reguladoras independentes norte-americanas, que privilegiam a participação e a transparência na elaboração de regulamentos administrativos.

No ordenamento jurídico norte-americano (*US Code*), são expressivos os mecanismos de participação de interessados nos procedimentos regulamentares das agências reguladoras disciplinados no §553 do *Administrative Procedure Act* norte-americano e as formas de *regulatory negotiation* (“*reg-neg*”) consagradas no *Negotiated Rulemaking Act* de 1990, que veio criar um procedimento de negociação no âmbito do poder normativo das agências reguladoras designado *negotiated rulemaking procedure*.

À luz do *Administrative Procedure Act*, quando a agência reguladora adota como procedimento o *notice-and-comment rulemaking*, o §553 (B) do *Administrative Procedure Act* consagra uma exigência de publicidade no Registo Federal do projeto de regulamento (“*general notice of proposed rule making shall be published in the Federal Register*”), que deve incluir: indicações de tempo, lugar e a natureza da regra pública objeto de elaboração; a referência à autoridade legal ao abrigo da qual o regulamento é proposto; e, também, a substância do regulamento proposto ou uma descrição dos assuntos ou matérias

---

<sup>1541</sup> Assim, cfr. S. CASSESE, “Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?”, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003, p. 47; e G. PIZZANELLI, *La Partecipazione dei Privati alle Decisioni Pubbliche*, cit, p. 77.

<sup>1542</sup> Na linha das propostas de VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, 2003, p. 266.

envolvidas<sup>1543</sup>. A participação de interessados que se constituíram como tal no procedimento reconduz-se a uma “participação-audição” e a uma “participação dialógica”.

Pode ocorrer, por força da lei, a previsão da audiência das entidades visadas pelo regulamento, caso existam, e relativamente às quais se imponha uma audiência (“*when hearing is required by statute*”). Nos termos do §553 (C) do *Administrative Procedure Act*, genericamente, prevê-se que os interessados participem na formação do regulamento, através da submissão de sugestões, observações, críticas e relatórios, elementos esses que devem ser ponderados pelas agências na elaboração do regulamento (“*after notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose. When rules are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing, sections 556 and 557 of this title apply instead of this subsection*”)<sup>1544</sup>.

Em alternativa ao procedimento *standard* de *rulemaking* (o procedimento de *notice-and-comment rulemaking*) previsto no §553 do *Administrative Procedure Act*, podem as agências reguladoras lançar mão do procedimento regulamentar negociado (*negotiated rulemaking procedure*). A consagração de um procedimento de negociação no âmbito do poder normativo das agências reguladoras deve-se ao *Negotiated Rulemaking Act* de 1990, tendo sido introduzida no Subcapítulo III do Capítulo V do *U.S. Code* a disciplina do *negotiated rulemaking procedure* [§§561 a 570 (a)]. O recurso ao *negotiated rulemaking procedure* ajusta-se às situações em que existe um número identificável de interesses em presença presumivelmente afetados pelo regulamento e se torna possível formar um *comité representativo*

---

<sup>1543</sup> A *Federal Aviation Administration* (FAA), a *Federal Communications Commission* (FCC), a *National Telecommunications and Information Administration* (NTIA) e a *United States Environmental Protection Agency* (EPA) constituem exemplos de agências reguladoras submetidas a estes procedimentos.

<sup>1544</sup> Para uma análise, em detalhe do regime jurídico do §553 (C) do *Administrative Procedure Act* e das decisões jurisprudenciais em matéria de participação nos procedimentos regulamentares, cfr. JEFFREY S. LUBBERS, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, American Bar Association, 2006, pp. 295-313. Convém ter em atenção algumas especificidades relativas à justa ponderação das sugestões, observações, críticas, apresentações orais e relatórios submetidos pelos interessados em sede de participação. Antes de publicitado no Registo Federal o projeto de regulamento em paralelo com a previsão da participação dos interessados, pode a agência convidar todos os interessados a pronunciarem-se sobre as linhas gerais de uma regulamentação futura, mas que não contém, ainda, quaisquer disposições que corporizam o texto do regulamento (o *draft rule*) – é a figura do *notice of inquiry* (“*where comments are invited but no rules have yet been proposed*”), que se traduz num convite para uma participação preliminar sobre as grandes linhas que irão presidir à regulação normativa (recorrentemente utilizado quando se trata de *alteração substancial de regras* ou *reformas estruturais na prestação de serviços de interesse geral*). A segunda especificidade diz respeito aos resultados da participação exercida nos termos do §553 (C) do *Administrative Procedure Act*. Se as sugestões, relatórios, observações, críticas e apresentações orais ponderadas forem acolhidas pela agência, ao ponto de alterarem substancialmente o projeto de regulamento inicialmente apresentado, deve a agência publicitar esse “novo” projeto de regulamento no Registo Federal e repetir o procedimento (*a second cycle of notice and comment*), para que os interessados se pronunciem sobre a regulamentação, agora, proposta (*supplement notice of proposed rulemaking*). Ao invés, caso não sejam tomados em consideração os elementos trazidos ao procedimento pelas entidades ouvidas, fica a agência obrigada a contestar no preâmbulo do regulamento as propostas não adotadas – cfr., para mais desenvolvimentos, JEFFREY S. LUBBERS, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, cit., pp. 284-294. De notar, ainda, que os interessados podem, ao abrigo do §553 (E) do *Administrative Procedure Act*, utilizar o seu direito de petição, apresentando às agências reguladoras competentes petições em que solicitem a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos.

desses interesses (*interests represented on a negotiated rulemaking committee*), nele tomando parte, além da agência pública responsável pelo regulamento, empresas, organizações associativas ou grupos de cidadãos, podendo ainda participar mediadores para facilitarem o consenso – cfr. o §563 (A) e (B). Nestes termos, o §562 (6) do US Code define-o como o procedimento de elaboração de regulamentos através da utilização de um comité de regulamentação negociada (*negotiated rulemaking means rulemaking through the use of a negotiated rulemaking committee*). Por sua vez, o §562 (7) do US Code dispõe que o comité de negociação regulamentar assume o significado de um comité consultivo, criado por uma agência, para analisar e discutir as questões com o objetivo de alcançar um consenso para o desenvolvimento de um regulamento proposto (*negotiated rulemaking committee or committee means an advisory committee established by an agency in accordance with this subchapter and the Federal Advisory Committee Act to consider and discuss issues for the purpose of reaching a consensus in the development of a proposed rule*).

Sem perder de vista as vantagens proporcionadas pela participação dos interessados, a opção por este procedimento encontra-se funcionalmente marcada por específicas razões de interesse público [§563 (A)]. Assim, a sua utilização deve ser fundamentada, considerando-se diversos aspetos, designadamente: a necessidade do regulamento; a existência de um número identificável de interesses em presença presumivelmente afetados pelo regulamento; a probabilidade de o comité ser convocado com a presença equilibrada de cidadãos que podem representar adequadamente os interesses presumivelmente afetados pelo regulamento e que, para além disso, estão dispostos a negociar de boa fé para chegar a um consenso sobre as regras propostas; que há uma probabilidade razoável de o comité chegar a um consenso sobre o regulamento proposto dentro de um período de tempo definido; e a negociação não poderá injustificadamente atrasar a publicitação do projeto de regulamento e a sua emissão.

Isto mostra que a participação dos interessados neste procedimento diz respeito à participação “na decisão de fundo”, visando influenciar o conteúdo do *standard* regulatório final. Esta negociação terminará, em princípio, num acordo, consenso ou entendimento entre os sujeitos da relação jurídica procedimental incorporado no projeto do regulamento sujeito a discussão pública. Neste ensejo, é perceptível a criação de um efetivo espaço de negociação e de barganha entre as partes (*give-and-take bargaining over rulemaking subject-matter*), mas também de troca de informação e de conhecimentos (*expertise*), esperando-se que tal participação contribua para a redução da conflitualidade<sup>1545</sup>. Mas porque o legislador norte-americano não pretendeu transformar este procedimento numa espécie de “participação orgânica corporativa”, previu no §564 (B) a representação no comité de *outros* interesses, abrindo-se a oportunidade de outros sujeitos [cujos interesses não se encontravam devidamente representados por não constarem na lista de representantes do comité publicitada pela agência reguladora nos termos do §564 A, (4)] participarem no comité responsável pela elaboração das normas regulamentares. Finalmente, terminadas as negociações, sendo obtido um consenso no comité, é elaborado um relatório com o projeto de regulamento proposto que, posteriormente, é transmitido à agência [§566 (F)]<sup>1546</sup>.

<sup>1545</sup> Pesando estas vantagens (*faster and less litigated rules?*) através de uma análise empírica e factual, cfr. CARY COGLIANESE, “Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking”, *Duke Law Journal*, Vol. 46, 1997, pp. 1255-1349.

<sup>1546</sup> Cfr., para mais desenvolvimentos, JEFFREY S. LUBBERS, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, cit., pp. 171-175 e 212-217; CARY COGLIANESE, “Assessing Consensus: The Promise and

Na realidade nacional, a circunstância de se encontrar conferida às autoridades reguladoras a competência para emanar regulamentos independentes para a prossecução dos fins que estão a seu cargo implica necessariamente a previsão nos estatutos desses mesmos entes de formas de participação no procedimento regulamentar. Acusando uma forte inspiração no §553 do *Administrative Procedure Act* norte-americano, “no contexto de “americanização do direito europeu”, os artigos 7.º, n.º 1, *d*), 9.º, n.º 2, *h*), e 10.º dos Estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações, 18.º do Estatuto da Entidade Reguladora da Saúde (Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto) e 10.º dos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, na redação do Decreto-lei n.º 84/2013, de 25 de junho), preveem a participação dos regulados no procedimento de elaboração de regulamentos, consagrando normas que disciplinam o procedimento de consulta pública dos mesmos.

Concretamente, prevê-se que, em momento anterior à emissão ou alteração dos regulamentos, se dê conhecimento do respetivo projeto às entidades ligadas ao setor de atividade em causa (*v.g.*, as entidades concessionárias ou licenciadas e os comercializadores, no caso da ERSE; as associações empresariais e profissionais, nos regulamentos da ERS), entidades representativas dos interesses dos consumidores [artigo 9.º, n.º 2, *h*), dos Estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações] e, por vezes, até aos utilizadores e ao público em geral (artigo 10.º, n.º 2, dos Estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações e 10.º, n.º 1, dos Estatutos da ERSE). Com o procedimento de consulta pública pretende-se, por um lado, uma total transparência no exercício da regulação normativa e, por outro lado, aproximar todos os interessados da regulação do setor de atividade em causa, desde as empresas aos consumidores. Ora, como sublinha ANA RAQUEL MONIZ, “esta forma de «participação institucionalizada» permite filtrar os interesses e as informações relevantes para o procedimento normativo em causa, bem como proporcionar uma colaboração especializada e qualificada à administração”<sup>1547</sup>. No procedimento regulamentar típico dos regulamentos emanados pelas entidades reguladoras, impõe-se que tais projetos sejam disponibilizados no *web site* da entidade emissora, a fim de que, em regra, no prazo de trinta dias, os interessados possam emitir os seus comentários ou apresentar sugestões e, bem assim, aceder, em certos termos, a todas as sugestões que tenham sido apresentadas (cfr. o artigo 10.º, n.º 3, dos Estatutos da ERSE). Por último, o

---

Performance of Negotiated Rulemaking”, cit., pp. 1255-1349; e WILLIAM FUNK, “Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest”, *Duke Law Journal*, Vol. 46, 1997, pp. 1351-1388.

<sup>1547</sup> *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., p. 172.



relatório preambular do regulamento fundamenta as decisões adotadas, fazendo uma necessária referência às críticas ou sugestões ocorridas durante o procedimento<sup>1548</sup>.

Como escrevemos em páginas anteriores, as autoridades reguladoras pautam a atividade administrativa pela procedimentalização das respectivas atuações, pela transparência e pela participação dos interessados na tomada de decisões, constituindo a discussão pública de projetos de documentos que contenham normas regulamentares e a disponibilização de documentação relativa à sua atividade normativa com impacto sobre os utilizadores e entidades destinatárias (incluindo o respetivo custo para o setor regulado) instrumentos fundamentais ao serviço das ideias de *legitimação substantiva e técnico procedimental*.

#### **39.2.4.2. O contrato administrativo sobre o exercício de poder regulamentar (*Normsetzungsvertrag*)**

A ideia de *Estado Administrativo Cooperativo* repercutiu-se especialmente na área da normação pública, sendo o contrato administrativo relativo a normas (*Normbezogene Vertrag*) a expressão máxima da cooperação entre administração e privados na edição de regras jurídicas gerais e abstratas. Seguindo de perto FLORIAN BECKER<sup>1549</sup>, existem três níveis de intensidade neste modelo de “normação cooperativa”. Primeiro, a normação estadual, por vezes, remete a disciplina jurídica de determinadas matérias para regras técnicas privadas, verificando-se aqui um “aproveitamento público” de normas privadas. Segundo, o legislador reconhece, cada vez mais, amplos direitos de participação aos particulares em procedimentos públicos de normação. E, finalmente, a atividade administrativa de normação pode ser objeto de um contrato preparatório e, por vezes, substitutivo entre atores públicos e privados. É sobre esta última hipótese que nos pronunciaremos agora.

Referimos no ponto anterior que, além do campo da regulação pública, a participação de interessados em procedimentos administrativos de normação assume

---

<sup>1548</sup> Nos termos do artigo 10.º, n.º 4, dos Estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações, “findo o período de discussão pública a ANACOM elabora um relatório contendo referência às respostas recebidas, bem como uma apreciação global que reflita o seu entendimento sobre as mesmas e fundamente as opções tomadas e disponibiliza-o na sua página eletrónica juntamente com as respostas que tenham sido apresentadas nos termos do presente artigo, expurgadas dos elementos fundamentadamente identificados como confidenciais”. E o n.º 5 do artigo 10.º daquele diploma dispõe que, “sem prejuízo do disposto no número anterior, o relatório preambular dos regulamentos fundamenta as decisões tomadas, com necessária referência aos comentários ou sugestões que tenham sido feitas ao projeto durante o período de discussão pública”. Cfr., também, o n.º 4 do artigo 10.º dos Estatutos da ERSE.

<sup>1549</sup> *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., pp. 62-64.

especial relevância nos setores da planificação territorial e urbanística. Neste domínio, é possível ir ainda mais longe, e apelar para uma verdadeira participação-negociação dos particulares ao nível do procedimento de formação de planos urbanísticos, já que se admite no direito português, à semelhança do que ocorre no direito alemão, a possibilidade do recurso à figura do *contrato administrativo de vinculação à aprovação de um regulamento*, com o objetivo de definição não apenas do *an*, mas também do próprio conteúdo normativo (artigos 47.º da LBPSOTU e 79.º a 81.º do RJGT) do plano urbanístico. Contudo, a admissibilidade geral de um contrato sobre o exercício do poder regulamentar não pode deixar de se encontrar rodeada de perplexidades, se considerarmos que esse contrato respeita ao modo de exercício das competências normativas e determina uma limitação à liberdade de conformação do poder regulamentar<sup>1550</sup>.

Ao nível da operatividade jurídica, investigaremos mais adiante o modo de intersecção entre contrato e regulamento administrativo. Diga-se apenas para já que a participação dos interessados no procedimento de elaboração, alteração ou revisão de planos municipais de ordenamento do território atinge o conteúdo das próprias normas regulamentares<sup>1551</sup>. A celebração de um *contrato para planeamento* entre um município e o interessado integra-se (ou *enxerta-se*) no procedimento de elaboração de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor, mas não assume carácter *substitutivo* do regulamento administrativo. Estes aspetos possuem enorme relevância, já que, no capítulo dos contratos relativos a normas (*Normbezogene Verträge*), não se deve confundir o *contrato sobre o exercício do poder regulamentar* – integrativo do procedimento de elaboração de um regulamento administrativo – com o *contrato normativo ou de norma*ção – substitutivo do regulamento administrativo<sup>1552</sup>.

---

<sup>1550</sup> Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 352-354, alude ao debate em redor dos contratos que têm por objeto a emissão de um regulamento, destacando dois aspetos perturbadores da sua admissibilidade: primeiro, a cedência ao interesse de apenas um destinatário das normas colide com a generalidade e abstração típicas do regulamento; e segundo, em sede de contencioso, a dificuldade (ou mesmo a impossibilidade) de obter uma sentença que condene o contraente público à adoção de um regulamento administrativo com um certo conteúdo – *princípio da indisponibilidade do poder público regulamentar*.

<sup>1551</sup> Note-se que o grau de intensidade da participação dos particulares nas hipóteses de contratos relativos ao exercício do poder regulamentar supera em muito o inerente às modalidades comuns de intervenção dos particulares no procedimento administrativo. Nas palavras de ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., p. 174, “acentuando neste momento não tanto a «missão garantística» assacada à participação, mas sobretudo a sua «missão funcional»: se a proteção dos cidadãos contra o arbítrio fica já assegurada com a participação dialógica, a intervenção constitutiva dos particulares na conformação do regulamento administrativo pode revelar-se decisiva para uma realização plena do interesse público, em virtude quer dos contributos carreados para a elaboração das normas, quer das contrapartidas proporcionadas à administração”.

<sup>1552</sup> Essa distinção há algum tempo que se encontra sedimentada na doutrina germânica, de acordo com uma dicotomia que se estabelece entre *Normsetzungsvertrag* e *Normenvertrag*.

Os contratos sobre o exercício do poder regulamentar, enquanto contratos endoprocedimentais celebrados entre a administração e os particulares com o objetivo de concertar posições quanto à emissão futura de um regulamento administrativo, colocam uma plêiade de problemas jurídicos de resolução difícil. Em primeiro lugar, devemos interrogar-nos sobre se a celebração de contratos deste tipo carece de habilitação legal específica ou se a autonomia pública contratual, consagrada nos artigos 200.º, n.º 3, do CPA e 278.º do CCP, constitui fundamento suficiente para a sua celebração. Também aqui se deve questionar se o teor normativo dos artigos 57.º e 127.º do CPA é analogicamente aplicável aos *contratos relativos a normas*.

Em segundo lugar, as promessas de regulamento administrativo suscitam especificidades no que tange à antecipação da discricionariedade regulamentar (v.g., discricionariedade de planeamento urbanístico), em moldes bem distintos do exercício antecipado do poder discricionário para a prática de atos administrativos.

Em terceiro lugar, colocam-se dúvidas razoáveis em torno de saber se os contratos sobre o exercício do poder regulamentar devem ser concebidos como instrumentos de autovinculação de estrutura bilateral, na medida em que condicionam a atuação futura da administração no que toca à emissão de normas jurídicas administrativas. E, em caso afirmativo, qual o regime jurídico substantivo aplicável? E a que limites jurídicos se encontram sujeitos? Poderão as normas especiais previstas no CCP para os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre poderes públicos ser analogicamente aplicadas aos contratos sobre o exercício de poderes regulamentares?

Em quarto lugar, o novo CPA consagra no n.º 2 do artigo 98.º a figura dos *acordos endoprocedimentais concluídos no procedimento de formação do regulamento administrativo*. Segundo o disposto nesse preceito normativo, “quando as circunstâncias o justificarem, podem ser estabelecidos os termos de acompanhamento regular do procedimento por acordo endoprocedimental com as associações e fundações representativas dos interesses envolvidos e com as autarquias locais em relação à proteção de interesses nas áreas das respetivas circunscrições” (*infra*, 46.4.1.).

Finalmente, a admissibilidade de contratos relativos a normas não pode deixar de ser perspectivada à luz do problema de saber se tais contratos introduzem *disposições inovatórias* na ordem jurídica ao ponto de constituírem fontes de direito e integrarem o bloco da legalidade administrativa. Em caso afirmativo, assiste-se aqui a um particular fenómeno de “transmutação configurativa das fontes da legalidade administrativa” (PAULO OTERO), em resultado do papel atribuído a um processo de definição por via contratual de

normas reguladoras da atuação administrativa e, bem assim, de condutas de terceiros que são parte no contrato (heteronomia contratual).

## CAPÍTULO VIII

### FUNÇÕES E LIMITES IMPOSTOS AO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS

#### **40. Vantagens associadas à escolha do contrato em detrimento de uma atuação administrativa unilateral**

O que leva a administração pública a utilizar a figura do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos em detrimento da atuação unilateral? Que utilidade poderá ter a forma contratual na disciplina de relações jurídico-administrativas, quando o ato administrativo também se revela uma figura dúctil, que é passível de negociação e consensualização e não reflete necessariamente uma “imagem autoritária” da administração?

A este propósito, já fomos avançando, ao longo da nossa investigação, diversas vantagens associadas à utilização da forma contratual, *inter alia*: o reforço da participação democrática, a partilha e a coresponsabilização, tudo princípios de boa governança; a circunstância de se ajustarem ou conciliarem, de uma mais forma adequada, interesses públicos e privados no procedimento administrativo; a possibilidade de se adaptar a ação administrativa a situações especiais ou não previstas na lei; e o facto de se estimular uma colaboração mais efetiva dos particulares do que a que resultaria de uma atuação da administração de carácter unilateral.

Contudo, a possibilidade do exercício de competências administrativas por via contratual no procedimento administrativo carece de uma adequada perspetivação que identifique as vantagens de natureza *objetiva* inerentes à utilização do contrato administrativo, no confronto com o recurso a formas jurídicas unilaterais. A escolha da forma contratual deve satisfazer inteiramente ambas as partes e *produzir resultados* preferíveis às alternativas disponíveis. Visa-se, por conseguinte, neste ponto, uma aproximação às *causas próximas* e às *vantagens* proporcionadas pela figura que constitui objeto da nossa investigação. Este exercício permite, na esteira de WOLFF/BACHOF/STOBER,

captar a “*função positiva* associada à utilização do contrato” na conformação de relações jurídico-administrativas<sup>1553</sup>.

#### 40.1. Programação e gestão da relação jurídica contratual

A atuação administrativa unilateral imprime alguma rigidez ao nível das possibilidades de configuração jurídica das relações administrativas<sup>1554</sup>. Como é sabido, a prática de um ato administrativo pressupõe a verificação de uma situação típica que se subsuma na previsão da norma atributiva de poder ao órgão administrativo. Nas palavras de ROGÉRIO SOARES, o administrador, conhecendo as respetivas circunstâncias justificativas, “analisa o recorte, a dimensão que a lei lhe fornece em relação ao ato que vai ter de praticar”<sup>1555</sup>. Sob ponto de vista da sua estrutura, a forma contratual apresenta maior flexibilidade do que a atuação por via unilateral, ao ajustar-se a *situações não previstas ou atípicas* e ao permitir alargar, em certos termos, os efeitos jurídicos que se desejam ver produzidos com base no consentimento ou no acordo do particular<sup>1556</sup>.

Não se pode ignorar, no entanto, a possibilidade de a administração acoplar cláusulas acessórias ao ato administrativo, designadamente condições suspensivas, resolutivas ou potestativas e cláusulas modais que preveem a assunção de compromissos<sup>1557</sup>. Porém, enquanto através da *cláusula modal* a administração impõe

---

<sup>1553</sup> Cfr. *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 203.

<sup>1554</sup> É sintomática a afirmação de FILIPA CALVÃO, *Os Atos Precários e os Atos Provisórios no Direito Administrativo*, Porto, 1998, p. 12, para quem o “ato administrativo vem pronunciado e acusado de excessiva rigidez, de manifesta incapacidade para resolver adequadamente as situações novas da *sociedade de risco*”.

<sup>1555</sup> *Sentido e Limites da Administração Pública*, Cadernos de Direito Administrativo de Macau, SAFF, 1997, p. 40.

<sup>1556</sup> Cfr. WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., p. 69. O consenso do particular apresenta-se como *elemento propulsor*, convocando elementos novos no procedimento (para além dos factos e interesses representados na instrução do procedimento), favorecendo a (re)ponderação de interesses e a entrega de contraprestações para cumprimento de fins de interesse público. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 200, entendem que o contrato, entre outros aspetos: permite que se ajustem ou conciliem, de uma mais forma adequada, interesses públicos e privados no procedimento administrativo; autoriza a constituição de posições jurídicas e de deveres jurídicos novos; permite transigir e temporizar soluções de meio termo mais flexíveis do que aquelas que resultariam da adoção da via unilateral.

<sup>1557</sup> Cfr. FILIPA CALVÃO, *Os Atos Precários e os Atos Provisórios no Direito Administrativo*, cit., pp. 64-98; e JOÃO TABORDA DA GAMA, *Promessas Administrativas*, cit., pp. 100-104. As cláusulas acessórias permitem adaptar o conteúdo do ato às circunstâncias do caso concreto, presentes ou futuras, implicando uma limitação do alcance do ato principal. Quanto a este aspeto, MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., p. 52, refere que o contrato administrativo “oferece um regime supletivo e injuntivo mais consolidado e previsível, que contrasta com o modo, o qual, enquanto cláusula acessória de um ato administrativo marcado pela tipicidade, não se presta a tanta flexibilidade, nem beneficia de um regime legal que supra as insuficiências que possam resultar do seu estabelecimento num caso concreto”.

unilateralmente ao destinatário de um ato administrativo uma obrigação de *fazer, de não fazer ou suportar* (encargo imposto num ato de conteúdo principal favorável), os vínculos emergentes de um contrato sobre o exercício de poderes públicos resultam do *consenso* das partes, porquanto o particular *aceita e participa* na determinação do conteúdo prestacional. Além disso, a técnica contratual oferece maiores vantagens, designadamente sob ponto de vista da *programação da intervenção administrativa* e da *gestão da relação jurídica contratual*. Por um lado, porque as atuações de controlo e de regulação administrativa das atividades de iniciativa privada para salvaguarda do interesse público não se satisfazem com as categorias unilaterais da permissão, imposição ou proibição. Por outro, porque, como observa VIEIRA DE ANDRADE, “perante situações de grande complexidade, há necessidade de planificação e de racionalização, para assegurar a eficiência e a eficácia das novas tarefas administrativas. O contrato representa aqui uma possibilidade de assegurar o interesse público, através da adequação das normas que o determinam às circunstâncias não previstas nem previsíveis”<sup>1558</sup>.

Mais concretamente, a forma contratual permite à administração estabelecer com o particular um programa de intervenção sobre a realidade subjacente à situação jurídica em causa, por forma a moldá-la à previsão da norma de competência e assim criar as condições para que a decisão administrativa possa ser produzida em conformidade com o fim de interesse público que aquela preconiza<sup>1559</sup>. Deste modo, o acordo entre as partes pode estender-se a diferentes fases ou momentos temporais para além do que seria possível definir através de uma atuação unilateral. A implementação da decisão e o modo de *execução* das soluções acordadas constituem aspetos fundamentais que podem ser previstos,

---

Note-se que, com a entrada em vigor do novo CPA, há aqui a registar uma evolução significativa na operatividade das cláusulas acessórias, prescrevendo o legislador alguns *condicionalismos que não existiam no regime anterior*. Nos termos do artigo 149.º, n.º 1, do CPA, “os atos administrativos podem ser sujeitos, pelo seu autor, mediante decisão fundamentada, a condição, termo, modo ou reserva, *desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o ato se destina, tenham relação direta com o conteúdo principal do ato e respeitem os princípios jurídicos aplicáveis, designadamente o princípio da proporcionalidade*” (it. nosso). E o n.º 2 estatui que “a aposição de cláusulas acessórias a atos administrativos de conteúdo vinculado só é admissível quando a lei o preveja ou quando vise assegurar a verificação futura de pressupostos legais ainda não preenchidos no momento da prática do ato”. Para além de prever, de forma inovadora (embora em termos, naturalmente, mais limitados), a aposição de cláusulas acessórias a atos administrativos de conteúdo vinculado, *prima facie* poderia dizer-se que o novo CPA flexibilizou o regime das *cláusulas acessórias* no exercício de poderes discricionários. Contudo, a necessidade de uma relação adequada da cláusula com o conteúdo típico e os *condicionalismos* prescritos pelo legislador no n.º 1 do artigo 149.º não permitem concluir por uma autêntica ampliação dos termos configurativos das cláusulas acessórias por comparação com a disciplina anterior.

<sup>1558</sup> “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, cit., p. 63.

<sup>1559</sup> Assim, MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., p. 41, referindo a dificuldade endógena de adaptação do ato administrativo a situações de meio termo, em que a realidade estática não lhe permite configurar uma decisão que realize, no caso concreto, o fim público cuja prossecução lhe é cometida pela norma habilitante.

de forma detalhada, através de uma regulação jurídica contratual<sup>1560</sup>. O mesmo se diga *mutatis mutandis* quanto à *negociabilidade da vigência dos vínculos contratuais*, na medida em que as partes têm a faculdade de fixar livremente o respetivo prazo de vigência, os pressupostos da sua modificação, caducidade, revogação ou resolução (artigo 336.º do CCP), bem como acordar a fixação de prazos, a forma de cumprimento das prestações contratuais e o regime indemnizatório. Isso significa o reconhecimento pelo legislador de uma ampla liberdade de determinação do conteúdo do negócio, naturalmente desde que as partes respeitem as vinculações decorrentes do princípio da legalidade administrativa.

Para além disso, naquelas situações atípicas e complexas que obrigam a “adequar a estrita aplicação da norma a circunstâncias nela não previstas”<sup>1561</sup> e cuja disciplina reclama a intervenção simultânea, no quadro de procedimentos administrativos complexos, de várias autoridades administrativas, é inquestionável que a instituição contratual se afigura mais adequada e eficaz do que as formas jurídicas unilaterais, favorecendo a planificação e a racionalização da intervenção administrativa. Estamos a pensar naqueles domínios onde a grandeza e a elevada complexidade técnica dos projetos apresentados à administração para aprovação são de tal ordem que implicam não apenas uma teia de atos administrativos de diferentes entidades públicas, como também a modificação de normas de natureza regulamentar. Nestas situações, há que atenuar as formalidades excessivas e infundadas, eliminar os desperdícios (seja de ordem material, seja de recursos humanos) e introduzir na relação jurídica mecanismos de concertação, acompanhamento, monitorização e de controlo de resultados.

Uma relevante expressão deste fenómeno contratual pode ser vista no âmbito do direito do urbanismo, polarizada na figura dos *Programas de Ação Territorial (PAT)*, previstos no artigo 73.º-A do RJRU<sup>1562</sup>. *Lato sensu*, estes programas são instrumentos contratuais de enquadramento das atuações das entidades públicas e privadas, que definem objetivos a atingir em matéria de transformação do território, especificam as ações a realizar pelas entidades envolvidas e estabelecem o escalonamento temporal dos investimentos necessários. De acordo com as diretivas para os instrumentos de gestão territorial constantes do Programa Nacional de Política e Ordenamento do Território, os Programas de Ação

---

<sup>1560</sup> Esta circunstância facilita a implementação da decisão administrativa, por via da *adesão* e da *aceitação* pelos respetivos destinatários. A doutrina alemã designa esta garantia da execução das decisões administrativas, através da concordância de um círculo o mais alargado possível de pessoas, como “função de integração da participação” (*Integrationsfunktion der Partizipation*) – cfr. ULRICH BATTIS, *Partizipation im Städtebaurecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, p. 44. O recurso ao contrato nestes termos garante maior eficácia da ação administrativa e permite a redução da litigiosidade.

<sup>1561</sup> Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 30. Cfr., também, Cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 383.

<sup>1562</sup> Sobre o funcionamento e modo de operacionalização dos Programas de Ação Territorial em Portugal, cfr. o *Guia dos Programas de Ação Territorial*, Direção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, 2011.

Territorial devem ser utilizados no âmbito da execução dos planos diretores municipais, tanto no domínio da colaboração entre sujeitos públicos, como na colaboração entre sujeitos jurídicos privados, para enquadrar investimentos da administração do Estado no território do município, articulando-os com os investimentos municipais que lhes devem ser complementares, e para enquadrar grandes operações urbanísticas da iniciativa dos particulares, articulando-as com os objetivos da política de ordenamento do território e urbanismo do município. Os Programas de Ação Territorial devem também ser utilizados para negociar, programar e contratualizar a elaboração de planos de urbanização e de planos de pormenor, a realização das operações fundiárias necessárias à execução destes planos, a realização de operações de reabilitação urbana, a construção de infraestruturas urbanas e territoriais e outras obras de urbanização e edificação neles previstas, bem como a implantação de equipamentos públicos e privados de utilização coletiva, fornecendo à condução dessas atuações urbanísticas as necessárias segurança jurídica, programação técnica e transparência.

De modo semelhante ao acordo de programa (*accordo di programma*) do direito do urbanismo italiano, inserido nas formas de programação contratualizada (*programmazione contrattata*), os Programas de Ação Territorial são figuras contratuais cuja finalidade é coenvolver uma pluralidade de sujeitos, públicos e privados, em intervenções mais ou menos complexas, destinadas ao desenvolvimento urbanístico de uma área. Visam, desta forma, superar a abstração da planificação e fazer convergir na realização dos programas concretos os sujeitos públicos a quem estão confiados o planeamento e a execução dos planos urbanísticos e os particulares interessados e, bem assim, definir os *tempos* de execução dos mesmos planos.

Poderá dizer-se, em síntese, que os Programas de Ação Territorial, tal como foram concebidos pelo nosso legislador, comungam de duas características essenciais: uma de *natureza contratual*, na medida em que unem, pela via contratual, uma multiplicidade de sujeitos (públicos e privados) na execução dos planos; e outra de *índole temporal*, na medida em que *graduam os tempos* de atuação das intervenções urbanísticas previstas para uma determinada área. Vistos sob o prisma desta segunda característica, os Programas de Ação Territorial aproximam-se do instituto italiano dos *programas plurianuais de execução* (*programmi pluriennali di attuazione*), cuja função é regular os tempos de execução dos instrumentos urbanísticos espaciais, dando corpo à denominada *planificação temporal*, a qual apresenta objetivos distintos da planificação espacial, pois esta visa a definição do ordenamento (forma) do território, não obstante a estreita conexão entre elas. Naquela primeira dimensão, os Programas de Ação Territorial são *contratos urbanísticos em sentido estrito*. Mais especificamente, revestem a natureza de *contratos-programa urbanísticos*, na medida em que comportam características nucleares dos clássicos contratos-programa (definem metas e objetivos escalonados no tempo, contêm um cronograma de execução temporal a diversos níveis, bem como um cronograma de execução financeira ou de investimentos financeiros, etc.).

Finalmente, na raiz da escolha do contrato encontram-se a noção de autonomia e a configuração desse instrumento como veículo de promessas, vinculativo por respeito à adstrição voluntária da promessa a que respeita. A utilização do contrato permite uma regulação pormenorizada da relação jurídica a que dá origem. Com efeito, a *gestão* da



relação jurídica contratual oferece às partes um regime jurídico substantivo caracterizado por uma maior elasticidade interna e adaptação aos interesses das partes contratantes.

#### **40.2. Concretização de políticas públicas (em especial, a captação de investimento privado)**

Vimos já, com algum detalhe na Parte I (*supra*, 25.4.4.), que o contrato constitui um instrumento de grande valia para a execução de políticas públicas. Mesmo em domínios de constrangimentos sobre a atuação dos particulares, a possibilidade de estes, através do diálogo e da negociação, submeterem projetos a apreciação pública que cumpram os requisitos legais e os *standards* de qualidade (em matéria urbanística, ambiental, energética, industrial, social) pode revelar-se fundamental sob a ótica da *captação de investimento privado*, quando induzido pelo Estado Administrativo. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN é particularmente devoto da figura da “terminação convencional do procedimento administrativo”, afirmando que este tipo de atividade contratual “assume cada vez maior importância, já que a administração não pode atender por si mesma a todas as solicitações da sociedade e precisa da cooperação da iniciativa privada e social”<sup>1563</sup>. Por sua vez, a iniciativa privada prefere instrumentos jurídicos que garantam a previsibilidade e a segurança necessárias à realização de investimentos – o *contrato* introduz, nesse sentido, um quadro ou uma regulação jurídica que *induz a confiança* (“tutela da aparência”).

Assim, se uma lei confere à administração competência para definir os contornos do conteúdo de uma decisão dirigida a um particular, a situação jurídica deste fica inteiramente dependente do sentido e do conteúdo da intervenção administrativa, o que torna manifesto o interesse daquele em contratualizar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento. A possibilidade de se estabelecerem prestações contratuais do particular como contrapartidas em procedimentos de licenciamento ou de adoção de regulamentos administrativos acentua a *missão funcional* da participação administrativa, já que a intervenção constitutiva dos particulares pode revelar-se decisiva para uma realização plena do interesse público, em virtude dos contributos carreados para a elaboração da decisão administrativa<sup>1564</sup>.

Neste sentido, a utilização da forma contratual oferece às partes um cronograma de intervenção que permite maior adequação dos projetos apresentados pelos particulares aos

<sup>1563</sup> *Derecho Administrativo*, cit., p. 508.

<sup>1564</sup> Cfr. M. NIGRO, “Convenzioni Urbanistiche e Rapporti fra Privati”, *Scritti Giuridici*, II, Milano, 1996, p. 1311.

constrangimentos legais (favorecendo, também, a celeridade e a eficácia da ação administrativa<sup>1565</sup>) e, por outro, permite a negociação e a entrega de prestações pelos interessados como contrapartida dos termos do exercício do poder administrativo<sup>1566</sup>.

G. SCIULLO defende que, a partir do momento em que se consolidou a admissibilidade da negociação do poder discricionário da administração pública, os agentes administrativos devem ser estimulados a utilizar os seus poderes (legais) de negociação para atingir resultados positivos sob a ótica do interesse público. O Autor defende a necessidade de a administração negociar com os particulares interessados no procedimento e interroga-se sobre o porquê de se negociar tão pouco (até 2003, apenas cerca de 20% das administrações públicas tinham recorrido aos acordos procedimentais previstos no artigo 11.º da Lei de Procedimento Administrativo italiana), quando se pode obter a adesão dos interessados à decisão pública. Entre os motivos, indica a inexistência de estruturas organizatórias adequadas e a falta de qualificação e formação dos agentes administrativos em matéria de negociação, o medo de que o contrato possa ser considerado pela justiça penal como instrumento usado para desvio de poder ou para a prática de facto ilícito e alguma incerteza do regime jurídico substantivo decorrente da regulamentação prevista no artigo 11.º da Lei do Procedimento Administrativo<sup>1567</sup>.

Isso não significa abrir a “esfera administrativa” aos interesses económicos privados, nem sequer suprimir os ingredientes éticos da atuação administrativa, mas tão-somente que a “boa administração” exige a concretização empenhada de políticas públicas e, nesse sentido, não prescinde da eficiência enquanto princípio retor que determina a realização do interesse público prosseguido pelos órgãos administrativos em causa (traduzindo-se em presteza, agilidade e redução de conflitos), nem ignora a necessidade de *ponderação das soluções do caso concreto*, de forma a alcançar a *melhor solução* em consonância com as políticas públicas legalmente definidas<sup>1568</sup> ou sob a ótica do menor

---

<sup>1565</sup> Assim, cfr. M. NIGRO, “Convenzioni Urbanistiche e Rapporti fra Privati”, cit., p. 1311.

<sup>1566</sup> Já, nesta linha, HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 98, sustentando que os contratos sobre atos e poderes públicos não servem “apenas para incrementar a participação dos cidadãos na atividade administrativa, mas sobretudo porque através dos mesmos se satisfazem importantes necessidades económicas das partes. O contrato garante a segurança jurídica que necessitam os particulares na hora de realizar avultados investimentos [...], e permite à administração, por sua vez, obter dos particulares que celebram o contrato (e que acordam a emissão de um ato favorável) prestações que não poderia impor como cláusula acessória ao ato administrativo”. Veremos, mais à frente, se os contratos sobre o exercício de poderes públicos podem revestir a modalidade de *contratos sinalagmáticos* e quais os condicionalismos a que se encontram sujeitos sob o ponto da conformidade do conteúdo prestacional.

<sup>1567</sup> “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, cit., pp. 36-38.

<sup>1568</sup> Quanto a nós, HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 98, vai longe demais quando chega a perspetivar “o contrato como fonte de financiamento das administrações públicas”. Julgamos que essa consideração traduz, em certa medida, um desvio na utilização da forma contratual no exercício do poder público. Uma coisa é afirmar – como sustentamos – que o contrato se revela um instrumento de grande utilidade na concretização e dinamização de políticas públicas, outra é associar a forma contratual à captação de receitas, prestações ou meios de financiamento privado.

sacrifício para o particular<sup>1569</sup>. Aliás, o princípio da adequação procedimental (artigo 56.º do CPA) parece apontar nesse sentido: o responsável pela direção do procedimento goza de discricionariedade na respetiva estruturação, podendo considerar que, quando soluções demasiadas rígidas forem empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve, invariavelmente, ceder diante das vantagens que a contratualização dos termos do procedimento pode proporcionar<sup>1570</sup>.

Atualmente, a realização de investimento privado reprodutivo na economia exige a utilização de instrumentos jurídicos contratuais que se caracterizem por oferecer ao setor privado *estabilidade e segurança* na realização de empreendimentos económicos (*princípio da confiança*). Subjacente a esta ordem de ideias encontra-se a necessidade de oferecer às partes um instrumento jurídico de apoio ao investimento que permita *unificar* num único ato uma multiplicidade de obrigações legais e regulamentares a satisfazer pelo requerente, superando-se obstáculos burocráticos e o excesso de formalismo na instrução dos projetos submetidos a apreciação pública. E, quando a complexidade técnica dos projetos apresentados à administração para aprovação é de tal ordem que implica uma teia de atos administrativos de diferentes entidades públicas, a realização de conferências procedimentais – previstas nos artigos 77.º a 81.º do CPA – pode constituir um poderoso instrumento ao serviço da celeridade na tomada de decisões administrativas.

Em Portugal, a necessidade de captação de investimento privado aliada à celeridade e desburocratização da atividade administrativa motivaram a criação, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2005, de 24 de maio, do Sistema de Reconhecimento e Acompanhamento de Projetos de Potencial Interesse Nacional (denominados Projetos PIN). A mesma Resolução criou também a Comissão de Avaliação e Acompanhamento dos Projetos PIN (a CAA-PIN). Trata-se de projetos que, por preencherem determinadas condições previstas no Decreto Regulamentar n.º 8/2005 (v.g., sustentabilidade ambiental e territorial; investimento global superior a 25 milhões de euros; impacto positivo em quatro das sete áreas referidas no n.º 2 do artigo 1.º do citado Decreto-Regulamentar;

---

<sup>1569</sup> Acompanhamos ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., p. 517, quando refere que a utilização da forma contratual no procedimento constitui “uma oportunidade para atingir o melhor temperamento entre o interesse público concreto e o interesse privado, na ótica do menor sacrifício e/ou da maior vantagem possível para o privado, no horizonte do exercício de uma competência administrativa que o atingirá”.

<sup>1570</sup> Se a administração nunca procedesse ao exercício antecipado do poder discricionário, deparar-se-ia, por vezes, com situações jurídicas em que não poderia concluir, com certeza, pela verificação ou não verificação dos pressupostos do ato definitivo, deixando para mais tarde essa concretização. Ora, se protelar para demasiado tarde a realização de todos os pressupostos, pode já não interessar ao particular promover qualquer ação materializada num investimento, derivando daqui prejuízos resultantes da demora da decisão sob a ótica dos resultados da atividade administrativa. Associando a *administração por acordo ou compromisso* com a *administração de resultados*, cfr. PIERPAOLO GRAUSO, *Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati*, cit., p. 146.

componente de investigação e desenvolvimento, de inovação aplicada ou de manifesto interesse ambiental), são reconhecidos pela CAA-PIN como *Projetos com Interesse Nacional* e por ela devem ser acompanhados ao longo das fases dos procedimentos que têm de decorrer no que toca a autorizações e licenças, beneficiando de um sistema de articulação dos diversos procedimentos necessários. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 285/2007, de 17 de agosto, estabeleceu um regime especial para o licenciamento e autorização dos projetos reconhecidos como “PIN+” (considerados projetos de excelência que cumprem *standards* de elevada qualidade). Recentemente, o Decreto-Lei n.º 154/2013, de 5 de novembro, conferiu aos projetos PIN um regime especial semelhante ao regime dos anteriores PIN+, que se traduz numa tramitação mais célere e eficaz dos respetivos procedimentos administrativos, nomeadamente através de apreciação prioritária, assim como da tramitação simultânea de procedimentos administrativos ou da redução de prazos endoprocedimentais, nos casos em que tal se afigure determinante para a eficaz implementação do projeto. Finalmente, são, também, em parte, razões ligadas à necessidade de captação de investimento privado que conduziram à aprovação do novo Código Fiscal do Investimento e à previsão de instrumentos contratuais, aos quais já nos referimos na Parte I.

### 40.3. Mediação e resolução de conflitos

No contexto atual, marcado por uma determinada compreensão da administração pública como mediadora e catalisadora de conflitos de interesses, a circunstância de se optar pela via da contratualização permite uma composição concertada dos interesses públicos e privados no procedimento. Efetivamente, a utilização do contrato administrativo na disciplina de relações jurídico-administrativas permite harmonizar ou conciliar o interesse público e o interesse privado. Isto porque a satisfação adequada do interesse público passa pela possibilidade de o órgão administrativo acordar com os interessados o conteúdo regulatório e os efeitos jurídicos adaptados aquela satisfação. Nesse sentido, o contrato permite compor pacificamente interesses antagónicos ou divergentes (*v.g.*, divergências quanto à solução a dar a questões ou problemas procedimentais) entre o órgão administrativo competente e os interessados, garantindo a pacificação das relações jurídico-administrativas. A diminuição da *conflitualidade* e da *litigiosidade* passa, assim, a constituir uma consequência natural da negociação do conteúdo do ato ou da definição consensual dos termos do procedimento, o que favorece a celeridade e otimização da ação administrativa<sup>1571</sup>.

---

<sup>1571</sup> MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, cit., p. 509, referindo as virtualidades da técnica contratual sob a ótica da “eficácia administrativa, mas também da redução ou mesmo eliminação de situações de conflito com os cidadãos”. No mesmo sentido, cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., p. 942; e G. SCIULLO, “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, cit., p. 45.

Em consonância com a ideia de *pilotagem*, a contratualização dos termos do procedimento permite “guiar” e “orientar” eficazmente a conduta dos particulares, projetando-se, de forma conjunta, os objetivos e meios que a administração há-de *in concreto* proclamar como sendo de interesse público. Por um lado, garante-se maior efetividade à ação administrativa da ótica dos resultados (*administração de resultados*). Por outro, se a vontade do particular interveio de forma coconstitutiva na estipulação de efeitos jurídicos, isso significa que, em princípio, o mesmo conformará a sua conduta quando a ação administrativa reflete o acordo alcançado. Esta circunstância facilita a implementação da decisão administrativa, por via da *adesão* e da *aceitação* pelo respetivo destinatário e promove uma lógica de atuação mais *cooperativa e preventiva* (e menos repressiva). Deve, por essa razão, falar-se aqui numa função de *mediação de interesses (públicos e privados)* protagonizada pelo contrato, justamente porque este, diferentemente da atuação administrativa unilateral, revela uma especial vocação para constituir uma base de diálogo e de assunção de compromissos entre as partes com vista à superação de interesses conflitantes<sup>1572</sup>. É essa *ratio essendi* que preside à celebração dos contratos endoprocedimentais previstos no artigo 57.º do CPA.

Noutras situações, é mesmo possível sustentar uma função *de resolução de conflitos* que o contrato sobre o exercício de poderes públicos revela aptidão para cumprir<sup>1573</sup>. Estamos a pensar no *contrato de transação*, que pode ser celebrado no quadro de um procedimento administrativo<sup>1574</sup>, estando subjacente à sua utilização a existência de dúvidas e incertezas relativamente à apreciação fáctica ou jurídica de um situação já verificada, através de concessões recíprocas. Nas *áreas* ou *setores especiais* do direito administrativo, é possível apontar ao contrato essa função de resolução de litígios, sobretudo em áreas da administração agressiva e em que tramitação procedimental é

---

<sup>1572</sup> Esta asserção justifica-se porque subjaz à técnica contratual o conceito de *negociação*, que se caracteriza, nas palavras de PEDRO CUNHA, *Conflito e Negociação*, Lisboa, 2001, p. 50, como “um processo de interação comunicativa em que duas ou mais partes tentam resolver um conflito de interesses, utilizando o diálogo e a discussão”.

<sup>1573</sup> HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 30, em nota, afirma que “o contrato é, pela sua natureza, uma figura menos litigiosa que o ato administrativo, já que a sua finalidade pode ser justamente evitar um processo judicial”.

<sup>1574</sup> Na Alemanha, encontra-se expressamente consagrado no §55 da Lei de Procedimento Administrativo (cfr. *supra*, 32.3.). No ordenamento jurídico italiano, vide BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., pp. 161-162. A admissibilidade geral da transação no direito administrativo é, por vezes, também perspetivada à luz do complexo problema da *renúncia* da administração. Para MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, cit., p. 461, a renúncia consiste no ato pelo qual o órgão administrativo, exercendo um poder discricionário, declara que não atuará, ou não exigirá, naqueles casos em que a lei deixa ao seu critério fazê-lo ou não. Em regra, “tais declarações só são produzidas quando a administração desiste ou transige num pleito ou acorda numa troca de vantagens com renúncias recíprocas”.

informada por uma índole *tipicamente conflitual*. Aqui o contrato configura uma autêntica “forma de resolução alternativa de incertezas e disputas”, evitando um litígio judicial.

No direito fiscal, o contribuinte exerce fundamentalmente uma participação *uti singuli* no procedimento, cumprindo uma finalidade de contraditório. Sucede, porém, que a participação-negociação não está completamente arredada no direito fiscal formal. Na determinação do *quantum* da matéria tributável, a Lei Geral Tributária prevê, em sede de *métodos indiretos*, um *acordo para a fixação da matéria tributável* que surge, no quadro do procedimento administrativo, quando se verificou um procedimento de revisão à luz do artigo 92.º da LGT. Tal acordo constitui uma *transação fiscal* (acordo “compositivo” sobre um litígio extra-judicial)<sup>1575</sup>. Quando a lei concede à administração fiscal faculdades de flexibilização na determinação da prestação tributária, são admitidas as transações fiscais, cuja causa-função é *prevenir ou terminar um litígio* através de concessões recíprocas (*aliquid datum e aliquid retentum* da questão controvertida)<sup>1576</sup>. Verifica-se, nestas hipóteses, que o contrato desempenha uma função de redução da conflitualidade entre a administração e o contribuinte, o que facilita a eficiência e a celeridade da ação administrativa<sup>1577</sup>.

No âmbito do procedimento expropriativo, tem lugar o *acordo* que a entidade expropriante deve procurar obter com o expropriado e os demais interessados no âmbito da denominada *expropriação amigável*, antes de avançar para a discussão litigiosa da indemnização, sobre os seguintes aspetos: o montante da indemnização; o pagamento da indemnização ou de parte dela em prestações, os juros respetivos e o prazo de pagamento destes; o modo de satisfazer as prestações; a indemnização através da cedência de bens ou direitos; a expropriação total; e as condições acessórias – acordo esse que, no caso de

---

<sup>1575</sup> Administração e particular acordam a matéria tributável que, sendo fixada, serve de parâmetro à prática do ato de liquidação. A respeito da avaliação da matéria tributável por métodos indiretos, é de acrescentar que a sua impugnação depende da prévia reclamação concretizada num procedimento de revisão da matéria tributável previsto e regulado no artigo 91.º da LGT. Se neste procedimento de revisão da matéria tributável houver acordo entre o perito do contribuinte e o perito da administração tributária, a determinação da matéria tributável por métodos indiretos firmada nesse acordo constitui caso resolvido, sendo insuscetível de revisão e de impugnação administrativa ou judicial.

<sup>1576</sup> Assim, cfr. CASALTA NABAIS, *Contratos Fiscais*, cit., p. 108. Cfr., também, ROMAN SEER, “Contratos, Transacciones y otros Acuerdos en Derecho Tributario Alemán”, cit., pp. 133-160; e JOÃO TABORDA DA GAMA, “Contrato de transação no direito administrativo e fiscal”, *Separata [dos] Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. V, Almedina, 2003, pp. 607-694.

<sup>1577</sup> A redução da conflitualidade é mesmo a razão fundamental que justifica o recurso ao contrato nestas matérias de direito fiscal formal – cfr. MARCO VERSIGLIONI, “L’ accertamento con adesione: strumento di tutela del contribuente rispetto all’ efficiente e responsabile agere pubblico consensuale (compositivo)”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, cit., pp. 108-114. Este aspeto é particularmente relevante no domínio do direito fiscal formal, na medida em que se vem fazendo apelo à *transição de um modelo tipicamente conflitual* entre a administração fiscal e o contribuinte para um *modelo participativo*, sendo atribuído um papel relevantíssimo ao procedimento administrativo enquanto *locus* destinado à troca de informação, à discussão, à colaboração e à conclusão de acordos quanto aos critérios e indicadores que se aplicam ao contribuinte para a quantificação da matéria tributável. Naturalmente, a intervenção desse tipo de negociação no direito fiscal não surge isenta de dúvidas e perplexidades, desde logo em face do sentido vinculativo do princípio da legalidade fiscal e do princípio da indisponibilidade da obrigação tributária – assim, cfr. MARIA TERESA MOSCATELLI, *Moduli consensuali e istituti negoziali nell’ attuazione della norma tributaria. L’ ordinamento tributario italiano*, Milano, 2007, p. 126; e SALVATORE LA ROSA, *Profili Autoritativi e Consensuali del Diritto Tributario*, Giuffrè Editore, 2008, pp. 89 e 110.

sucesso, é formalizado ou por escritura de expropriação amigável ou auto de expropriação amigável, conforme os casos (artigos 33.º a 37.º do Código das Expropriações). Este acordo constitui um *contrato de transação* que põe termo ao procedimento expropriativo, cujo ato constitutivo é a declaração de utilidade pública. Também aqui se pode vislumbrar que o contrato desempenha uma função de pacificação e de redução da conflitualidade (resolução de uma disputa) entre a entidade expropriante e o expropriado<sup>1578</sup>.

Para mais tarde fica a questão de saber se, quando o particular celebra um contrato endoprocedimental, este fica, em resultado de tal celebração, impossibilitado de arguir posteriormente, junto dos tribunais administrativos, a invalidade do ato administrativo que vier a ser praticado (*infra*, 59.). Em síntese, torna-se perceptível que o contrato não apenas permite estabelecer um programa de intervenção sobre a realidade jurídica mais detalhado e passível de disciplinar situações atípicas e complexas do que uma atuação unilateral<sup>1579</sup>, como constitui um instrumento de grande valia na concretização de políticas públicas, possibilitando, ainda, a mediação e resolução de litígios entre as partes<sup>1580</sup>.

#### **41. Garantias dos particulares, vinculações da administração pública e princípios jurídicos fundamentais**

A aferição dos padrões normativos no direito da contratação administrativa não se reduz ao sentido vinculativo da legalidade administrativa – avaliada em função do *primado da lei* e da *reserva de lei* –, já que abrange o respeito pelos princípios constitucionais de procedimento que regem a atividade administrativa e o respeito pelos direitos dos particulares, sustentados pela garantia de uma proteção judicial efetiva. A atividade da administração pública que se traduz na celebração de contratos sobre o exercício de poderes públicos tem, como qualquer atuação administrativa, de respeitar os princípios materialmente informadores da atividade administrativa, como os princípios da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade, da justiça e da boa-fé (artigo 266.º, n.º 2, da CRP). Os princípios jurídicos materiais ou substanciais, enquanto concretizações do princípio da juridicidade, regem diretamente a atividade administrativa, seja autonomamente como padrões de validade, seja influenciando a interpretação e aplicação, administrativa e judicial, das leis (interpretação conforme aos princípios)<sup>1581</sup>.

---

<sup>1578</sup> Sobre estes contratos, cfr. o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 176-178.

<sup>1579</sup> Cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 383.

<sup>1580</sup> Cfr. DEEPAK MALHOTRA, “Negotiate or Litigate?”, *The New Conflict Management: Effective Conflict Resolution Strategies to Avoid Litigation*, Program on Negotiation Harvard Law School, 2004, pp. 1-4.

<sup>1581</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 43.

Ora, uma vez que os contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos têm o seu espaço paradigmático de intervenção no âmbito do exercício do poder discricionário da administração, a aplicação dos princípios jurídicos fundamentais assume aqui uma relevância acrescida no que respeita ao juízo de compatibilidade do conteúdo das relações contratuais e da formação do contrato com a juridicidade<sup>1582</sup>. Quer dizer, a margem de livre apreciação que é concedida à administração está condicionada por esses princípios, o que significa que a atuação administrativa poderá ser contenciosamente sindicada com fundamento na ofensa desses limites.

Os limites que são fixados para o exercício do poder discricionário têm nos *princípios jurídicos fundamentais* o seu principal esteio. Todavia, como salienta MARIA DA GLÓRIA GARCIA, estes princípios não importam “a justiciabilidade total das decisões que os concretizam, tudo dependendo da densidade jurídica dos referidos princípios [...]; como regra [...], só são justiciáveis as decisões que, de um modo intolerável, os violem, mas a medida da intolerabilidade muitas vezes só no concreto se define, porque só aí se pode determinar o grau de autonomia decisória da administração”<sup>1583</sup>. Aos princípios jurídicos fundamentais somam-se os *princípios jurídicos instrumentais e procedimentais* (transparência e publicidade, igualdade de tratamento e igualdade de chances) aplicáveis em matéria de formação de contratos públicos. Significa isto que a *discricionarietà* não tem apenas por limite interno o fim visado pela norma que a confere, sendo limitada positivamente pelos princípios jurídicos fundamentais da atividade administrativa. A eficácia destes limites não é a de apontar injuntivamente um sentido de decisão, mas a de impor certos cânones ao *iter* lógico que conduz à decisão<sup>1584</sup>. Fora do controlo dos tribunais administrativos fica a reponderação dos juízos valorativos dos interesses em conflito que integram materialmente a função administrativa<sup>1585</sup>.

Sem a pretensão de fornecer já uma exposição completa e detalhada nesta matéria, procuramos, em seguida, apenas justificar a necessidade de compatibilização axiológico-material do contrato administrativo com determinados princípios jurídicos fundamentais e

---

<sup>1582</sup> Nestes termos, advertindo para os *riscos* de a forma contratual produzir tratamentos discriminatórios e constituir fonte de *privilégios, dispensas e benefícios individuais*, sobretudo quando se regista a atribuição à administração de um poder discricionário especialmente amplo, cfr. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, cit., p. 509; BRUTI LIBERATI, *Consensus e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., pp. 128-135; PIER LUIGI PORTALURI, *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali*, cit., pp. 30-31; GUIDO GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., pp. 4-5; e HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 199-200 e 271-277.

<sup>1583</sup> *Da Justiça Administrativa em Portugal*, cit., pp. 641-642.

<sup>1584</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 779.

<sup>1585</sup> A respeito de um *contrato substitutivo de ato administrativo (in casu, uma licença de uso privativo do domínio público)*, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 28/05/1997 (Processo n.º 039169).



enunciar o seu *modus operandi* no âmbito do exercício contratual de poderes administrativos. A aplicação prática ficará para mais tarde, quando nos debruçarmos sobre o regime jurídico do contrato administrativo celebrado no exercício de poderes públicos e, bem assim, quando perscrutarmos os limites jurídicos e político-institucionais do Estado Contratante. Essa «avaliação de resultados» não deixará, assim, de ser feita no presente estudo.

#### **41.1. Princípios da igualdade de tratamento e da imparcialidade**

A possibilidade de a administração e os privados poderem negociar e acordar livremente a programação de um regime jurídico mais flexível do que aquele que resultaria da aplicação de normas gerais e impessoais, através de atos administrativos, pode revelar-se suscetível de perturbar a objetividade da decisão administrativa. Tradicionalmente, a questão correspondia à preocupação de saber *se e até que ponto* os pactos e concertos entre a administração e os particulares (ou grupos sociais), enquanto instrumentos que criam regimes *especiais* para os que participam nas relações jurídicas de tal maneira reguladas, escapam a uma “ordem jurídica universal” que postula, sempre que possível, *igualdade de tratamento, objetividade e imparcialidade* na decisão administrativa. Alegava-se que o contrato permitia, em cada caso, uma configuração diferenciada dos efeitos jurídicos. E pressupunha-se que isso seria incompatível com as características próprias de uma atuação administrativa objetiva e imparcial, que deve traduzir uma ponderação equidistante das posições jurídicas dos particulares.

Sucedo, porém, que a administração, quando atua no uso de poderes discricionários por via unilateral, também pode discriminar os particulares e produzir decisões arbitrárias. A vinculação ao princípio da igualdade é comum a toda a atividade administrativa, qualquer que seja a forma de atuação adotada. Gozando a administração de certa liberdade, ou de uma certa margem de livre decisão na aplicação da lei, não está de todo afastada a possibilidade de violação da igualdade de tratamento, sendo totalmente irrelevante o facto de a mesma se processar por via unilateral (de atos administrativos) ou por via contratual. Não é, pois, necessariamente, o contrato que origina as (potenciais) desigualdades.

Além disso, aquela linha argumentativa esquece que, nos termos da lei, não é *causa-função* do contrato sobre o exercício de poderes públicos estabelecer privilégios e tratamentos diferenciados para os particulares. Como ensina L. PAREJO ALFONSO, a *causa-função* do contrato reside na satisfação do interesse público pré-definido a um nível político superior e concretizado no procedimento administrativo, sendo exigida, no plano da

validade, a conformidade do contrato com o ordenamento jurídico positivo, a certeza e determinação do seu objeto e a existência e licitude da causa<sup>1586</sup>. Portanto, a utilização do contrato sobre o exercício do poder público não pode traduzir a cedência a interesses ilegítimos de apenas um destinatário da decisão administrativa e revelar-se um mecanismo atributivo de *privilégios, dispensas e benefícios individuais* desconforme ao direito.

Podemos dizer, acompanhando L. PATTI, que o contrato “enquanto instrumento jurídico ao serviço do poder discricionário da administração, integrativo ou substitutivo do ato administrativo, nasce em si mesmo *funcionalizado*, na medida em que a lei o configura como uma forma jurídica de individualização e realização concreta do interesse público”<sup>1587</sup>. Ao contratar, o contraente público tem sempre de se pautar pelo interesse público fixado na norma de autorização específica – *rectius*, na norma que lhe atribui aquela competência típica – e, nessa medida, está vinculado a prosseguir o interesse público, mesmo quando utiliza formas de ação mais flexíveis e dúcteis.

A *objetividade* e a *imparcialidade* da decisão estarão garantidas desde que: (i) a autoridade administrativa não deixe de ponderar outros interesses (públicos e privados) que se cristalizaram no decurso do procedimento; (ii) a autoridade administrativa apure todos os interesses em presença (públicos e privados) e analise as particularidades do caso, para verificar se existe verdadeira analogia que justifique a mesma solução, ou se alguma particularidade do caso merece um exercício diferenciado do poder discricionário; (iii) a autoridade administrativa tenha em mira o interesse público e, no exercício na sua liberdade constitutiva, considere, sem aceção da pessoa dos seus titulares (*dessubjetivação* da decisão), todos os interesses juridicamente apreciáveis, tomando como momento necessário desse seu intento a possibilidade de ocorrência de situações similares e o dever de as tratar de modo igual ao do caso vertente<sup>1588</sup>.

No exercício de uma *atividade de controlo*, haverá que apurar se as partes visaram, entre outros aspetos: utilizar o negócio para estabelecer formas de tratamento mais

<sup>1586</sup> *Derecho Administrativo*, cit., p. 950.

<sup>1587</sup> *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., p. 75.

<sup>1588</sup> Já enunciando a superação do óbice da *igualdade de tratamento* em sede de avaliação da “administração concertada”, cfr. A. BARBOSA DE MELO, “Introdução às formas de concertação social”, cit., pp. 47-54. Segundo o Autor, a concertação e a contratação administrativas apenas põem em causa a “«igualdade igualitária», isto é um certo modo mecanicista, simplista e razoirante de compreender e aplicar a igualdade jurídica”. A verdade é que o princípio da igualdade possui um conteúdo normativo mais complexo do que a crítica da violação da igualdade de tratamento pretende fazer crer: “qualquer solução pontual não viola, só pelo facto de o ser, a igualdade de tratamento dos administrados. O que esta valência exige, enquanto tal, é que a administração compare o caso que vai decidir com outros casos, reais ou virtuais, pertencentes ao mesmo universo de relevância e o decida como se ele fosse uma espécie de um género, proibindo-lhe que o considere como um caso isolado, único ou irrepitível. Ela apenas exclui as decisões espontâneas ou *ad hoc*, isto é, totalmente incontroláveis, quanto à sua racionalidade intrínseca, pela comunidade jurídica (isto é, o corpo das pessoas prudentes, justas e razoáveis)”.

favorável de certos sujeitos privados, designadamente conluio ilegítimo, em favorecimento ou detrimento, de outros sujeitos interessados<sup>1589</sup>; derrogar vinculações e garantias de imparcialidade decorrentes da lei; utilizar o contrato como modo de desvio de poder para prossecução de fins de interesse privado. É de salientar, também, a *proibição do arbítrio*, controlo de cariz fundamental no exercício do *poder discricionário*, exigindo que o agente administrativo se determine pelo específico fim que a lei teve em vista ao atribuir-lhe tal poder jurídico e, ainda, que ele procure decidir segundo um critério ou *máxima de decisão* objetivo e justo. Finalmente, os *vícios do uso do poder discricionário* – quando se verificam motivos inexistentes, deficientes, falsos, desviados, contraditórios, incongruentes ou ilegítimos na decisão administrativa – são vícios na relação *fim-conteúdo* (vícios funcionais da *decisão*), normalmente associados à violação dos princípios da imparcialidade e da igualdade<sup>1590</sup>.

#### 41.2. Princípios da transparência e da publicidade

A conformação normativa do procedimento de formação dos contratos sobre o exercício de poderes públicos inclui necessariamente a referência a exigências de *transparência* e de *publicidade* a que se encontram vinculadas as entidades administrativas. Considerando que democracia “é o governo do «poder visível»”<sup>1591</sup>, a *transparência* e da *publicidade* surgem como valores centrais e indiscutíveis do sistema administrativo democrático, sobretudo em matéria de contratação pública (cfr. o 1.º, n.º 4, do CCP, que eleva a transparência a princípio fundamental da contratação pública).

Contudo, as vinculações normativas do procedimento de formação dos contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos não podem, por princípio, ser ampliadas de forma a corresponder à regulação (mais intensa) dos contratos de procura pública, submetidos por lei a procedimentos de seleção concorrencial. Neste sentido, o artigo 5.º, n.º 6, *b*), do CCP (“contratação excluída”) subtrai da aplicação da Parte II os “contratos como objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”. E, porque nestes contratos não se suscitam, em regra, *preocupações concorrenciais*, as implicações tipicamente associadas ao princípio da transparência na contratação pública não irradiam a sua força normativa com tanta intensidade nos contratos sobre o exercício de poderes públicos. Deste modo, pode não ser exigido: o dever de publicitar previamente a intenção de contratar e as principais condições do contrato a

<sup>1589</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 789.

<sup>1590</sup> Assim, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 181.

<sup>1591</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, cit., p. 110.

celebrar; a publicitação das regras do procedimento e a definição clara dos critérios de adjudicação.

Cumpra aqui notar que a maioria dos contratos sobre o exercício de poderes públicos são celebrados no decurso do *procedimento administrativo* com o *destinatário ou interessado* no ato administrativo (*infungibilidade* do cocontratante da administração), dependendo de um pedido ou requerimento particular, o que fornece uma explicação suficiente para que o citado preceito do Código dos Contratos Públicos remeta o seu processo de formação para o Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações, devendo a entidade pública adotar um procedimento que ofereça todas as garantias de imparcialidade e de transparência, nomeadamente a publicidade adequada do início do procedimento, da sua condução e do seu encerramento.

A compreensão dos valores da *transparência e da publicidade* neste domínio reveste contornos específicos. Assim, por vezes, a lei pode exigir a *publicitação da deliberação de celebração do contrato*, impondo a explicitação das razões de interesse público e a oportunidade do recurso ao contrato em detrimento da atuação unilateral (v.g., artigo 81.º, n.º 2, do RJIGT). Enquanto a *transparência* se destina a dar a conhecer a todos os interessados o sentido, o conteúdo e o propósito da celebração do contrato, a *publicidade* alarga o círculo dos destinatários quanto a este desvendar do procedimento contratual. Há, também, quem entenda que, no âmbito da discricionariedade de escolha optativa entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais, a eleição da forma contratual no procedimento em detrimento do ato administrativo (contrato substitutivo) seja acompanhada do dever de fundamentação (*princípio da fundamentação expressa*)<sup>1592</sup>.

Finalmente, a transparência administrativa postula a garantia do *direito de acesso à informação* (não manipulada). Essa regulação comunicativa garantida por lei pressupõe a existência de uma administração que informa e que cria as estruturas comunicativas adequadas (apoiadas em ferramentas de *e-government*). No sentido de combater o princípio da “*arcana praxis*” ou do “segredo administrativo”<sup>1593</sup>, a administração pública, para além da obrigação de *publicitar um conjunto alargado de atos*, deve garantir aos interessados o

---

<sup>1592</sup> Assim, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, cit., pp. 817-818, referindo que a opção pela figura do contrato administrativo substitutivo de ato administrativo “vincula-a a «fundamentar» a sua decisão – em termos, por exemplo, de justificar porque é que as características de interesse público do contrato e do seu desenvolvimento a levaram a enveredar” por tais formas jurídico-administrativas.

<sup>1593</sup> J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, cit., p. 824. O Estado Constitucional encaminha-se, assim, para a superação “das coisas secretas do império” (*arcana imperii*): só por razões de segurança interna e externa, de investigação criminal e de proteção da intimidade das pessoas é que a lei pode proteger os segredos da administração (cfr. artigo 268.º, n.º 2, *in fine*, e artigo 20.º, n.º 3, da CRP).

*direito de acesso à informação procedimental* e a garantia de acesso *aos arquivos e aos registos administrativos*, incluindo os contratos administrativos celebrados e em execução, em consonância com o “princípio da administração aberta”, consagrado nos artigos 268.º, n.º 2, da CRP e 17.º do CPA. Somente uma política de informação, aberta e transparente, permite uma *função de controlo* pelos cidadãos, consubstanciada na prestação de contas (*accountability*) ao nível da *conveniência e oportunidade* dos contratos celebrados pela administração.

### **41.3. Princípios da igualdade de chances e da concorrência**

Referimos há pouco que os contratos sobre o exercício de poderes públicos não se encontram, por princípio, submetidos às regras da contratação pública [*ex vi* artigo 5.º, n.º 6, b), do CCP]. Decorrencia da infungibilidade do cocontratante particular, estes contratos, por princípio, não pertencem ao “mercado dos contratos públicos”, pelo que não reclamam a promoção e o fomento da concorrência e a sujeição a procedimentos típicos de seleção concorrencial. Contudo, negar, de forma genérica e peremptória, a aplicação do princípio da igualdade de chances e de oportunidades entre operadores económicos a todas as modalidades de contratos sobre poderes públicos não se afigura correto à luz do princípio da juridicidade, sobretudo, quando, de forma direta ou encapuçada, tal envolva uma *conventio ad excludendum* de outros parceiros negociais com idênticos interesses. Se o legislador considera, no artigo 1.º, n.º 3, do CCP que, por ato administrativo que atribua vantagens ou benefícios, em substituição da celebração de um contrato público, é possível defraudar as regras da contratação pública, por maioria de razão, também se podem violar preocupações ou regras concorrenciais quando a administração utiliza a forma de contrato sobre o exercício de poderes públicos para a atribuição de vantagens ou benefícios a particulares.

Efetivamente, não é admissível negar, genericamente, às empresas um direito de igualdade de oportunidades e de acesso a certas *prestações com valor económico* concedidas pelas entidades públicas, sobretudo em contextos de impossibilidade de ocorrência de situações similares (alocação de recursos escassos). Se o contrato administrativo (*v.g.*, atribuição de uma subvenção pública, a aprovação de um regulamento administrativo com um certo conteúdo) representar uma vantagem económica atribuída pela administração, a exigência de apelo à concorrência em condições de igualdade decorre, para a entidade adjudicante, de uma *diretriz constitucional* e da sua vinculação ao princípio da igualdade. Como salienta PEDRO GONÇALVES, a outorga de um contrato pode constituir “um facto único, que não se repete e, portanto, não se pode replicar para outras empresas, razão

porque a «chance» de acesso ao mesmo não pode deixar de ser oferecida a todos os eventuais interessados [...], pelo que a vantagem económica correspondente à adjudicação de um contrato [...] obriga as entidades adjudicantes a proporcionarem a todos os eventuais interessados a «oportunidade igual de alcançar um benefício económico que o Estado decidiu alocar»<sup>1594</sup>.

Em causa está, pois, uma *igualdade de chances* no acesso à adjudicação (iguais condições de acesso e, bem assim, iguais condições de tratamento dos participantes). No cumprimento desse princípio, cabe ao poder público definir a *medida certa* da concretização do princípio concorrencial, quando confrontado com determinado contexto em que pode existir uma *pluralidade de interessados* na prestação da administração. Não anteciparemos, para já, as nossas conclusões nesta matéria, nem a fundamentação jurídico-positiva do resultado a que pretendemos chegar (*infra*, 50.). Diremos apenas que – *como regra* – a lógica concorrencial não orienta a adjudicação de contratos sobre o exercício de poderes públicos.

#### **41.4. Princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade**

Genericamente, a promoção da contratualização no procedimento administrativo encontra-se intimamente associada à ideia de segurança jurídica, mais especificamente às exigências de *fiabilidade, clareza e confiança* que deste modo caracterizam as relações de concertação entre os sujeitos da relação jurídica procedimental. O contrato (especialmente, o contrato endoprocedimental), enquanto instrumento jurídico-formal vinculativo, constitui um parâmetro que *conforma a atuação* da administração e do particular cocontratante. Mas a alusão à segurança jurídica, enquanto princípio jurídico capaz de alicerçar posições juridicamente protegidas, pretende também traduzir uma outra formulação que aqui se adota, relacionada com o tópico da *justiça material do conteúdo* do contrato. O problema da justiça material do conteúdo do contrato sobre o exercício de poderes públicos carece de uma adequada perspetivação que não prescindia do *equilíbrio substancial* entre o imperativo da prossecução do interesse público e os direitos dos particulares. Trata-se, pois, de uma questão naturalmente associada à “subordinação” mais intensa do particular neste tipo de contratos administrativos – já que, em alternativa, a administração sempre poderá exercer os seus poderes de forma unilateral –, que consiste em não abdicar das exigências de sentido do *princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança*. Iremos considerar algumas

---

<sup>1594</sup> *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., pp. 387-388.

hipóteses em que tal pode ocorrer ao longo da nossa investigação. Para já, cabe-nos apenas enunciar, através de tópicos, os respetivos nódulos problemáticos.

Primeiro, o fenómeno da contratualização do poder público projeta para a primeira linha a necessidade de tutela dos direitos subjetivos dos particulares que, em determinados contratos, se encontram numa posição fragilizada perante a administração<sup>1595</sup>. Justamente porque as posições jurídico-subjetivas dos particulares se podem degradar nos contratos substitutivos de atos administrativos (por relação àquelas de que gozam quando a administração atua por via unilateral), há que considerar que *garantias jurídicas* têm os particulares e equacionar qual o *critério jurídico* adotado para que a administração possa “impor” cláusulas contratuais aos particulares, designadamente cláusulas de *conteúdo agressivo ou desvantajoso*. Receia-se que, por essa via, o recurso ao contrato possa ser transformado numa forma de aumentar o poder da administração relativamente a elementos não diretamente ligados ao objeto do procedimento, designadamente exigindo contrapartidas ou prestações pecuniárias arbitrárias. A contraprestação do particular há de, por isso, revelar-se *proporcional* e *destinar-se a prosseguir os interesses públicos* subjacentes à emissão do ato em causa (cfr. o artigo 281.º do CCP). O princípio da conexão material e da proporcionalidade das prestações contratuais encontra a sua origem no n.º 2 do artigo 179.º do anterior CPA. Esse preceito ditava a impossibilidade de o contraente público impor ao cocontratante prestações desprovidas de ligação ao objeto do contrato ou que se revelassem desproporcionadas. O artigo 281.º do CCP representa uma resposta equilibrada às preocupações do legislador: o contraente público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material direta com o fim do contrato (*princípio da proporcionalidade e da conexão material das prestações contratuais*).

Em segundo lugar, o contrato sobre o exercício de poderes públicos deverá ser submetido a um regime jurídico substantivo que ofereça um mínimo de estabilidade e de segurança jurídica às partes (*efeito obrigatório do contrato*). Este aspeto é particularmente relevante no que toca à matéria do incumprimento, extinção e responsabilidade contratual. Se o contrato sobre o exercício de poderes públicos não oferecer um regime supletivo e injuntivo consolidado, previsível e apreensível para as partes contratuais, legitimamente se deverá questionar a utilidade dessa figura<sup>1596</sup>.

---

<sup>1595</sup> Cfr. GUIDO GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, cit., p. 5.

<sup>1596</sup> Recorde-se que G. SCIULLO, “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, cit., pp. 36-38, apontava como razão para o escasso recurso à figura dos acordos procedimentais no ordenamento italiano a falta de clareza do seu regime jurídico substantivo.

Em terceiro lugar, porque o contrato versa sobre o exercício futuro do poder discricionário da administração pública, o contraente público é chamado a resolver situações jurídicas que, sendo efetivamente conhecidas, estão sujeitas a alterações a curto prazo. Referimo-nos aos casos em que se torna possível antecipar o exercício do poder administrativo discricionário, mas em que não se pode afirmar que existe, na sua plenitude, uma certeza no futuro imediato quanto à manutenção dos pressupostos de facto ou de direito que estruturam a decisão. Isto é assim porque este contrato administrativo orienta-se para o *futuro* e para um fim referido a situações por natureza mutáveis. O seu objeto de regulamentação é, assim, uma *relação* essencialmente *dinâmica*, o que dá à vontade das partes um sentido *prospetivo* e não *fixista*.

Logo, decorrência da própria componente temporal que, por natureza, pode adensar a incerteza sobre a futura verificação dos pressupostos da decisão prometida, colocam-se nos contratos endoprocedimentais de conteúdo obrigacional problemas jurídicos respeitantes tanto à *produção de efeitos jurídicos* (condicionados à manutenção dos pressupostos iniciais), como de *afetação do risco* (v.g., o risco *ultra vires*; o risco que cada parte suporta pelos agravamentos resultantes de ocorrências supervenientes; o risco de alteração ou de impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencional<sup>1597</sup>). Veremos que a doutrina propõe aqui diferentes “soluções de regime” que contendem, por um lado, com os termos em que se verificam os pressupostos do exercício antecipado do poder discricionário e, por outro, com a diminuição da margem de risco para o particular (v.g., condição resolutiva de compatibilidade do acordo com o resultado do procedimento; obrigação de meios; compromisso assumido sob reserva de manutenção dos elementos da *facti species* considerada, cláusula *rebus sic stantibus*, caducidade da obrigação contratual).

Daí essa “gestão do risco”, fruto na necessidade de lidar com elementos de prognose, circunstâncias supervenientes, variações e reponderações do interesse público – que exigem uma adaptação constante a realidades que se modificam – dever, quanto a nós, ser preferencialmente acautelada no clausulado aquando da negociação do contrato, designadamente a identificação dos riscos quantitativos e qualitativos que podem afetar o

---

<sup>1597</sup> E, por isso mesmo, as partes poderão ficar no *dilema* fundamental de celebrar ou não celebrar o contrato, já que o exercício futuro do poder público num certo sentido não encerra, em si mesmo, uma certeza. No que respeita ao risco *ultra vires*, uma promessa de contratar inválida ou uma promessa inválida de praticar um ato com um certo conteúdo não podem deixar de relevar em sede de responsabilidade civil da administração pública. Entre nós, ao contrário do que parece suceder no sistema jurídico inglês, a espada de Dâmocles não está direcionada apenas contra a cabeça do particular, mas também sobre a da administração, pois caso esta não cumpra o contrato, contra ela podem ser invocadas pretensões indemnizatórias. Este *equilíbrio substancial* constitui um aspeto essencial no desenho do regime jurídico do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos.



cumprimento do contrato, a probabilidade da sua ocorrência e/ou impacto, as soluções de equilíbrio económico-financeiro, a tutela do interesse contratual positivo e os termos da indemnização devida. Por conseguinte, o contrato sobre o exercício de poderes públicos terá que se revelar um instrumento capaz de absorver a *incerteza* das situações jurídicas que visa regular e acompanhar a evolução das mesmas, bem como do interesse público que nelas se patenteia. Só nesses termos poderá ser concebido como um instrumento jurídico que oferece segurança jurídica e preserva a confiança das partes.

Em quarto lugar, não se deve ignorar que a realização do interesse público, pela sua natural predominância, pode justificar certos poderes de *rescisão ou resolução* do contrato, que não existem como regra no direito privado, conquanto o exercício desses poderes conheça limites e respeite a equação contratual originária. No contexto específico dos contratos que envolvam o exercício de poderes administrativos, designadamente aqueles em que a administração se obrigue a emitir, alterar, revogar ou a não praticar atos de autoridade, a sujeição aos princípios da legalidade e da juridicidade constitui um limite funcional da autonomia pública contratual. Isso significa que a realização imperativa do interesse público pode legitimar a prevalência, em certos termos e observadas determinadas condições, da “lógica da função” sobre a “lógica do *pactum*”. Seguindo de perto a *tese da estrutura elástica do poder público* proposta por M. NIGRO, podemos dizer que, “se existe qualquer coisa que, pela sua natureza, é elástico e mutável em relação às circunstâncias concretas é o poder administrativo. O poder apresenta uma única qualidade entre aquelas que habitualmente lhe são atribuídas: é *inesgotável e irrenunciável*. Portanto, toda a obrigação que comporte um vínculo do poder administrativo é sempre assumida *rebus sic stantibus*”<sup>1598</sup>.

#### **41.5. Princípio da indisponibilidade do poder público**

Um dos óbices tradicionalmente colocados à celebração de contratos sobre o exercício de poderes públicos prende-se com o respeito pelos *princípios da irrenunciabilidade e inalienabilidade* das competências administrativas. Sabemos, hoje, que a utilização do contrato como forma de regular os termos do exercício do poder público não implica, em abstrato, uma renúncia da administração ao exercício unilateral de poderes discricionários. *Lato sensu*, o obstáculo da irrenunciabilidade e da inalienabilidade das competências administrativas deve ser superado sempre que se verificar que o objeto do acordo de vontades não se destina a contratualizar o próprio poder público (ao qual o ente

---

<sup>1598</sup> “Convenzioni Urbanistiche e Rapporti fra Privati”, cit., p. 1311.

administrativo não pode renunciar), mas o *modo*, o *sentido* ou os *termos* do exercício desse poder no caso concreto. Como refere a doutrina italiana, o contrato não vai esgotar o poder público (“*inesauribilità del potere amministrativo*”), nem negar-lhe a sua essência<sup>1599</sup>. Nessa medida, admite-se, hoje, que, por contrato administrativo, a administração vincule antecipadamente o exercício do poder discricionário num caso concreto, preservando, contudo, a faculdade de emitir ou não emitir um ato em termos distintos do acordo firmado. Esse compromisso decisório relativamente a uma situação concreta cujos pressupostos de facto se encontram delimitados constitui uma expressão da autonomia pública contratual legalmente reconhecida.

É expressiva, a este respeito, a tese de HUERGO LORA: “nos contratos sobre atos e poderes administrativos, a administração não cede a um terceiro os seus poderes, nem renuncia definitivamente ao seu exercício, mas simplesmente vincula-o para um caso concreto. Quer dizer, não realiza, em sentido estrito, um ato de disposição, mas um ato de exercício desse poder. A validade de um ato emitido com base nas circunstâncias descritas não está necessariamente excluída por força do princípio da indisponibilidade”<sup>1600</sup>. Em sentido idêntico PORTALURI esclarece que “o poder discricionário pode, se bem que não em via absolutamente genérica, constituir objeto de atos de disposição com os particulares”<sup>1601</sup>. E, entre nós, PAULO OTERO sublinha que o objeto do acordo é o *modo* do exercício do poder público e que a competência mostra-se sempre imputável à administração pública, não sendo atribuída “ao particular qualquer forma de concurso na titularidade do poder administrativo”<sup>1602</sup>.

Considerando que o exercício do poder público é dotado de alguma elasticidade, admitindo-se, à partida, a sua vinculação num caso concreto, pode, contudo, suceder que se verifique a sua *compressão* até ao máximo das faculdades que abstratamente contém. Ora, nessas hipóteses, o princípio da indisponibilidade do poder público deve constituir um óbice à celebração do contrato ou, inclusive, um fundamento da sua invalidade (nulidade). Não se trata de um princípio com vista à proteção dos interessados, mas de uma constrição que impende sobre os órgãos administrativos com o objetivo de garantir a prossecução do interesse público. A irrenunciabilidade e a inalienabilidade são corolários do princípio da legalidade e da sua funcionalidade jurídico-pública<sup>1603</sup>, pelo que a renúncia (ou alienação), por meio de contrato, pode suceder, tipicamente, nas hipóteses que a seguir se indicam.

---

<sup>1599</sup> Assim, cfr. M. NIGRO, “*Convenzioni Urbanistiche e Rapporti fra Privati*”, cit., p. 1311; e L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., p. 134.

<sup>1600</sup> *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 268.

<sup>1601</sup> Cfr. PIER LUIGI PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, cit., p. 41.

<sup>1602</sup> *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 842, em nota.

<sup>1603</sup> Assim, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, cit., pp. 193-194, mencionando que, quando a lei se reporta a um contrato que tem por objeto a renúncia ou alienação da competência (ou do seu modo de exercício), pretende acentuar o *resultado* ou *efeito jurídico visado*, pelo que a sanção da invalidade absoluta estabelecida na norma

Em primeiro lugar, alerta-se para a necessidade de se proceder, numa fase inicial, à averiguação da legalidade do ato prometido, de modo a evitar que o órgão administrativo se vincule a um procedimento ilegal, violando o princípio da especialidade ou usurpando poderes<sup>1604</sup>.

Em segundo lugar, na fase pré-contratual, cumpre verificar se os órgãos administrativos assumiram compromissos que não podem cumprir, alienando genericamente o exercício do poder discricionário (compromissos *ultra vires*)<sup>1605</sup>. Esta posição é fácil de compreender se atendermos à diferença que existe entre a contratualização do exercício do poder discricionário da administração num caso concreto e a *renúncia ao exercício do poder como discricionário*, mediante uma vinculação genérica da administração de exercê-lo, que reduz drasticamente a gama abstrata das decisões administrativas ou impede uma pronúncia administrativa concreta perante situações jurídicas que sobrevenham. O que a administração não pode é vincular-se para o futuro, num plano de abstração extra-normativa, quanto ao exercício dos seus poderes discricionários em termos que a impedissem de ponderar os interesses em causa por forma a modular as soluções às especificidades do caso concreto<sup>1606</sup>.

Consequentemente, tendo em conta que a competência definida por lei ou por regulamento é *irrenunciável e inalienável*, o contrato sobre o exercício de poderes públicos não poderá implicar uma alinação genérica do poder discricionário, sob pena de ser declarado *nulo* nos termos do artigo 36.º, n.º 2, do CPA. Note-se, a este respeito, que é nulo todo o “contrato que tenha por objeto a renúncia à titularidade ou ao exercício da competência conferida aos órgãos administrativos”.

Em terceiro lugar, o princípio da indisponibilidade do poder público pode ser invocado em sede de contencioso administrativo, sobretudo quando o parceiro privado, perante o incumprimento contratual do contraente público, pretender obter a *execução específica* ou *execução forçada* das prestações contratuais (por exemplo, nos contratos para planeamento, desempenha um papel preponderante o princípio da indisponibilidade do poder público regulamentar)<sup>1607</sup>. Veremos, mais à frente, em que termos se processa a

---

legal é restrita ao efeito do contrato cujo objeto é a renúncia ou a alienação, só se propagando ao seu restante clausulado quando aquela for determinante dele.

<sup>1604</sup> Cfr. LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, cit., pp. 58-59.

<sup>1605</sup> Como referem WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 225, esse tipo de compromissos gera a nulidade do contrato administrativo.

<sup>1606</sup> É esta a tese de J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 688, e “A autonomia contratual da Administração no Direito inglês”, cit., pp. 360-367, à qual aderimos.

<sup>1607</sup> Encontra-se aqui um outro foco de tensão, por um lado, entre a *lógica da função* e a *lógica do pactum* e, por outro, entre a necessidade de *alteração do conteúdo do contrato* (motivada, por exemplo, pela mutação do interesse público) e a *proteção da confiança*. Desde que devidamente salvaguardados os direitos

invocação desta autêntica *contramedida* da administração pública diante da pretensão do cocontratante.

Uma última nota apenas para referir que a aferição da validade do contrato sobre o exercício do poder público do ponto de vista do respetivo conteúdo exige a percepção de que aquele se assume como uma forma de antecipação (autovinculação) quer da decisão sobre o sentido do exercício do poder, quer do respetivo conteúdo. De qualquer maneira, a observância do princípio da indisponibilidade assume contornos distintos consoante estejamos diante de contratos relativos à prática de atos administrativos ou de contratos relativos à emissão de regulamentos administrativos. A título de exemplo, enquanto naquele primeiro domínio, se podem admitir, em certos termos, *contratos que visam evitar a prática de um ato administrativo*, no segundo domínio, não se pode considerar válido, por força da violação dos princípios da indisponibilidade e da igualdade de tratamento, um *contrato que visa restringir ou limitar o exercício do poder regulamentar legalmente previsto*, contendo cláusulas que impeçam o ente administrativo titular do poder regulamentar de emanar os regulamentos exigidos pela lei ou pelo interesse público. A cedência ao interesse de apenas um destinatário (que pretende evitar a adoção de um regulamento administrativo) colide, além do mais, com os interesses da comunidade jurídica.

#### **42. Limites jurídicos ao contrato administrativo e limites político-institucionais do Estado Contratante**

Referimos logo no início da nossa exposição que há na base do exercício contratual de poderes administrativos uma aporia: em grande medida, a figura é favorecida pela democraticidade das decisões públicas, pela eficácia da ação administrativa e pela redução da litigiosidade – vantagens que explicam o recurso por parte da administração a este tipo contratual; porém, a estipulação de efeitos jurídico-contratuais no exercício de poderes administrativos representa uma “anomalia” que carece de ser esclarecida, já que *potencialmente* é passível de implicar uma rotura com certos princípios jurídicos fundamentais.

A aporia formal em que se baseia a figura do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos explica que esse tipo contratual seja aqui tratado, neste Capítulo, de forma problemática no que respeita aos limites jurídicos e institucionais da contratação administrativa (*problema dos limites*). A questão coloca-se exclusivamente

---

indemnizatórios do particular (equação financeira), o princípio da indisponibilidade pode conduzir, em termos práticos, à prevalência das exigências do interesse público e obstar à execução forçada das prestações contratuais.

quanto aos limites da atividade contratual administração, quando às fronteiras da sua liberdade de utilizar a forma contratual”<sup>1608</sup>. Apesar de atribuída em geral, a capacidade para o emprego da forma do contrato administrativo tem limites. Efetivamente, existem *limites gerais* que afastam a forma contratual da regulação jurídica de certas matérias (proibição da forma contratual) e *limites específicos* aplicáveis ao contrato administrativo na constituição, modificação e extinção de relações jurídicas e na estipulação do conteúdo (proibição de conteúdo), decorrentes da lei, da natureza das relações jurídicas e de princípios jurídicos fundamentais. Entre nós, o legislador utiliza a seguinte fórmula no artigo 200.º, n.º 3, do CPA: “na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os órgãos da administração pública podem celebrar quaisquer contratos administrativos, *salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer*” – it. nosso. A utilização do contrato em violação desses limites prescritos poderá conduzir à *nulidade* do mesmo [ex vi artigos 284.º, n.º 2, do CCP e 161.º, n.º 2, d), g) e k) do CPA].

Contudo, importa não fazer “tábua rasa” de tudo aquilo que fomos dizendo quanto à admissibilidade da forma contratual. Hoje, a lei permite como regra geral a utilização do contrato na função administrativa, podendo este constituir uma alternativa ao ato administrativo, pelo que “já não valem exclusões genéricas da utilização do contrato, baseadas em argumentos *gerais*, como o da impossibilidade da administração aceitar obrigações em matérias de autoridade legal, decorrente da irrenunciabilidade dos poderes, ou do poder-dever de adaptar as soluções à evolução das circunstâncias, associado à vinculação permanente das entidades administrativas ao interesse público”<sup>1609</sup>. Já o dissemos, o princípio é o da admissibilidade, embora com *limites* e *compressões*. Isso significa – antecipando a nossa conclusão nesta matéria – que a especial sujeição da administração aos princípios da legalidade e da juridicidade não causa, em *abstrato*, nenhuma incompatibilidade ou inadequação da autonomia contratual para o exercício da função administrativa em termos de direito público, embora lhe imponha alguns *limites* (seja à liberdade de celebração, seja à liberdade de estipulação).

Neste capítulo, distinguem-se os limites relativos à utilização da forma contratual (*Zulässigkeit der Vertragsform*) dos que concernem à estipulação do conteúdo do contrato (*Zulässigkeit des Vertragsinhalts*)<sup>1610</sup>. Vejamos de seguida em que termos.

<sup>1608</sup> Cfr. SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les Contrats Administratifs*, cit., p. 52. Cfr., também, LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., pp. 44-59.

<sup>1609</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, cit., pp. 64-65.

<sup>1610</sup> Cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 362, referindo que se devem distinguir duas questões: pode a administração atuar por forma contratual (problema da *Zulässigkeit der Vertragsform*)? O conteúdo do acordo é juridicamente admissível (temática que concerne ao *Zulässigkeit des Vertragsinhalts*)?

#### 42.1. Proibição de forma e matérias alérgicas à técnica contratual

Quando a administração dispõe de competência dispositiva para produzir um certo conteúdo, coloca-se a questão de saber se a *liberdade de escolha da forma contrato administrativo* conhece alguns *limites*. A sujeição à *legalidade* determina a existência de limites à *seleção* da forma contratual por parte da administração<sup>1611</sup>. Assim, a questão dos limites da permissibilidade do contrato administrativo respeita tão-só à inidoneidade do instrumento contratual para a conformação de efeitos jurídicos em si mesmo válidos<sup>1612</sup>, não cabendo no seu âmbito a problemática da invalidade ou da ilegalidade material do conteúdo do contrato. Nos termos do artigo 200.º, n.º 3, do CPA, e 278.º do CCP, a *proibição de forma contratual* pode decorrer da lei. São dois os casos de “proibição legal” do uso dessa forma.

Primeiro, o contrato não pode ser utilizado quando tal “resultar da lei”. Uma hipótese clara diz respeito à *imposição de forma jurídica obrigatória*, a qual constitui um limite à livre utilização do contrato administrativo, que deriva do facto de, nos termos da lei, uma determinada relação jurídica administrativa não poder ser constituída, modificada ou extinta por contrato<sup>1613</sup>. O ato administrativo, o regulamento administrativo ou o contrato de direito privado (v.g., contrato individual de trabalho na função pública) constituem *formas jurídicas obrigatórias (imposição legal de forma de atuação)* na disciplina da relação jurídica, que a administração não poderá afastar<sup>1614</sup>.

---

<sup>1611</sup> Note-se que, como sublinham LAUBADÈRE/ MODERNE/ DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., pp. 44-45, a exclusão da forma contratual não é desconhecida mesmo pelo direito privado, reportando-se às matérias fora do comércio jurídico que não podem ser objeto de negócio jurídico (*res extra commercium*). No direito privado, os limites da liberdade contratual têm por fundamentos a salvaguarda da liberdade contratual da outra parte e os deveres de solidariedade dos contraentes para com a sociedade.

<sup>1612</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 685.

<sup>1613</sup> Como referem WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 204, este limite representa uma “concretização do princípio da primazia da lei”. Em sentido inverso, vimos que o contrato administrativo pode constituir uma forma jurídica obrigatória – sobre os casos de *contratualização necessária* já nos pronunciamos *supra* (26.2.).

<sup>1614</sup> HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 385, refere que os limites jurídicos ao contrato administrativo decorrem, desde logo, de uma *proibição legal* do uso dessa forma: assim, a designação “«prescrições legais opositoras» constante do §54 da VwVfG respeita não apenas a proibições expressas que, aliás, raramente sucedem, mas, sobretudo, a prescrições que, segundo o seu sentido e finalidade, excluem uma regulação por contrato”. Assim, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 385-386, cita exemplos de normas que *impõem a forma de ato administrativo*, sendo que nessas hipóteses o ato assume-se como forma obrigatória, que a administração não pode afastar. São, por exemplo, os casos de normas relativas à nomeação de funcionários públicos, à fixação de impostos, à chamada para o serviço militar e às decisões sobre exames. No entanto, mesmo nesses casos, entende que nada impede que a administração pública, em conexão com a prática desse ato administrativo a que está obrigada, celebre também um contrato (por exemplo, sobre as condições futuras de uma promoção). Mas nesse último caso, o essencial da disciplina jurídica que a

Convém, no entanto, “temperar” ou “moderar” a interpretação jurídica deste limite, já que, se legislação especial estabelecer que o ato conclusivo de um procedimento é um ato administrativo (v.g., licença ou autorização), tal não pode significar, de imediato, uma exclusão da forma contratual, já que a lei geral admite a substituição do ato pelo contrato no *terminus* do procedimento administrativo (aliás, o artigo 127.º parece constituir, agora, fundamento suficiente para essa substituição), bem como a possibilidade de a administração celebrar com os interessados *acordos endoprocedimentais* (artigo 57.º). Além disso, permanece a dúvida se o contrato não pode ser utilizado quando tal resultar *direta* ou *indiretamente* da lei. O intérprete ou aplicador da lei deverá, neste contexto, proceder a uma *interpretação sistemática e teleológica*, de modo a averiguar se a utilização da forma contratual é compatível com regime substantivo imposto por lei ou com a finalidade prático-normativa da lei, se o legislador associa o ato administrativo a um regime particularmente ajustado à figura prevista (licença ou autorização) ou se, por força da vigência de princípios jurídicos, se deve valorar em termos negativos a participação coconstitutiva do destinatário da decisão administrativa.

Segundo, o contrato não pode ser utilizado quando tal resultar da “natureza das relações a estabelecer”. Este limite reporta-se à *relação jurídica substantiva* e à *idoneidade* do contrato para a conformação de efeitos jurídicos, permitindo identificar um conjunto de matérias que reclamam uma decisão unilateral da administração e, portanto, são consideradas “alérgicas à conformação por via contratual”<sup>1615</sup>. Não há aqui a enunciação pelo legislador de uma *lista* de matérias excluídas em função da “natureza das relações a estabelecer”, pelo que essa determinação terá que caber ao intérprete (incompatibilidade do contrato com a matéria jurídica regulanda e valoração negativa da participação constitutiva do destinatário na conformação de certas situações jurídico-administrativas)<sup>1616</sup>. Entre as *matérias alérgicas à conformação contratual*, apresentam-se, por exemplo, matérias que contendem com *funções de soberania do Estado*, como a defesa, a justiça ou o orçamento, sendo, quanto a nós, também inadmissível o fenómeno que designámos por “*terceirização de funções de soberania*” (*outsourcing sovereignty*) no âmbito de tarefas militares de defesa nacional, da segurança das fronteiras e de atividades de polícia privada (*private police*)<sup>1617</sup>.

---

administração visa compor é fixada por via do ato administrativo, sendo que alguns aspetos complementares são *ex post* regulados por contrato.

<sup>1615</sup> Cfr. JACQUES MOREAU, “Les matières contractuelles”, cit., p. 748.

<sup>1616</sup> Desenvolvendo esta problemática, através da enunciação de critérios indiciários e auxiliares na interpretação jurídica, cfr. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., pp. 45-46; e SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 685.

<sup>1617</sup> FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., p. 667, refere-se às áreas nucleares da soberania do Estado como justificando duplamente uma *proibição de forma* e um *proibição de conteúdo do contrato*.

Também se deve excluir o recurso ao contrato para a delegação de *potestas expropriandi* num ente privado; e para a atribuição a privados, através de contrato de concessão, da *gestão de estabelecimentos prisionais* (nos moldes analisados *supra*, 25.4.7.) O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, no domínio do direito fiscal, no que respeita à incidência do imposto ou à modificação dos elementos que conduzem à quantificação do montante a pagar em sede de IMI, IVA, IRS ou IRC<sup>1618</sup>.

Outras hipóteses de incompatibilidade da forma contratual com a natureza das relações a estabelecer<sup>1619</sup> dizem respeito à *delimitação do domínio público* (v.g., delimitação do domínio público natural ou do traçado das vias públicas)<sup>1620</sup>; às *decisões de recursos* (obrigatoriamente objeto de ato administrativo)<sup>1621</sup>; ao *exercício contratual de competências administrativas de natureza verificativa* (v.g., atividades de admissão, de ingresso em estabelecimentos de ensino público, de avaliação de pessoas e de exames), em que à administração é pedida uma declaração objetiva de ciência, que não se compadece com a intervenção constitutiva da vontade do particular movido pelos seus interesses individuais<sup>1622</sup>. Trata-se, em todos estes casos, de atos ou efeitos insuscetíveis, *por natureza*, de contrato administrativo<sup>1623</sup>.

---

<sup>1618</sup> Cfr. as reflexões de MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 361-363. Analisando as proibições de forma contratual nos vários setores ou áreas especiais do direito administrativo, cfr. ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 251-262.

<sup>1619</sup> Esses critérios devem ser atualizados constantemente, caso contrário a operação de fixar limites à instituição contratual em função da natureza das relações a estabelecer estará votada ao insucesso. Um bom exemplo diz respeito ao *exercício contratual de competências administrativas de natureza disciplinar ou sancionatória*, que há bem pouco tempo configurava uma área totalmente imune à consensualização. Em Portugal, os artigos 22.º e 27.º da Lei da Concorrência admitem *contratos sobre o exercício de poderes públicos sancionatórios*, em particular, *contratos de transação* que permitem reduzir a sanção a aplicar ao infrator (*supra*, 25.4.2.2.). Na doutrina espanhola, há muito que se manifestam dúvidas relativamente à exclusão da forma contratual em procedimentos sancionatórios. HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., p. 348, enuncia esse limite tradicional, mas refere que o mesmo “não obstaculiza acordos «de execução», ou seja, sobre aspetos patrimoniais da decisão” (v.g., a determinação do *quantum* indemnizatório no âmbito da responsabilidade pela infração). F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 222-223, vai mais longe e advoga mesmo a admissibilidade de *terminação convencional do procedimento sancionatório*, em harmonia com o que sucede com o instituto da “sentença de conformidade” no processo penal. Quando o alegado infrator reconhece a sua responsabilidade (confissão) e acorda a sanção aplicável ou os termos do pagamento da coima, pode, para DELGADO PIQUERAS, admitir-se uma “terminação convencional do procedimento sancionatório”. Esta tese foi acolhida no recente projeto da Lei do Procedimento Administrativo (*supra*, 33.2.).

<sup>1620</sup> Cfr. R. CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tome II, cit., pp. 370-382.

<sup>1621</sup> Embora não se possa conceber este limite como absoluto – cfr. o artigo 92.º da LGT.

<sup>1622</sup> HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., p. 348, reconduz as ações de *classificações, avaliações e sanções administrativas* à categoria de “atos administrativos de juízo”, como sendo “aqueles em que o particular aparece no procedimento para se submeter a uma avaliação encomendada especificamente a um órgão administrativo”. Nesses procedimentos, “careceria de sentido que o ato de juízo fosse subscrito por quem é objeto do mesmo. Assim, nesta categoria, são incluídos os exames, as provas similares e os procedimentos sancionatórios”. Em consonância, o §2.3. (2) da VwVfG exclui a



Para além das funções típicas de soberania, a salvaguarda do núcleo essencial dos *direitos fundamentais* constitui, também, um *limite jurídico e político-institucional ao Estado Contratante*. A necessidade de preservar a inviolabilidade da “essência” ou da “substância” da jusfundamentalidade decorre de imposição constitucional ou da natureza do seu objeto vinculado ou intangível, razão pela qual a lei tem que esgotar a disciplina jurídica dessas matérias em termos de ser vedado qualquer espaço de negociação casuístico. Como salienta GOMES CANOTILHO, no que diz respeito à “disponibilidade” dos direitos fundamentais, deve entender-se que “a sua *indisponibilidade* e a *inalienabilidade* pretendem acentuar a imunidade às regras de mercado e à contratação”. Ainda que, em determinados termos, seja possível admitir a “«restrição acrescida de limites»” de certos direitos fundamentais, os seus titulares carecem do poder de determinação jurídica para, ainda que de forma voluntária, *dispor, renunciar ou alienar* esses direitos<sup>1624</sup>.

#### 42.2. Limites à estipulação de conteúdo contratual

Em sentido de certo modo inverso ao anterior – de proibição da forma contratual (*Vertragsformverbot*) – apresenta-se a *proibição de estipulação contratual* (*Vertragsinhaltsverbot*)<sup>1625</sup>. Em causa não está apenas a proibição de desconformidade do conteúdo do contrato com as prescrições da lei (princípio do *primado da lei*), mas o estabelecimento de condicionalismos ao conteúdo do contrato quando uma determinada esfera de relações administrativas é regulada por *normas imperativas* – como sucede em matérias de “*hard regulation*” de condutas de operadores regulados – ou pela necessidade de assegurar uma estrita *igualdade de tratamento* – por exemplo, decisões na aplicação das

---

aplicação das normas relativas ao contrato administrativo quando em causa estejam atividades de *avaliação*, juízos de *aptidão* e de *exames de pessoas*.

<sup>1623</sup> Cfr. as exposições de LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., pp. 44-59, referindo-se às “funções de soberania do Estado como *matières «régaliennes»*”; HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 344-355; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 685-690; e MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 369-372.

<sup>1624</sup> “Para uma revisão da dogmática da jusfundamentalidade”, *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 543-554.

<sup>1625</sup> Fazendo esta distinção, cfr. ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 251-254; e FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., p. 660. Entre nós, distinguindo e analisando os “limites da autonomia da adoção do contrato administrativo como forma jurídica de atuação” e os “limites da autonomia de fixação do conteúdo dos contratos administrativos”, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 676 e 705.

regras do domínio da segurança social, relacionadas com obrigações fiscais ou em atividades de recrutamento, de admissão ou de exames<sup>1626</sup>.

Os limites à estipulação de conteúdo contratual dependem da intensidade ou do grau de predeterminação normativa. Mas também se verifica um limite à estipulação do conteúdo contratual quando, por força do *princípio da precedência de lei*, se considera que, para uma determinada relação jurídica ser constituída por contrato, é necessária uma habilitação legal específica (v.g., um contrato de concessão que não esteja autorizado legalmente). Se um determinado órgão administrativo não detiver competência para provocar a produção dos efeitos jurídicos estipulados, não estamos perante um problema de (in)admissibilidade da *forma* contrato administrativo, mas de estipulação do *conteúdo da relação jurídica* por contrato. As limitações à autonomia de fixação do conteúdo dos contratos administrativos prendem-se com a determinação de efeitos de direito que a ordem jurídica repele enquanto tais, formando como que um limite *negativo* à autonomia pública.

Um outro limite à autonomia de fixação do conteúdo diz respeito, no âmbito dos *contratos obrigacionais de troca ou intercâmbio*, à estipulação de prestações desrazoáveis, desproporcionais e sem conexão objetiva com a prestação do contraente público. A liberdade de estipulação das partes sofre aqui limitações decorrentes dos *princípios da proporcionalidade e do equilíbrio financeiro* do contrato, tal como estão consagrados no artigo 281.º do CCP. Este preceito determina que o contraente público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material direta com o fim do contrato.

Por outro lado, a estipulação do conteúdo do contrato é fortemente limitada quando estejamos perante *competências administrativas estritamente vinculadas*, já que aí o exercício de competências pelo órgão administrativo exige o respeito pela *determinabilidade* do paradigma decisório, podendo ser muito reduzido o espaço para configurações contratuais autênticas. A lei não impõe o ato administrativo como forma jurídica obrigatória, mas determina que, caso o ente administrativo opte por celebrar um acordo, este tem que possuir um conteúdo predeterminado, o que implica uma forte limitação à liberdade de estipulação<sup>1627</sup>.

---

<sup>1626</sup> Cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 667-668; e HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., p. 348, falando em “normas que impõem uma igualdade absoluta entre os cidadãos”.

<sup>1627</sup> Próxima da situação descrita encontra-se a negociabilidade nos contratos endoprocedimentais da renúncia a poderes administrativos exercidos através de atos administrativos. É o caso de as partes inserirem no contrato endoprocedimental cláusulas estipulando que a execução forçada do ato administrativo apenas poderá ser obtida através de decisão judicial. Note-se que aí estaremos diante de uma verdadeira *proibição de conteúdo contratual*, não podendo o contrato modificar normas imperativas ou alicerçar práticas de natureza

Finalmente, a maior ou menor densidade da predeterminação do conteúdo do contrato é estabelecida, em princípio, pela lei, mas nada impede que resulte da própria “ambiência contratual”, o que leva uma parte da doutrina germânica a referir-se a alguns contratos substitutivos de atos administrativos como contratos administrativos “involuntários” (*unfreiwillige Verwaltungsvertrag*), “impositivos” ou “ditados”, invocando a circunstância de as cláusulas contratuais já se encontrarem preestabelecidas, o que indicia a ausência de negociação contratual. Portanto, em tais casos, o conteúdo não é imposto legalmente, mas em termos “fáticos”.

### 42.3. Inadmissibilidade de substituição de norma jurídica pelo contrato

Um último limite jurídico ao contrato administrativo diz respeito à *inadmissibilidade ou proibição de substituição de norma jurídica administrativa por contrato administrativo*. Como se perceberá melhor após a exposição das categorias de contratos administrativos de normação e de contratos administrativos sobre o exercício do poder regulamentar, este limite opera no quadro das leis de procedimento administrativo que também regulam a atividade normativa (regulamentar) da administração pública, observando-se no Código de Procedimento Administrativo português a inexistência de um *princípio geral de alternatividade entre regulamento e contrato administrativo*<sup>1628</sup>.

Salvo quando a lei regule expressamente essa possibilidade, uma competência normativa outorgada à administração não pode, em geral, ser exercida por via de contrato substitutivo. Seguindo de perto FLORIAN BECKER, a inadmissibilidade de um contrato substitutivo de um regulamento administrativo é exclusivamente uma temática da *proibição da forma contratual*. Se do diploma regulador do procedimento administrativo resultar a falta de *idoneidade* do contrato para a conformação de efeitos jurídicos que a lei expressa ou implicitamente prevê que devam ser determinados por regulamento, a forma contratual é afastada, independentemente do conteúdo.

Contudo, o mesmo já não sucede quanto à preparação ou negociação prévia da elaboração de um regulamento administrativo. Mesmo nos casos em que não existe qualquer fundamento legal para substituir um regulamento por contrato e o poder administrativo de normação tenha que ser exercido formalmente por via unilateral, tal não

---

*contra legem* (irrenunciabilidade e inalienabilidade da competência). Sobre o problema da renunciabilidade ao privilégio de execução prévia, cfr. PAULO OTERO, *Legalidade*, cit., pp. 844-849.

<sup>1628</sup> Cfr. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., pp. 52-53; SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Les Contrats Administratifs*, cit., p. 62 e 76-77; e HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 348-355.

impede a celebração de um contrato endoprocedimental de conteúdo obrigacional que visa estabelecer critérios, designadamente o *an* e o *quomodo*, para a emissão futura do regulamento administrativo. Com efeito, se a proibição da forma contratual pode traduzir a inadmissibilidade de substituição do regulamento pelo contrato no procedimento administrativo, isso não significa que, concomitantemente, esteja vedada à administração e aos interessados a contratação sobre o exercício do poder regulamentar<sup>1629</sup>. Esta última estará, isso sim, submetida a *outros requisitos de validade* (no plano formal-procedimental e no plano material) e a *outros limites*, designadamente a observância das regras sobre a atribuição do poder normativo (implicando a intervenção contratual do órgão com competência regulamentar), sobre a participação de terceiros e a vinculação aos princípios jurídicos fundamentais.

---

<sup>1629</sup> F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., pp. 663-666, 679-680 e 686-687. O Autor desenvolve uma dogmática própria, aplicando os tópicos da proibição da forma contratual e dos limites à estipulação do conteúdo aos *Normenverträge* e dos *Normsetzungsverträge*. Cfr., também, a sistematização de ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 262-271, 436-438 e 634-636.

## TÍTULO II

### O CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS E A DELIMITAÇÃO DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL: A *EXTENSIO* E OS *LIMITES* DA FIGURA

#### CAPÍTULO IX

##### A INTERSECÇÃO ENTRE CONTRATO, ATO E REGULAMENTO ADMINISTRATIVO: DOGMÁTICA CONCEPTUAL E CLASSIFICATÓRIA

#### 43. Conceito de contrato sobre o exercício de poderes públicos

O contrato sobre o exercício de poderes públicos é, antes de mais, um acordo formado por duas (ou mais) declarações de vontade que se ajustam para a produção de certos efeitos jurídicos. Em consonância com aquilo que escrevemos na Parte I, toma-se aqui a instituição contratual como *categoria geral do direito*, património comum do direito privado e do direito público. De um modo geral, a doutrina não coloca em causa a *unidade da instituição contratual*, quer esta se manifeste no campo do direito público, quer do direito privado<sup>1630</sup>. Na sequência da tradição do pensamento administrativista português, diz-se que a noção básica de contrato é a mesma para todos os ramos de Direito<sup>1631</sup>. Assim, o ponto de partida para a noção de contrato sobre o exercício de poderes públicos que iremos propor é o conceito de *contrato*, enquanto categoria geral de direito (*Oberbegriff*)<sup>1632</sup>

---

<sup>1630</sup> Mesmo para aqueles – como é o nosso caso – que tomam a *ideia de contrato social* como um conceito *a priori*. Cfr. *supra*, I, 3..

<sup>1631</sup> Cfr. JOÃO MELO MACHADO, *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, cit., p. 234; ORLANDO DE CARVALHO, *Contrato Administrativo e Ato Jurídico Público*, cit., pp. 3-17 e 81-82; MARQUES GUEDES, *A Concessão*, cit., p. 115, e “O Contrato Administrativo”, cit., pp. 63-84; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, cit., p. 571-579; e SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 343-344. Na doutrina francesa, cfr. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, cit., p. 28: “o contrato – é essa a opinião generalizada entre os juristas – deve comportar uma definição única, comum a todos as disciplinas”.

<sup>1632</sup> Bem se sabe que, dentro do negócio jurídico, a figura mais destacada é o *contrato* (negócio jurídico bilateral ou plurilateral), valendo a teoria do negócio jurídico principalmente como uma teoria do contrato. O nosso Código Civil, ao regular o contrato no âmbito das fontes das obrigações, não visa senão aspetos parcelares de tal figura, achando-se a regulamentação genérica e global dela na “Parte Geral” do diploma, absorvida pelo regime do negócio jurídico (artigos 217.º e segs.). Apesar de não definir expressamente o conceito de contrato, o Código Civil português acolhe uma conceção muito ampla, indo mais longe que os congéneres Códigos francês e italiano, já que não circunscreve o contrato ao acordo com efeitos obrigacionais, nem à conformação de relações jurídicas patrimoniais. Além dos obrigacionais, são também considerados contratos os acordos com efeitos de natureza real ou familiar. Neste ensejo, convoca-se, na nossa exposição, as definições avançadas pela doutrina civilística nacional (embora, nem todas delas sejam inteiramente coincidentes), de acordo com as quais o contrato é o: *acordo vinculativo, assente em duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação do outro), contrapostas mas perfeitamente*

e, em particular, o conceito de *contrato administrativo*. E, neste último ponto, seguimos a noção apresentada por SÉRVULO CORREIA, segundo a qual o *contrato administrativo* constitui o *acordo, vinculativo por força da lei, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que vise criar, modificar ou extinguir relações jurídicas*<sup>1633</sup>.

Como resulta claro, desde as primeiras linhas do presente texto, o contrato sobre o exercício de poderes públicos representa uma *species* do *genus* contrato administrativo. O n.º 6, b), do artigo 1.º do CCP qualifica expressamente como administrativos os *contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos*. É evidente a natureza administrativa destes contratos, que decorre do seu objeto e que necessariamente implica a aplicabilidade de um regime de direito administrativo.

Não obstante ser inegável a sua administratividade no direito português, o contrato sobre o exercício de poderes públicos constitui uma realidade de difícil definição, abrangendo uma pluralidade de figuras muito distintas, cada uma contendo diversos *particularismos* no que tange aos efeitos jurídicos visados e à combinação com o ato e com o regulamento administrativo. Trata-se, portanto, de um conceito *variável, elástico e complexo*, englobando um conjunto de negócios jurídicos diversos que, *lato sensu*, têm o

---

*harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses* (ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, cit., p. 212); *acordo pelo qual duas ou mais partes ajustam reciprocamente os seus interesses, dando-lhes uma regulamentação que a lei traduz em termos de efeitos jurídicos* (INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1997, p. 59); *acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido* (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, cit., p. 38); e *fusão de duas ou mais vontades, que se encontram num determinado texto* (MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, cit., p. 171).

A relevância das noções que apresentamos não se prende apenas com fatores de ordem descritiva. Pelo contrário, a partir do momento em que o próprio legislador considera o contrato administrativo um *contrato*, haverá que ter em linha de conta as disposições do Código Civil e os princípios de direito geral dos contratos aplicáveis indistintamente aos contratos administrativos e aos contratos jurídico-privados – no plano das *regras* jurídicas, é o que sucede, por exemplo, em matéria de *invalidade própria do contrato administrativo* (nos termos do artigo 284.º, n.º 3, do CCP, “são aplicáveis aos contratos administrativos as disposições do Código Civil relativas à falta e vícios da vontade”); de aplicação das regras jurídico-civilísticas do *regime de invalidade* aos “demais contratos administrativos” (contratos com objeto passível de contrato de direito privado) – artigo 285.º, n.º 2, do CCP; de *redução e conversão do contrato administrativo* (segundo o disposto no artigo 285.º, n.º 3, do CCP, “todos os contratos administrativos são suscetíveis de redução e conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, independentemente do respetivo desvalor jurídico”); e do *cálculo da indemnização devida em caso de resgate da concessão* (de acordo com o estatuído no 422.º, n.º 6, do CCP, em caso de resgate, o concessionário tem direito a uma indemnização “determinada nos termos do contrato ou, quando deste não resulte o respetivo montante exato, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 566.º do Código Civil”). Por último, o artigo 280.º, n.º 3, do CCP, sob a epígrafe “direito aplicável”, estabelece que: “em tudo quanto não estiver regulado no presente Código ou em lei especial e não for suficientemente disciplinado por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, são subsidiariamente aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas, com as necessárias adaptações, as restantes normas de direito administrativo e, na falta destas, o direito civil”.

<sup>1633</sup> *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 344.

denominador comum de serem celebrados em ordem a regular o exercício do poder administrativo, definindo os contornos de uma situação jurídica administrativa típica do poder de decisão unilateral da administração. Neste sentido, ao jurista cumpre determinar o *subconceito* de contrato sobre o exercício de poderes públicos em face do *conteúdo* ou dos *aspectos substanciais* que este visa regular.

A utilização dos termos “acordo”, “protocolo”, “convénio”, “pacto”, “convenção”, entre outros, reflete a indefinição terminológica (designadamente, da doutrina e do legislador) no capítulo da consensualização do exercício do poder público, mas não afasta a natureza contratual dessas figuras. Frequentemente, são empregues, ao longo da legislação nacional, diferentes terminologias (por exemplo, o artigo 57.º do CPA refere-se aos “acordos endoprocedimentais”, embora essa designação não afaste a sua natureza contratual). Essa variedade lexical, em princípio, não indica uma diversidade de natureza, mas obriga o intérprete a identificar os dados globais que lhe são fornecidos, de forma a averiguar se a figura envolvida é mesmo um contrato sobre o exercício de poderes públicos, um ato unilateral (uma promessa administrativa ou um ato administrativo consensual) ou até um acordo informal.

Além disso, nem o CPA, nem o CCP definem “acordo endoprocedimental”, “conclusão do procedimento administrativo através de contrato”, “contrato com objeto passível de ato administrativo” e “demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”<sup>1634</sup>. No entanto, tendo em conta as indicações legais [artigos 1.º, n.º 6, b), 5.º, n.º 6, b), 285.º, n.º 1, 290.º, n.º 2, 313.º, n.º 3, 336.º e 337.º do CCP, 57.º e 127.º do CPA, e 80.º, n.º 1, do RJIGT], é possível identificar alguns *elementos essenciais* comuns à generalidade dos *contratos sobre o exercício de poderes públicos*. O contrato sobre o exercício de poderes públicos haverá, pois, de ostentar uma dupla característica: *i*) traduzir um acordo ou uma união de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito (as “partes”); *ii*) apresentar-se como um acordo dirigido à produção de efeitos jurídicos vinculativos, tendo por objeto regular os termos ou o modo do exercício do poder administrativo.

Vejamos cada um desses elementos do conceito de contrato sobre o exercício de poderes públicos.

---

<sup>1634</sup> Não compete ao legislador formular conceitos doutrinários, mas delimitar do modo mais operativo possível o objeto da sua regulação, evitando a multiplicação de situações de incerteza quanto à aplicabilidade a cada caso concreto do regime jurídico substantivo estatuído para os contratos sobre o exercício de poderes públicos.

### ***a) Acordo de vontades***

O contrato sobre o exercício de poderes públicos é, antes de mais, um *acordo*, *livre e voluntário*<sup>1635</sup>, de vontades opostas, mas harmonizáveis entre si. Enquanto facto gerador de uma relação jurídica administrativa, este acordo é produto de uma certa direção da vontade das partes no sentido de desencadear transformações na ordem jurídica. Nele se cruzam, portanto, duas ou mais declarações de vontade<sup>1636</sup>, com conteúdos diversos e até opostos, que têm em vista estabelecer uma composição unitária de interesses ou a produção de um resultado jurídico unitário<sup>1637</sup>. Da oposição das declarações de vontade da administração e do particular (que prosseguem interesses contrários suscetíveis de serem individualizados ou individualizáveis) nasce o *acordo bilateral*, cujo elemento propulsor reside no *mútuo consenso*<sup>1638</sup> dos contraentes – “*consensus facit contractum*”.

#### ***(i) Distinção entre acordo ou ato complexo e contrato administrativo***

Na maior parte dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, os *interesses* são, efetivamente, *contrapostos*. Na outorga de um contrato sobre o exercício de poderes públicos, o particular não exerce, ele mesmo, o poder público, antes intervém no exercício dos seus direitos privados, para a prossecução dos seus interesses e não no exercício de uma função pública ou para prosseguir interesses públicos. Contudo, pergunta-se se os *interesses* em presença forem *paralelos*, ainda existe contrato ou, pelo contrário, *acordo* ou ato *complexo*. Durante muito tempo, foi seguido um critério mais restrito no que respeita ao efeito resultante das declarações concordantes: apenas seriam contratos os acordos em que à pluralidade de declarações pudesse corresponder a existência de *interesse contrapostos ou divergentes*, mas suscetíveis de composição convergente através de um só resultado unitário<sup>1639</sup>.

---

<sup>1635</sup> Por se tratar de um *negócio jurídico voluntário*, ao contrato sobre o exercício de poderes públicos, que quanto à sua natureza jurídica deve ser entendido como um *contrato administrativo* especial, vão aplicar-se as normas jurídicas do Código Civil que tutelam a formação da vontade negocial dos contratantes (*ex vi* artigo 284, n.º 3, do CCP).

<sup>1636</sup> A declaração de vontade, além de *condição de validade*, constitui ainda um elemento verdadeiramente *constitutivo* ou *integrante* do contrato. Trata-se de uma “vontade dirigida a efeitos práticos (em regra económicos), com intenção de que esses efeitos sejam juridicamente tutelados e vinculantes” – cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1966, p. 123.

<sup>1637</sup> Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, cit., p. 38; e ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, cit., p. 216.

<sup>1638</sup> De acordo com MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, cit., p. 591, o mútuo consenso deve ser considerado um *elemento essencial do contrato administrativo*, a par da capacidade dos contraentes, do objeto possível, do elemento formal e do fim de interesse público.

<sup>1639</sup> A formulação é originária de EMILIO BETTI, *Teoria Generale del Negozio Giuridico* (1950), Napoli, 1994, p. 305, tendo sido repetidamente usada na doutrina portuguesa.



Mesmo entre a doutrina civilística portuguesa, a questão da exigência de interesses contrapostos ou divergentes permanece controversa. Para MANUEL DE ANDRADE, no acordo ou ato conjunto, “categoria, primeiramente aventada pelos publicistas [...], concorrem várias declarações de vontade com o *mesmo* conteúdo (não conteúdos opostos ou análogos)”, não sendo os declarantes “portadores de interesses contrários”<sup>1640</sup>. Nessas hipóteses, não há *contrato*, já que as declarações de vontade – di-lo, também, ANTUNES VARELA –, “caminham no mesmo sentido, refletindo interesses paralelos”<sup>1641</sup>.

Em sentido diverso, há quem entenda que as vontades contratuais não têm que ser contrapostas. Assim, MENEZES CORDEIRO adverte que a exigência de vontades contrapostas “depende da concreta dogmática a seguir”, servindo apenas para isolar o mero ato conjunto (*Gesamtakt*) do contrato<sup>1642</sup>. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA defende que a exigência de vontades contrapostas “parece estar apenas pensada para os contratos com funções de troca”, adiantando que “nos contratos cuja função é a liberalidade (por exemplo, a doação) ou a cooperação (por exemplo, a sociedade ou o mandato), os interesses típicos não são contrapostos. E não há sequer contradição entre a exigência de interesses divergentes e a unidade da posição contratual”<sup>1643</sup>.

Na dogmática administrativa, distingue-se o *ato complexo (atto complesso)*, o ato coletivo (*acte collectif*) ou *acordo (Vereinbarung)* do contrato<sup>1644</sup>. A questão assume relevância prática, pois a diferente estrutura da relação estabelecida e dos interesses subjacentes consoante se trate de um ato complexo ou de um contrato tem consequências ao nível do regime jurídico aplicável à execução dos atos e dos contratos<sup>1645</sup>. Seguindo de

<sup>1640</sup> Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, cit., p. 41.

<sup>1641</sup> *Das Obrigações em Geral*, I, cit., p. 217.

<sup>1642</sup> *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, cit., p. 171.

<sup>1643</sup> *Contratos*, I, cit., pp. 36-37. No entanto, o Autor reconhece que o problema é efetivo, o que impede abandonar por completo o critério dos interesses contrapostos. Deste modo, enuncia diversos exemplos de acordos no direito privado juridicamente vinculativos, mas que não são contratos (acórdãos de tribunais coletivos, deliberações de órgãos de pessoas jurídicas, acordo para a designação do cabeça de casal, acordo entre pai e mãe acerca dos atos praticados no âmbito do poder paternal, autorização dada a menores para casamento ou para exercício de profissão).

<sup>1644</sup> Cfr. a síntese de LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLLE, *Traité des Contrats Administratifs*, I, cit., pp. 25-26.

<sup>1645</sup> No direito fiscal formal, nas *transações fiscais* e nos *acordos de fixação de facto*, pode bem duvidar-se da existência de uma real contraposição de interesses das partes, característica da noção de contrato, atentos os *deveres jurídicos de colaboração* que se impõem aos contribuintes e considerando o *agir funcionalizado* da administração fiscal. Neste sentido, MARIA TERESA MOSCATELLI, *Moduli consensuali e istituti negoziali nell'attuazione della norma tributaria*, cit., pp. 45-47 e 87-91, qualificando aquelas figuras como “*acordos*”, defende que às mesmas se devem aplicar em termos de regime jurídico os *princípios fundamentais da atividade administrativa* (princípio da juridicidade) e não especificamente o regime contratual, designadamente o constante do Código Civil. Também em sentido idêntico, cfr. M. L. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Los Procedimientos Tributarios: Su Terminación Transaccional*, Madrid, 1998, p. 54, referindo-se à posição da jurisprudência espanhola na linha exposta.

perto ROGÉRIO SOARES, “no contrato as duas declarações, apesar de terem o mesmo fim imediato, prosseguem interesses colidentes; já no ato complexo os interesses são não colidentes”<sup>1646</sup>. SÉRVULO CORREIA refere-se à “presença de declarações de vontade contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si” como elemento constitutivo da sua noção de *contrato administrativo* (por forma a “distinguir o contrato do acordo”)<sup>1647</sup>. Também MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS sustentam que “o *contrato administrativo*, enquanto acordo que cria, modifica ou extingue uma relação jurídica administrativa, só fica perfeito com o concurso de duas vontades contrapostas”<sup>1648</sup>. Pode, por isso, afirmar-se que, em Portugal, a dogmática administrativa tende a seguir o critério de que a existência de contrato pressupõe a presença de declarações de vontade contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si<sup>1649</sup>. É esse, também, o entendimento que perfilhamos, representando o conceito de contrato um *espaço de convergência de interesses contrapostos*.

#### (ii) *Distinção entre ato administrativo e contrato administrativo*

Da qualificação do contrato sobre o exercício de poderes públicos como *acordo de vontades* decorre, de forma explícita, a sua natureza de *ato bilateral*, pois nele intervêm duas ou mais partes que entre si estabelecem um acordo formado por duas ou mais declarações negociais. A *bilateralidade* é a característica estrutural que permite distinguir o contrato administrativo das restantes formas jurídicas da atividade administrativa, em

---

<sup>1646</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Polic., Coimbra, 1978, p. 164. A. BARBOSA DE MELO, *Sumários, Apontamentos e Notas sobre Contratos Administrativos*, Coimbra, 2002, p. 20; ALDO SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., p. 449. Cfr., também, MELO MACHADO, ob. cit., pp. 258-259: “JELLINEK admitia, além do contrato, como ato plurilateral, a *Vereinbarung*. Esta produzir-se-ia sempre que várias vontades, que isoladamente não poderiam produzir certo efeito de direito, se transformam numa vontade *juridicamente unitária* [...], no contrato encontram-se as vontades próprias dos contraentes *in idem placitum*”.

<sup>1647</sup> *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 344.

<sup>1648</sup> *Contratos Públicos*, cit., p. 13.

<sup>1649</sup> Essa posição pode ser maioritária, mas não é, seguramente, unânime. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos – Sumários*, cit., p. 21, defende que o facto de o contrato assumir a natureza de um negócio bilateral (ou plurilateral) – pressupondo o encontro de duas ou mais declarações – não reclama que, entre si, essas declarações tenham um *conteúdo oposto*, traduzindo interesses antagónicos e contrapostos. Assim, advoga que, “diferentemente do que uma doutrina mais antiga defendia, entende-se hoje que a figura do contrato pode também servir a realização de um *escopo comum*, num cenário em que os interesses das partes se mostram paralelos ou coincidentes: é assim, por ex., nos *contratos associativos* ou *fundacionais* (v.g., contrato de sociedade). Não há, pois, qualquer exigência dogmática intransponível, que imponha a modelação do conceito de contrato como um espaço de convergência de interesses contrapostos; por consequência, parece perder sentido a autonomização (em face do contrato) da figura do *acordo* ou *união de vontades* – *ato complexo* ou *Vereinbarung* – entre entidades que se concertam para, em colaboração, realizarem interesses próprios de idêntica natureza (*interesses paralelos*)”.

particular do ato e do regulamento administrativo<sup>1650</sup>. Contudo, a possibilidade de as partes utilizarem, na identificação de um negócio, uma terminologia de cunho descritivo e não técnico (v.g., protocolo, convénio, acordo, pacto, etc.) pode acrescentar dificuldades de qualificação jurídica, *maxime* no que respeita à fronteira entre contrato e ato administrativo. Em casos desses, importa sublinhar que cabe ao intérprete identificar os dados globais que lhe são fornecidos, de forma a averiguar se a figura envolvida é mesmo um contrato, um ato unilateral (um ato administrativo negociado) ou até um acordo informal.

Nestes termos, ato administrativo e contrato administrativo são técnicas de execução de normas legais para a realização do interesse público<sup>1651</sup>, mas, tratando-se de duas formas de atuação *alternativas* no procedimento, torna-se imperioso determinar os critérios de *distinção* entre esses dois modelos de ação administrativa.

Observa H. MAURER que o contrato administrativo é, tal como o ato administrativo, uma regulação jurídico-administrativa de um caso particular que produz efeitos jurídicos externos. Ambos são, nos termos do §9 da VwVfG, atos finais e definitivos do procedimento administrativo. A diferença reside, contudo, no tipo de declaração emitida: enquanto o ato é praticado *unilateralmente* pela administração, o contrato funda-se *consensualmente* nas declarações de vontade da administração e do particular. A distinção entre as figuras tem consequências muito relevantes ao nível do regime jurídico substantivo, concretamente em matéria de conteúdo prestacional, estabilidade da relação jurídica, direito (especial) de resolução e alteração de circunstâncias jurídicas ou fácticas, consequências jurídicas da invalidade e executoriedade<sup>1652</sup>.

O ato administrativo é uma *decisão unilateral* da administração pública, sendo, nos termos do artigo 148.º do CPA, definido como uma decisão que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visa produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta. Os efeitos jurídicos resultam da declaração (estatuição) emitida pela administração e o momento constitutivo – em que se verifica a perfeição do ato e em que ele fica portanto apto a produzir efeitos jurídicos – depende somente da declaração da administração pública (artigo 155.º, n.º 2, do CPA)<sup>1653</sup>. No contrato administrativo, a

---

<sup>1650</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLLE, *Traité des Contrats Administratifs*, I, cit., pp. 54-66.

<sup>1651</sup> Cfr. GASPAR ARIÑO ORTIZ, “El enigma del contrato administrativo”, cit., p. 86.

<sup>1652</sup> *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 378.

<sup>1653</sup> Cfr. ROGÉRIO SOARES, “O ato administrativo”, *Scientia Iuridica*, t. XXXIX, 1990, pp. 25-28, e “Ato Administrativo”, *Polis*, I, pp. 102-104; VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 135-147; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, cit., pp. 539-567; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., pp. 203-211; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo*, cit., pp. 613-629; e PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., pp. 42-44.

intervenção do destinatário da ação administrativa assume um caráter coconstitutivo, visto que a *existência jurídica* do contrato resulta da reunião de duas declarações de vontade: a da administração (contraente público), por um lado, e do particular (cocontratante) ou de outra entidade da administração (no caso dos contratos interadministrativos), por outro lado<sup>1654</sup>.

Como referimos, o contrato administrativo é um *acordo de vontades* e os efeitos jurídicos que ele produz resultam da fusão das declarações da administração e do particular. Assim sendo, o contrato é *constitutivamente* marcado pelo consenso das partes, o que se significa que a existência jurídica do contrato fica dependente (pelo menos) da reunião das duas declarações que, ao mesmo nível, são imprescindíveis para a existência jurídica do contrato. Entre os vários arestos da jurisprudência nacional que podem ser convocados a este respeito, destacamos o *Acórdão do STA, de 25 de janeiro de 2001 (Proc. n.º 046827)*, de acordo com o qual: o contrato administrativo pressupõe o “acordo bilateral de vontades gerador de uma relação jurídica administrativa através da qual se constitui, modifica ou extingue um vínculo contratual; no contrato administrativo, o administrado participa na escolha da solução final que venha a ser adotada; o ato administrativo resulta de uma manifestação unilateral, de vontade da administração em que os efeitos jurídicos do ato decorrem, exclusivamente, da vontade da administração; a unilateralidade é uma das características que permite distinguir o ato administrativo do contrato administrativo; no ato administrativo, a declaração do seu autor é perfeita independentemente do concurso das vontades de outros sujeitos; no contrato, é necessário, pelo menos, o acordo de duas vontades”.

O que se acabou de dizer permite em geral distinguir ambas as figuras, mesmo em certos casos de fronteira, como, por exemplo, quando está em causa um *ato administrativo carecido de consentimento ou de colaboração do particular*. A este propósito, permanecem atualíssimas as páginas que lhe dedicou SÉRVULO CORREIA (critério da *estrutura do ato*): “existe ato administrativo carecido de colaboração quando a manifestação de vontade do administrado apenas constitui requisito de legalidade ou de eficácia e está-se perante um contrato da administração se, no plano estrutural, a manifestação de vontade do administrado surgir como requisito de existência do ato”<sup>1655</sup>. O *ato administrativo*

---

<sup>1654</sup> Sobre a distinção entre contrato e ato administrativo na doutrina alemã, cfr. W. SPANOWSKY, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, cit., pp. 71-75; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 59-60 e 209-210; e HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 378-380. Na doutrina espanhola, cfr. os critérios de distinção apresentados por GASPAR ARIÑO ORTIZ, “El enigma del contrato administrativo”, cit., pp. 89-92.

<sup>1655</sup> *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 344-353 e 773. No mesmo sentido, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 378-379, sustenta que “o ato administrativo dependente de colaboração permanece uma regulação unilateral produzida pela autoridade administrativa. O requisito de manifestação de vontade do particular não visa incluí-lo na decisão conjunta de constituição da relação jurídica (como sucede

*dependente de colaboração* pressupõe a manifestação de vontade do particular (requerimento, aceitação do ato), mas preserva o seu caráter *unilateral*, já que a determinação do conteúdo, a prática do ato e a produção do efeito jurídico são da responsabilidade exclusiva da administração<sup>1656</sup>. O poder constitutivo apenas assiste à vontade da administração, sendo a declaração do particular um requisito de *eficácia* (ato sujeito a consentimento) ou, quando muito, uma *condição de validade* (ato dependente de requerimento do interessado) do ato administrativo. Ao invés, se, no plano estrutural, a manifestação de vontade do particular surge como *condição da existência jurídica*, estamos diante de um contrato.

Registe-se que a exigência de *forma escrita* que consta do artigo 57.º, n.º 1, do CPA, na maior parte dos casos, constituirá um auxílio fundamental na operação de qualificação de uma concreta figura como ato ou como contrato administrativo (por exemplo, relativamente a *atos administrativos de formação negociada*, mas não precedidos de um contrato preliminar). Caso se trate de um ato tipificado na lei, a compreensão da *estrutura do ato* pode ser evidente ao aplicador, através da interpretação das normas aplicáveis. Nos casos mais difíceis, quando não decorra expressamente da lei uma qualificação e quando o(s) próprio(s) autor(es) não efetue(m) qualquer qualificação (explícita ou implícita, havendo, por isso, elementos contraditórios), a doutrina fornece *critérios de distinção*, tendo em vista apurar qual foi efetivamente a vontade dos intervenientes.

WOLFF/BACHOF/STOBER sustentam que é decisivo apurar a vontade dos intervenientes (se as partes queriam e pretendiam vincular-se através de contrato administrativo – *princípio consensualista*) e determinar se o conteúdo do negócio se baseia na vontade concordante das partes (por forma a que a qualificação esteja de acordo com a natureza intrínseca da figura contratual). Por outro lado, aqueles Autores esclarecem que, na operação de qualificação, o intérprete não deve automaticamente qualificar atos atípicos como contratos administrativos pelo simples facto de o particular ter assumido contraprestações, pois situações jurídicas idênticas podem ser operacionalizadas por via das *cláusulas acessórias* (sobretudo, a *condição* e o *modo*) dos atos administrativos<sup>1657</sup>. Tais

---

no contrato administrativo), devendo antes assegurar que não lhe seja imposto um ato administrativo que nunca foi pretendido. A declaração de vontade do interessado no contrato é requisito da existência do mesmo, já no ato dependente de colaboração é requisito de validade ou, quando muito, uma condição de eficácia do ato administrativo”.

<sup>1656</sup> Nas palavras de WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 59, “embora a intervenção do interessado possa influenciar a eficácia ou a validade do ato, fica de fora do espectro dessa intervenção qualquer determinação do conteúdo do ato e a criação de efeitos jurídicos”.

<sup>1657</sup> *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 209-210.

cláusulas poderão envolver a realização de prestações por parte do particular, como contrapartida da produção de um efeito jurídico por ele desejado. Contudo, enquanto através da cláusula modal a administração impõe unilateralmente ao destinatário de um ato administrativo uma obrigação de *facere*, os vínculos emergentes de um contrato sobre o exercício de poderes públicos resultam do *consenso* das partes, porquanto o particular *aceita e participa* na determinação do conteúdo prestacional.

Além dos *atos administrativos com cláusulas acessórias* e dos casos em que o efeito jurídico desejado pelo particular depende do cumprimento de determinados compromissos que este declarou assumir, H. MAURER acrescenta ainda uma outra hipótese de difícil destrição entre ato e contrato administrativo: a *promessa (Zusicherung)*, regulada no §38 da VwVfG, e que traduz um compromisso vinculativo, *unilateralmente* assumido pela autoridade administrativa, no sentido de realizar ou omitir uma determinada medida administrativa. A promessa gera uma *obrigação unilateral* da administração, que se autovincula ao seu cumprimento (*Bindungswille*). Por seu turno, o contrato administrativo gera uma autovinculação administrativa bilateral e define imediatamente uma situação jurídica. O §38.2 da VwVfG equipara a promessa ao ato administrativo, determinando a aplicação analógica de certas regras que regulam os atos administrativos à promessa de ato<sup>1658</sup>.

Por último, PEDRO GONÇALVES propõe que, para distinguir o ato administrativo do contrato administrativo nas situações mais problemáticas, deve o intérprete procurar determinar o alcance *possível e real* da intervenção do particular: *se* a relação podia ser constituída por contrato, o que há que indagar é *se* o particular influenciou efetivamente o desenho do conteúdo da relação e *se* o comportamento da administração revela uma espécie de “aceitação contratual” das “propostas” do particular (e não a receção das declarações do particular como meras “sugestões”, que, depois, são *absorvidas* numa decisão unilateral). Obtendo-se uma resposta positiva aos três “ses”, então estaremos diante de um contrato<sup>1659</sup>.

***b) Entre dois ou mais sujeitos de direito, sendo um deles necessariamente um membro da administração que age nessa qualidade (enquanto tal)***

Os contratos sobre o exercício de poderes públicos são *negócios jurídicos bilaterais* ou *plurilaterais* celebrados entre uma (ou várias) entidade(s) pública(s) e uma (ou várias) entidade(s) particular(es). Mas há também contratos sobre o exercício de poderes

<sup>1658</sup> Cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 379-380. Sobre a promessa administrativa, *infra* 48.1.2..

<sup>1659</sup> *O Contrato Administrativo*, cit., p. 43.

públicos somente entre entidades públicas (*contratos interadministrativos*) e até, em determinadas circunstâncias especiais, contratos sobre o exercício de poderes públicos apenas entre particulares (desde que uma das entidades contratantes esteja investida de uma *especial capacidade de direito público e estipule o contrato com base nessa posição*). Esta última hipótese é manifestamente excepcional, já que a capacidade de direito público para a celebração de contratos administrativos não é sequer inerente à capacidade de agir jurídico-privada. Contudo, sempre que uma entidade formal ou materialmente privada esteja concretamente autorizada por lei a praticar atos administrativos, pode, igualmente, acordar a produção de efeitos jurídicos por via bilateral ou substituir o ato administrativo por um contrato<sup>1660</sup>.

Representa um exemplo singular do que acabámos de dizer o acordo entre a entidade expropriante e o expropriado, celebrado no âmbito da denominada *expropriação amigável* (artigos 33.º a 37.º do CE), quando a entidade beneficiária da expropriação (a *entidade expropriante*, na terminologia do CE) seja uma entidade de direito privado concessionária de obras públicas ou de serviços públicos<sup>1661</sup>. Caso essa entidade de direito

---

<sup>1660</sup> Solução há muito admitida no direito alemão – cfr., por todos, HANS JOACHIM KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 672-673; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 208; e C. SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit*, cit., p. 71, ainda que, para esse efeito, se exija que a celebração desses contratos esteja expressamente prevista na lei. Entre nós, cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., pp. 82-84; e MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 306-308, defendendo que o artigo 278.º do CCP habilita os contratos de subordinação entre particulares (designadamente, de instituições particulares de interesse público), na medida em que se refere aos “contraentes públicos” e o CCP concebe como *tais* “entidades formal e até materialmente privadas [artigos 3.º, n.º 2, 2.º, n.º 2, a), ex vi artigo 3.º, n.º 1, b)]”.

SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 413-414, já se referia expressamente à possibilidade de celebração de *contratos administrativos entre particulares* na esteira da doutrina alemã, assumindo, contudo, uma postura crítica relativamente ao alargamento do âmbito subjetivo do contrato administrativo nas hipóteses de contratos que têm por objeto obrigações ou direitos (subjetivos) públicos, ainda que celebrados entre particulares. Sustentava, por isso, o Autor a necessidade de complementar o critério do objeto com o *critério estatutário*, qualificando como administrativo o contrato entre particulares na medida em que, pelo menos, uma das partes esteja investida na situação de elemento da administração (*beliehene Hoheitsträger*) e estipule o contrato com base nessa posição (*Sonderrechttheorie*). Neste sentido, também integramos na noção de contrato sobre o exercício de poderes públicos a exigência de que, pelo menos, uma das partes esteja investida na situação de elemento da administração e estipule o contrato com base nessa posição: em conformidade, que seja “*necessariamente um membro da administração que age nessa qualidade (enquanto tal)*”.

<sup>1661</sup> O concessionário de obras públicas ou de serviços públicos exerce poderes públicos de autoridade. Note-se, contudo, que a *potestas expropriandi* dever ser restringida a certos entes públicos territoriais, cujos órgãos gozam de uma especial *legitimidade democrática*. No entanto, caso a concessão seja feita com base em Decreto-Lei, nada obsta a que o concessionário possa declarar a utilidade pública dos bens a expropriar em conformidade com o disposto nas bases da concessão. Só que numa hipótese desse tipo é o *ato legislativo* que possui a *função legitimadora* que funda o exercício do poder para declarar a utilidade pública da expropriação, não constituindo de *per se* o contrato um instrumento autónomo para o reconhecimento da *potestas expropriandi*. Fora destes casos, reza o artigo 19.º, n.º 1, do Código das Expropriações que se a entidade expropriante for empresa “concessionária de serviço público ou de obras públicas, pode ser autorizada pela entidade competente para declarar a utilidade pública da expropriação a tomar posse administrativa dos

privado não seja concessionária de obras públicas ou de serviços públicos, legitimamente se poderá questionar se o contrato celebrado ao abrigo dos artigos 33.º a 37.º do CE, que tem lugar após a declaração de utilidade pública, é ou não administrativo. Isto porque, quanto a nós, essa entidade não está investida na situação de elemento da administração (*beliehene Hoheitsträger*) e não estipula o contrato com base nessa posição, razão pela qual se poderá considerar esse contrato como de direito privado.

Em sentido contrário, sempre se poderá afirmar que essa entidade não se reconduz a um privado qualquer ou idêntico às demais empresas privadas, já que o *reconhecimento do interesse público* da competência do Ministro responsável e a ocorrência de *declaração de utilidade pública*, nos termos do artigo 14.º, n.º 5, do CE<sup>1662</sup>, podem constituir argumentos para considerar o contrato como administrativo. Em primeiro lugar, porque, ao celebrar o acordo de *expropriação amigável*, essa entidade privada exerce uma função materialmente administrativa, já que o mesmo é concluído no contexto de um procedimento expropriativo, o qual constitui um procedimento estruturalmente jurídico-público. Em segundo lugar, porque, sendo essa entidade de *reconhecido interesse público*, acresce a esse reconhecimento o facto de o procedimento expropriativo ser – até por razões constitucionais – dirigido exclusivamente à satisfação de interesses públicos, estaduais ou municipais. Quer dizer, trata-se de um procedimento funcionalizado à satisfação de funções materialmente administrativas. É esta a sua justificação e finalidade jurídico-constitucional, condição inderrogável da sua legalidade e licitude.

Reconduzindo a celebração de um contrato sobre o exercício de poderes públicos à *situação típica* – sendo partes contratantes, por um lado, o ente público e, por outro, o particular –, observa-se, desde logo, uma estrutura heterogénea, já que o contrato resulta do encontro de vontades qualitativamente diferentes. Estamos frequentemente na presença de contratos, por meio dos quais a administração e um ou mais particulares (destinatários diretos do ato administrativo, titulares de direitos de participação e legitimidade procedimental) acordam definir os contornos de uma situação jurídica administrativa que poderia, em alternativa, ser conformada por via unilateral.

No que respeita ao número e ao modo de composição das declarações de vontade, podemos afirmar que tais contratos são constituídos por duas (ou mais) partes, posto que o efeito jurídico que nele se origina resulta da conjugação de duas ou mais declarações

---

bens a expropriar, desde que os trabalhos necessários à execução do projeto de obras aprovado sejam urgentes e aquela providência se torne indispensável para o seu início imediato ou para a sua prossecução ininterrupta”.

<sup>1662</sup> De acordo com o citado preceito, “o reconhecimento do interesse público requerido pelas empresas e a declaração de utilidade pública da expropriação dos imóveis necessários à instalação, ampliação, reorganização ou reconversão das suas unidades industriais ou dos respetivos acessos é da competência do ministro a cujo departamento compete a apreciação final do processo”.



negociais, emitidas por duas (ou mais) *personas* ou *entidades jurídicamente autónomas*. O contrato é, pois, um acordo entre, pelo menos, duas *entidades com personalidade jurídica*, tendo, portanto, relevo inter-pessoal. O facto de, em regra, serem apenas duas as partes contratuais leva a que nos refiramos preferentemente a *bilateralidade* (em vez de *plurilateralidade*), sem prejuízo da existência de contratos *tripartidos* ou *triangulares* que associam três entidades de distinta natureza jurídica (públicas e privadas). Neste sentido, é possível ir mais longe e conceber *contratos regulatórios* com pluralidade de partes (entidade reguladora e empresas reguladas), contendo cláusulas destinadas a regular o exercício do poder público.

Por outro lado, podem ser parte nos contratos sobre o exercício de poderes públicos *terceiros* cuja esfera jurídica seja diretamente afetada pelo conteúdo contratual e *titulares de direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos* afetados pelo conteúdo contratual (v.g., proprietários ou os titulares de outros direitos reais que incidam sobre um imóvel, sujeito a desvalorização por conta da realização de operações urbanísticas cujo licenciamento é objeto de contrato).

Ora, adquirido que as partes têm o poder de fixar a disciplina juridicamente vinculativa dos seus próprios interesses mediante *acordos vinculativos*, coloca-se a questão de saber quem é que, efetivamente, pode figurar como *sujeito* do um contrato. A este respeito, será necessário averiguar, do lado do particular, a plena capacidade para agir e celebrar contratos nos termos da lei civil e, do lado da *entidade pública*, a capacidade de celebrar contratos sobre poderes públicos, a qual coincide – já o dissemos – com o âmbito da capacidade para praticar atos administrativos, sendo certo que, no contexto da relação jurídica que se estabelece entre as partes do contrato, pelo menos, uma delas deve ser necessariamente um *membro da administração pública* que aja nessa qualidade (*enquanto tal*) e seja *titular de competências cujo exercício possa integrar validamente o objeto do contrato*<sup>1663</sup>. Em conformidade, integram a administração pública, além das *personas coletivas de direito público* (Estado, Regiões Autónomas, autarquias locais, institutos públicos, associações públicas, entidades reguladoras<sup>1664</sup>), a *administração indireta privada*

---

<sup>1663</sup> Tal solução decorre do §54, 2.ª parte, da VwVfG. No mesmo sentido, cfr. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 355-356, advogando que “é competente para celebrar o contrato o órgão que detinha o poder para praticar o ato administrativo substituído ou condicionado pelo contrato”. Deste modo, esta regra funciona tendencialmente em procedimentos singulares, mas também em procedimentos complexos: quando forem várias as entidades com competência para a prática do ato administrativo final, devem as mesmas figurar como partes no contrato. Cfr. *infra* 51..

<sup>1664</sup> Do *primeiro grupo* fazem parte o Estado, as Regiões Autónomas e as Autarquias Locais que, como é sabido, são entidades públicas por natureza ou “entidades públicas primárias” que se integram na *Administração Pública em sentido orgânico*. Num *segundo grupo* de entidades públicas que podem figurar como sujeitos de contratos sobre o exercício de poderes públicos inserem-se os *institutos públicos*, as

e as *entidades particulares que, por delegação ou concessão, se dedicam ao exercício de funções materialmente administrativas*.

Uma última nota apenas para referir que, quanto às pessoas coletivas públicas, importa assinalar que, em geral, a capacidade para celebrar contratos administrativos está associada à *personalidade jurídica pública*. Como sublinha PEDRO GONÇALVES, ao contrário do que sucede com os particulares, “a capacidade para celebrar contratos no âmbito do direito administrativo é inerente à própria personalidade jurídica pública”. Note-se que sujeito ou parte do contrato é, do lado da administração, a *entidade pública*, e não qualquer órgão que a ela pertença: é aquela, e não este, que dispõe da capacidade para a celebração de contratos<sup>1665</sup>. Acresce que a celebração de contratos sobre o exercício de poderes públicos por parte de pessoas coletivas públicas exige que estas atuem nessa qualidade, investidas de poderes públicos.

### **c) *Juridicamente vinculativo***

O contrato sobre o exercício de poderes públicos coincide com um acordo dotado de *efeitos jurídicos* de direito administrativo, criador de vínculos obrigacionais, os quais se produzem por *mútuo consenso*, por força da vontade e em conformidade com ela (*ex voluntate*). Sob ponto de vista teleológico, o contrato visa a *criação, modificação ou extinção de relações jurídicas administrativas* entre as partes, podendo dizer-se que se apresenta como um mecanismo ou “fonte de regulação” para a ação subsequente das partes<sup>1666</sup>.

---

*associações públicas* e as *entidades reguladoras*. O artigo 1.º, n.º 6, do CCP liga o contrato administrativo a um elemento de carácter orgânico, isto é, à presença de pelo menos um *contraente público*. O CCP explicita o que se entende por contraente público nos artigos 3.º e 8.º.

<sup>1665</sup> PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 79. Da capacidade para celebrar contratos, que pertence à pessoa coletiva pública, distinguem-se a *competência para decidir contratar*, que é a competência de que um órgão de uma entidade pública dispõe para decidir o emprego do contrato, e a *competência para contratar*, isto é, a competência para a outorga do contrato em nome da entidade pública – *ob. cit.*, p. 81.

<sup>1666</sup> ENZO ROPPO, *O Contrato*, cit., pp. 125-126, distingue duas dimensões fundamentais: o “*contrato como processo*” do “*contrato como regulamento*”. A primeira refere-se ao *processo*, isto é, à sequência de atos que, praticados pelas partes em conformidade com o modelo fixado na lei, permitem a plena formação do contrato, de tal forma que as obrigações assumidas pelas partes se tornam juridicamente vinculantes. A segunda concerne ao *regulamento contratual*, indicando o conjunto de direitos e obrigações que as partes reciprocamente assumiram e que consubstanciam o *resultado* ou o *produto* do contrato. Em causa já não está o contrato na sua formação, mas o conteúdo imperativo do mesmo, ao qual as partes se vincularam, ou seja, aquilo que, com base no contrato, devem dar ou fazer e aquilo que, com base no contrato, podem esperar ou pretender da outra parte. Utilizando, também, esta terminologia, BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., p. 48.

Note-se que apenas se deve qualificar como contrato sobre o exercício de poderes públicos o acordo de vontades reciprocamente aceite que seja entendido como *juridicamente vinculativo* para as partes. A obrigatoriedade jurídica é um elemento constitutivo do conceito de contrato, que representa, portanto, um ato negocial com força obrigatória para cada um dos contraentes – é a *lex contractus*<sup>1667</sup>.

Significa isto que o contrato goza de *efeitos jurídicos obrigatórios*, engendrando, para uma ou mais das pessoas que nele tomam parte, obrigações de dar, de fazer ou não fazer. O não cumprimento dos *vínculos jurídicos* que provenham do mesmo confere, em certos termos, legitimidade a qualquer dos contraentes para deduzir pedidos que visem obter a efetivação da responsabilidade contratual e das indemnizações a que haja lugar por danos imputáveis ao incumprimento contratual<sup>1668</sup>.

Da característica que agora se analisa – a intenção de produzir um *efeito de vinculação jurídica* – resulta que nem todo o encontro de vontades origina contrato: além dos *acordos informais sem eficácia jurídica*, excluem-se da figura do contrato outros *atos jurídicos* que pressupõem uma conjugação de diferentes vontades ou cuja prática surge fundada num encontro de vontades de distintas entidades<sup>1669</sup>. Assim, o contrato representa um acordo criador de vínculos de obrigação: se um acordo entre duas pessoas não ostenta a pretensão de gerar um efeito de vinculação jurídica, tratar-se-á, então, de um *acordo*

---

<sup>1667</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, cit., p. 233, referindo-se à celebre formulação do *Code Civil*. A ideia de que os contratos têm força de lei entre as partes contratantes encontra, igualmente, expressão no artigo 1091.º do Código Civil espanhol. GASPAR ARIÑO ORTIZ, “El enigma del contrato administrativo”, cit., p. 88, sustenta, a este propósito, que, uma vez celebrado, o contrato administrativo converte-se na “norma primeira da relação jurídica”, desde que naturalmente se observe a lei. É o acordo de vontades que determina o conteúdo obrigacional. A ideia de que normatividade também pode estar presente noutros modos de constituição do direito, como os atos de natureza negocial e contratual, é geralmente aceite pela doutrina, ainda que não se deva confundir *lei e norma jurídica pública* em sentido formal (expressão da soberania e da autoridade) com *negócio jurídico* ou *contrato público* (expressão da autonomia).

<sup>1668</sup> Como observa CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, cit., pp. 36-38, o contrato assume um caráter *reflexivo*, posto que se trata de um acordo de vontades que se destina a projetar efeitos jurídicos (a estabelecer direitos e obrigações) nas esferas jurídicas das partes. Sendo juridicamente obrigatório, os vínculos dele emergentes são *judicialmente exigíveis*.

<sup>1669</sup> Referimo-nos aqui aos *acordos* (ou *atos de concerto*) celebrados entre órgãos administrativos. Um exemplo desse tipo de acordos informais são os designados *acordos preliminares*, através dos quais dois ou mais órgãos “se concertam para determinar o conteúdo de um ato a praticar por um deles” – ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, cit., p. 131, defendendo que estes acordos (v.g., acordos de colaboração interministerial) têm efeito vinculativo em relação ao ato posterior, muito embora não ostentem eficácia externa. Tal atuação informal insere-se dentro do próprio procedimento administrativo (não o substitui). Constitui exemplo, no âmbito do direito do urbanismo, o acordo celebrado entre a assembleia municipal e a câmara municipal do mesmo município quanto às linhas fundamentais de um contrato para planeamento a celebrar pela câmara municipal (artigos 79.º a 81.º do RJIGT), que vincula aquele órgão e que, sob ponto de vista material, representa uma forma da câmara municipal não correr o risco de vir a ser recusada a aprovação pela assembleia municipal do plano objeto de contratação. Trata-se de um *acordo interorgânico sobre o exercício de poderes públicos* que tem efeito vinculativo em relação ao ato posterior, muito embora não tenha eficácia externa.

*informal*, não de um contrato. Por intermédio de *acordos ou negócios informais*, as partes definem um determinado compromisso assumido pela administração quanto ao exercício dos seus poderes, o qual pode produzir meros efeitos de facto, mas carece de *vinculatividade* ou *obrigatoriedade jurídica*<sup>1670</sup>.

Por outro lado, o contrato é sempre um negócio jurídico *bilateral*, já que nasce do enlace de duas (ou mais) declarações de vontade contrapostas. Dizem-se *unilaterais* os contratos dos quais resultam obrigações só para uma das partes (a administração obriga-se a emitir um ato com um certo conteúdo). Já dos contratos *bilaterais* não só nascem obrigações para ambas as partes, como essas obrigações se encontram unidas uma à outra por um vínculo de *reciprocidade* ou de *interdependência*. Significa isto que se geram obrigações para ambas as partes, as quais se encontram *entrelaçadas* ou *unidas* por um nexo de *correspetividade*<sup>1671</sup>. Sucede, porém, que os deveres públicos de prestação resultantes dos contratos (endoprocedimentais ou substitutivos) bilaterais não estão ligados aos deveres de prestar impostos ao interessado pela relação de *reciprocidade* própria do *sinalagma*. Assim acontece, desde logo, nos contratos através dos quais a administração e os particulares acordam na produção de efeitos jurídicos que aquela poderia configurar, em alternativa, por via unilateral e o interessado se vincula a satisfazer prestações pecuniárias ou em espécie para cumprir um fim de interesse público, comprometendo-se aquela a praticar um ato com um certo conteúdo (*infra*, 54.).

Apesar de, em princípio, produzir efeitos relativos ou *inter partes*, pode suceder que certos contratos sobre o exercício de poderes públicos gozem de *eficácia jurídica em relação a terceiros* ou de *efeito normativo* (artigo 287.º, n.ºs. 2 e 3, do CCP). Em direito administrativo, a circunstância do contrato assumir uma eficácia *ultra partes* não configura uma inteira novidade (v.g., contratos cujo clausulado produz *efeitos jurídicos laterais* – favoráveis ou desfavoráveis – em relação a terceiros, como o contrato de concessão de uso privativo de uma parcela do domínio público, que pode afetar posições jurídicas substantivas de terceiros, ou o contrato substitutivo de uma autorização-licença para a edificação de um centro comercial em violação dos direitos ou posições jurídicas dos vizinhos). Já quando o contrato estabeleça critérios ou padrões de conduta aplicáveis a terceiros como decorrência imediata do próprio conteúdo do contrato, produzindo efeitos

---

<sup>1670</sup> Sobre o sentido, admissibilidade e submissão ao princípio da juridicidade da atividade administrativa informal de carácter bilateral, também designada por *atuação informal de cooperação*, onde se integram atos com designações múltiplas (v.g., protocolos, acordos, negociações prévias), cfr. HARTMUT BAUER, “Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht”, *VerwArch* 78 (1987), pp. 241-268.

<sup>1671</sup> Cfr. RÉMI ROUQUETTE, “Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l’administration”, *L’actualité juridique*, Paris, 1995, pp. 483-495.

em relação a pessoas *indetermináveis*, deve reconhecer-se o afastamento da recondução do contrato administrativo à situação típica. Tais contratos, designados “*regulamentares ou normativos*” impõem *deveres* a terceiros, que ficam obrigados a agir de acordo com os termos contratualmente previstos, apesar de não terem participado na sua formação. Por conseguinte, o clausulado do contrato define, de forma imperativa, uma disciplina jurídica uniforme, geral e abstrata, a que deve submeter-se no seu âmbito a subsequente prática de atos administrativos ou a futura celebração de contratos singulares.

#### **d) Submetido a um regime substantivo de direito público**

O regime jurídico do contrato sobre o exercício de poderes públicos apresenta-se como um *regime substantivo de direito público*, distinto do regime jurídico dos contratos de direito privado da administração. Neste ponto, deverá ter-se presente o artigo 202.º, n.º 2, do CPA, que considera contratos administrativos “os que como tal são classificados no Código dos Contratos Públicos ou em legislação especial”. A compreensão do conceito de contrato administrativo<sup>1672</sup> e, em particular, dos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos não pode abstrair-se de uma aproximação ao que a este respeito dispõe o CCP, em particular no artigo 1.º, n.º 6. O ambicioso objetivo do legislador, que o levou a incluir no Código mais que as normas exigidas pela transposição das diretivas comunitárias relativas à contratação pública,

---

<sup>1672</sup> Sobre o regime do contrato administrativo no CCP, VIEIRA DE ANDRADE, “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, cit., pp. 7-39; RUI MEDEIROS, “Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 69, 2008, pp. 3-29; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Apontamento sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, 2011, pp. 5-34, e “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, 2007, pp. 3-16; e JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra, 2011. Como é sabido, até à entrada em vigor do CCP, o conceito de contrato administrativo resultava do artigo 178.º do CPA de 1991, que o definia como “o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa”. O CPA definia o que se deveria entender por contrato administrativo, a partir de uma *cláusula geral* contida no artigo 178.º, mas, segundo uma parte da doutrina, o legislador, ao remeter, pura e simplesmente, para a natureza jurídico-administrativa das relações jurídicas que eram objeto do contrato, não assumia uma opção por qualquer dos critérios doutrinários e jurisprudenciais de qualificação dos contratos como administrativos, o que não podia deixar de conduzir à multiplicação de situações de ambiguidade na delimitação da figura, gerando alguma insegurança jurídica no plano substantivo e no plano processual. O CCP utiliza uma técnica diferente, enunciando os *critérios ou fatores de qualificação* dos contratos administrativos, fornecendo elementos que permitem identificar, em cada caso, a natureza jurídico-administrativa de um contrato. Nestes termos, o legislador delimita, agora, o âmbito da figura por referência a um elenco de contratos suscetíveis de serem administrativos, que enuncia no n.º 6 do artigo 1.º, na medida em que sejam celebrados por contraentes públicos. Não apresentando o legislador uma definição exata de contrato administrativo, há quem considere que a técnica adotada no CCP é propiciadora de maior segurança jurídica na respetiva qualificação – assim, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos administrativos e poderes de conformação”, cit., pp. 6-7.

conduziu à previsão de um regime – o constante da Parte III – aplicável a certos contratos da administração: “os contratos públicos que revestem a natureza de contrato administrativo”, para utilizarmos a terminologia acolhida pelo artigo 1.º, n.º 1.

Ora, a simples leitura desta norma aponta no sentido de que o CCP distingue claramente dois tipos contratuais, embora louvando-se em critérios diversos: o universo dos contratos públicos é identificado a partir daqueles que se encontram sujeitos à Parte II (adotando uma perspetiva procedimental, ancorada no critério da concorrência, tão caro ao direito comunitário); o âmbito do contrato administrativo é recortado em função do regime substantivo de direito administrativo (que, enquanto tal, pauta a “vida” do contrato). É por este motivo que, embora a maioria<sup>1673</sup> dos contratos administrativos constituam contratos públicos, estes últimos não se reconduzem, em exclusivo, aos primeiros.

A aparente evidência desta conclusão comporta, porém, resultados jurídicos não despiciendos: o reconhecimento do contrato administrativo como figura autónoma, dotada de um regime jurídico próprio, esclarece eventuais dúvidas sobre a sua sobrevivência e impede qualquer unificação dos contratos de direito privado e dos contratos administrativos sob a égide do conceito de *contratos públicos*. Esta distinção não impede, contudo, a existência de elementos aproximativos no regime jurídico de ambas as espécies: eis o que sucede tendencialmente quanto ao procedimento de formação dos contratos, aplicando-se as normas sobre “contratação pública” indiferenciadamente a contratos de direito privado e ao contrato administrativo – consequência direta da apontada diversidade de critérios.

Do n.º 6 do artigo 1.º do CCP decorre quais os elementos constitutivos do conceito de contrato administrativo, sendo possível distinguir entre *elementos subjetivos* e *elementos objetivos* ou *fatores de administratividade*. Relativamente aos primeiros, só estaremos diante de um contrato administrativo se, pelo menos, uma das partes for um dos contraentes públicos enunciados no artigo 3.º do Código<sup>1674</sup>. Maior complexidade reveste a compreensão dos elementos objetivos consagrados nas várias alíneas do n.º 6, que distinguem, sucessivamente, entre vários fatores de administratividade: qualificação legal [alínea *a*), I]; manifestação da vontade das partes [alínea *a*), II]; carácter público do objeto imediato ou mediato [alíneas *b*) e *c*)]; contratos que a lei submete ou admite que sejam submetidos a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em

---

<sup>1673</sup> Mas não a totalidade, visto que existem contraentes públicos que não são entidades adjudicantes, como sucede com os referenciados no n.º 2 do artigo 3.º.

<sup>1674</sup> Atente-se, porém, que a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 3.º associa um elemento objetivo à identificação dos contraentes públicos, pois que, no caso das entidades (de natureza pública ou privada) mencionadas no n.º 2 do artigo 2.º, estas só constituirão contraentes públicos quando os contratos por si celebrados sejam, por vontade das partes, qualificados como contrato administrativo ou submetidos a um regime substantivo de direito público.

que a prestação do cocontratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público.

Enunciando *fatores ou elementos objetivos de qualificação*, o legislador densifica, no n.º 6 do artigo 1.º do CCP, o conceito de contrato administrativo, substituindo a definição genérica que constava do antigo artigo 178.º do CPA por uma enumeração tipológica das espécies de situações contratuais que, por aplicação de diferentes critérios, merecem a qualificação de contratos administrativos, para o efeito de aplicação do regime substantivo estabelecido na Parte III.

Na alínea *b*), o n.º 6 do artigo 1.º do CCP qualifica como administrativos os *contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos*. É evidente a natureza administrativa destes contratos, que decorre do seu objeto e que necessariamente implica a aplicabilidade de um regime de direito administrativo e não de direito privado. Com efeito, pode mesmo dizer-se que se trata de *contratos administrativos por natureza*, submetidos a um regime de direito administrativo em razão da natureza pública do seu objeto e cuja qualificação está subtraída à disponibilidade das partes. A principal consequência da administratividade do contrato reside na sua submissão a um regime substantivo de direito administrativo. O contrato administrativo é “fonte de uma relação jurídica administrativa” (artigos 279.º do CCP e 202, n.º 1, do CPA). Contudo, no CCP, este fator legal de administratividade parece apontar também para um regime jurídico especial dos “contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos” [artigos 5.º, n.º 6, *b*), 285.º, n.º 1, 287.º, n.º 1, 313.º, n.º 3, 336.º e 337.º].

Por outro lado, os efeitos jurídicos pactuados (efeitos que o contraente público poderia, em alternativa, configurar por via unilateral) não são suscetíveis de integrar o objeto de um contrato de direito privado. Na esteira de SÉRVULO CORREIA, podemos afirmar que nos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, os efeitos jurídicos pactuados encontram-se previstos em normas de direito administrativo, dizendo respeito a uma relação que a lei regula em termos de estatuto jurídico privativo da administração<sup>1675</sup>.

Ora, uma vez que os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos versam sobre um objeto que não pode figurar num contrato de direito privado, facilmente se depreende que o respetivo critério de

---

<sup>1675</sup> *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 400-401, afirmando peremptoriamente que se tem de reconhecer como administrativo um contrato que tenha esse *objeto*.

qualificação é o critério do *objeto (público)*<sup>1676</sup>, porquanto os mesmos têm por objeto a regulamentação de uma situação de *exercício típico da função administrativa ou de poderes administrativos de autoridade* (visando modelar o conteúdo de atos administrativos unilaterais ou produzir efeitos jurídicos suscetíveis de, em alternativa, serem constituídos por ato administrativo), no domínio de relações que *têm de ser* reguladas pelo direito administrativo. No direito administrativo alemão, como vimos (*supra*, 32.3.), o §54 da VwVfG consagra, em correspondência com a orientação da jurisprudência e da doutrina maioritárias, o *critério do objeto (Gegenstandstheorie)*, procedendo, por vezes, à combinação do *critério do objeto* com o *critério do direito especial* ou *critério estatutário (Sonderrechtstheorie)*.

Em suma, a determinação da administratividade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos não levanta, entre nós, especiais dificuldades. A sua *administratividade* é, portanto, inegável. A medida em que se concretiza esse regime jurídico substantivo e a dilucidação de regras jurídicas especiais constituem, atualmente, *o problema* do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos no direito português.

***e) Que tem por objeto regular o modo ou os termos do exercício do poder administrativo, seja quanto à emissão (ou não emissão) de um ato unilateral da administração com um certo conteúdo, seja quanto à substituição de um procedimento unilateral por outro de estrutura bilateral***

Definimos o contrato sobre o exercício de poderes públicos como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, assente em duas ou mais declarações juridicamente diferenciadas, reconhecidas pelo ordenamento jurídico, que visa regular o *modo* ou os *termos* do exercício do poder administrativo. O exercício contratualizado do poder administrativo manifesta, na realidade, uma dupla incidência bilateralizadora, na medida em que abrange tanto o acordo endoprocedimental quanto ao exercício do conteúdo de um ato unilateral da administração, como o acordo que substitui um procedimento unilateral por outro de estrutura bilateral. Quer isto significar que a incidência do contrato sobre o

---

<sup>1676</sup> Assim, cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 11; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, cit., pp. 519 e 563; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., pp. 29-30; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, cit., pp. 101-103 (analisando o critério do objeto à luz do ordenamento jurídico alemão); e MARK KIRBY, *Contratos Administrativos de Subordinação*, cit., p. 234 (defendendo o critério do objeto, embora na p. 276 pareça atribuir importância decisiva ao “critério da posição relativa das partes”, como decorrência da sujeição ou subordinação do particular à administração”). Sobre o critério do objeto, cfr., na doutrina espanhola, HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 249; e, na doutrina italiana, cfr. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., p. 83.



exercício de poderes públicos em zonas de competência administrativa de apreciação das exigências do caso concreto, compreendendo a necessidade de ponderação das circunstâncias subjacentes à situação jurídica e a subsequente maleabilidade da solução a definir, é de *per se* reveladora da *disponibilidade do exercício dos termos do poder discricionário* que é confiado por lei à administração.

A tendência generalizada para o consensualismo na ação administrativa faz-se sentir mesmo em zonas de intervenção autoritária e da administração agressiva, onde o ato administrativo detinha uma posição primacial ou hegemónica. Como vimos, o contrato expandiu-se, igualmente, por via da sua penetração nos domínios do direito administrativo considerados, por natureza, reservados à atuação unilateral das autoridades administrativas (“*administração de autoridade e da decisão unilateral*”<sup>1677</sup>), representando uma forma jurídica mais flexível e eficiente de atuação.

---

<sup>1677</sup> WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., pp. 55-56 e 319-321, observam a existência de alguma confusão terminológica em redor do conceito de “administração de autoridade”, referindo que a terminologia não é uniforme na doutrina alemã: uns reduzem a administração de autoridade à “administração de ingerência”, distinguindo entre “atuação na forma jurídica de direito público” e “exercício de poder público”; outros sustentam que toda a atuação estadual é “exercício de poder público”; e, finalmente, uma parte significativa da doutrina distingue a “*administração de autoridade*” da “*administração de simples autoridade*” (quando os sujeitos da administração pública agem com base no direito público, mas não com autoridade, nomeadamente através da criação de instituições, de declarações de vontade e de ciência, de tolerância e informações) e da “*mera administração*” (expressão reservada à atuação material da administração pública). WOLFF/BACHOF/STOBER circunscrevem o conceito de *administração de autoridade, de intervenção* ou *de comando*, quanto a nós, de uma forma muito clara. Assim, quando as entidades administrativas atuam unilateralmente, de modo vinculativo e regulador, seja de forma geral/abstrata ou individual/concreta, *proibindo, impondo, ordenando* (mediante ordens, comandos e meios coativos, quando necessário), *autorizando, decidindo e criando normas gerais e abstratas vinculativas* – deste modo, interferindo na esfera de liberdade dos administrados (no seu *status libertatis*) – ou decidem sobre pedidos e requerimentos dos particulares em assuntos e matérias da sua esfera de competência, atuam *com autoridade* (isto é, no exercício de um poder público de autoridade).

Ora, é nestes campos de atuação (no âmbito de relações jurídicas heterogéneas ou de subordinação, que a administração poderia optativamente regular por via unilateral) que tem vindo a florescer o *contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos*. Trata-se de áreas em que a administração pode impor, com autoridade, a definição do direito aplicável a um caso concreto. E isso mostra que este tipo contratual pode surgir tanto na “administração de ingerência” (*Eingriffsverwaltung*), como na “administração de prestações” (*Leistungsverwaltung*). No primeiro domínio, a aceitação do consenso na administração de ingerência, de intervenção ou de comando tem vindo a colocar cada vez mais em evidência a crise do ato administrativo, o qual não só perdeu a sua posição de quase exclusividade, ou de monopólio, no âmbito das relações administrativas – assumindo-se, agora, como “uma forma de atuação entre muitas” –, como foi perdendo, em parte, a exclusividade no seu território de origem. Tal é especialmente visível na ação administrativa limitadora, fiscal e tributária, planeadora (urbanística, ambiental, de conservação da natureza), autorizadora, ordenadora, sancionadora, regulatória e de garantia. Na segunda hipótese, confirma-se que a nota da “autoridade” não é sinónimo de imposição, proibição ou comando como único reduto do contrato, já que o contrato sobre o exercício de poderes públicos é um instrumento perfeitamente apto a produzir *situações de vantagens* para os particulares. Assim, a estipulação contratual de efeitos jurídicos na administração de prestações (que melhora a situação jurídica ou de facto do cidadão, concedendo-lhe vantagens) é aplicável aos casos em que a administração decide, com autoridade, a atribuição de prestações sociais, incentivos ou ajudas públicas e, bem assim, elabora regulamentos que têm projeção sobre a esfera jurídica de terceiros.

O objeto do acordo de vontades não se destina a contratualizar o próprio poder público (ao qual o ente administrativo não pode renunciar), mas o *modo*, o *sentido* ou os *termos* do exercício desse poder no caso concreto. Por outras palavras, o objeto público deste tipo contratual (*scilicet*, o poder de praticar um ato ou de emitir um regulamento com um certo conteúdo) traduz a ideia de que a administração não contratualiza o poder público (nem a ele renuncia), mas o sentido ou os termos do exercício futuro desse poder. Como já referimos, o contrato não vai esgotar o poder público (“*inesauribilità del potere amministrativo*”), nem negar-lhe a sua essência<sup>1678</sup>. Enquanto decorrência da sujeição da administração à legalidade substantiva, quando outorga um contrato sobre o exercício do poder público, a administração tem sempre de se pautar pelo interesse público fixado na norma de autorização específica, ou seja, na norma que lhe atribui aquela competência típica.

O contrato sobre o exercício de poderes públicos nasce em si mesmo *funcionalizado*, na medida em que a lei o configura como uma forma jurídica de individualização e realização concreta do interesse público. Essa é a “*causa do contrato*”: assim, “o propósito comum exteriorizado pelas partes não pode ser outro que não o cumprimento do interesse legalmente predeterminado na norma legal [...], que se reconduz, em último termo, ao interesse geral. Daí que, quando as motivações concretas das partes, transcendem o fim da atividade administrativa e se afastam objetivamente do fim legal típico, produz-se um vício na causa do contrato, gerador de invalidade”<sup>1679</sup>.

---

Isso não significa confundir a *administração de ingerência ou de intervenção* – reportada à administração de autoridade que intervém na esfera de liberdade dos cidadãos com reservas de autorização, ordens e outras decisões coativas – com a *administração prestadora, de prestação, de providência ou de previdência social* (que é também constitutiva e conformadora). Pelo contrário, significa tão-somente que, naqueles domínios em que a administração prestadora pratica atos de autoridade, cujo conteúdo ou execução reclamam o consenso ou a concertação do particular, o contrato administrativo celebrado no exercício de poderes públicos, por um lado, é uma forma da ação administrativa adequada a tutelar os interesses das partes contratantes e, por outro, constitui ainda uma manifestação do poder de autoridade da administração que visa a criação de determinados efeitos jurídicos. Pode, por conseguinte, dizer-se que, apesar de a ação impositiva não se encontrar refletida na atividade da administração prestadora, isso não significa que nela não se encontrem espaços de atuação tipicamente de exercício de poderes públicos de autoridade (v.g., atribuição ou não atribuição de subvenções, ajudas ou auxílios públicos, concessão de benefícios fiscais). Claramente os estudos sobre a amplitude e os domínios prioritários do *contrato administrativo* no direito alemão assumem esta perspetivação: assim, cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 263-331; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 36-52; PETER AXER, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, cit., pp. 52-96; e *infra*, Parte II. Entre nós, sistematizando as diversas formas de atuação administrativa, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, cit., pp. 97-108; e RUI MACHETE, “Considerações sobre a dogmática administrativa no moderno Estado Social”, *Estudos de Direito Público e de Ciência Política*, Centro de Estudos Administrativos, Lisboa, 1991, pp. 403-408.

<sup>1678</sup> Assim, cfr. M. NIGRO, “*Convenzioni Urbanistiche e Rapporti fra Privati*”, cit., p. 1311; e L. PATTI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., p. 134.

<sup>1679</sup> Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., p. 953.

Importa, contudo, perceber em que “zonas” se processa o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Numa primeira aproximação, logo se dirá que, quanto maior for a autonomia pública da administração face à lei para produzir efeitos jurídico-administrativos, tanto maior será a margem de fixação do conteúdo administrativo extra-típico do contrato, inserido ao abrigo de um poder discricionário. Inversamente, quanto “mais for apertada a malha jurídica da administração (por força do princípio da legalidade), tanto menor é o espaço para configurações contratuais autênticas”<sup>1680</sup>.

Ora, isto equivale a dizer que é no domínio da *discricionariiedade administrativa* que se reconhece, naturalmente, maior espaço para a negociação e para a determinação do conteúdo do contrato. A definição do conteúdo do contrato pressupõe, como facilmente se depreende, a discricionariiedade de escolha dos efeitos jurídicos. Todavia, poderá intuir-se, *a contrario*, que serão inadmissíveis contratos que tenham por objeto o exercício de poderes vinculados? Vejamos, de seguida, com algum pormenor, o problema da amplitude do objeto do contrato sobre o exercício de poderes públicos.

#### (i) Exercício do poder discricionário

O órgão administrativo que goza de um poder discricionário, decorrente da lei, para conformar determinada situação jurídica tem também, simultaneamente, a faculdade de negociar com o interessado os termos e o sentido do exercício do poder administrativo (v.g., condicionando a prática de um ato à satisfação de certas prestações) em conformidade com a previsão da norma de competência e com o fim de interesse público legalmente previsto. Mais especificamente, entre nós, a administração está habilitada a usar a forma do contrato para substituir, no final do procedimento, um ato administrativo<sup>1681</sup>, assim como poderá celebrar contratos em que se compromete a praticar ou a não praticar um ato administrativo com um certo conteúdo – artigos 1.º, n.º 6, b), 5.º, n.º 6, *al.* b), 285.º, n.º 1, 290.º, n.º 2, 313.º, n.º 3, 336.º e 337.º do CCP. O objeto do contrato vai incidir (potencialmente) sobre o

---

<sup>1680</sup> Formulando este princípio geral em matéria de *conformidade do conteúdo do contrato à lei*, cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 384.

<sup>1681</sup> Do artigo 127.º do CPA resulta que um procedimento que se desenrolou para a formação de um ato administrativo pode terminar com um contrato. Como observa PAULO OTERO, *O Poder de Substituição*, Vol. I, cit., pp. 86-87, *Legalidade*, cit., pp. 836-839, deparamos aqui com uma disposição que, flexibilizando a legalidade das formas de exercício da atividade administrativa, habilita uma “abdicação do exercício unilateral da competência decisória da administração pública”. Mas, para além da abdicação da unilateralidade decisória por via de um instrumento contratual, o certo é que, também ao nível do procedimento referente a atos administrativos, se observa uma debilitação do seu carácter exclusivamente unilateral: “procedimentos que, apesar de pensados na sua origem para finalizarem de forma unilateral, podem acabar substituídos pela emanção de um ato bilateral, falando-se aqui em acordos ou contratos substitutivos do procedimento administrativo unilateral”.

*an*, o *quando*, o *quomodo* e o *quid*<sup>1682</sup> do exercício do poder administrativo de decisão unilateral, tendo em vista a conformação jurídica de uma situação individual e concreta.

Para além da abdicação da unilateralidade decisória do órgão administrativo – em harmonia com a genérica e discricionária opção pela forma contratual de exercício da atividade administrativa –, o exercício contratual do poder administrativo discricionário abrange também a predeterminação do conteúdo do futuro ato administrativo a praticar e, ainda, a margem de livre apreciação no preenchimento de conceitos indeterminados<sup>1683</sup>. Desde logo, não subsistem dúvidas quanto à existência de discricionariedade naquelas situações em que a norma habilitante da prática de um ato confere ao órgão competente, na sua estatuição, muitas vezes através do conceito deôntico permissivo (“pode”), a faculdade de determinar o conteúdo das medidas a tomar (*discricionariedade de decisão*) ou a possibilidade de escolher entre as medidas alternativas determinadas na lei (*discricionariedade de escolha*)<sup>1684</sup>. O contrato intervém de forma particular na regulação de situações jurídicas quando existe *discricionariedade de ação*, ou seja, quando o legislador deixa ao órgão titular da competência a decisão sobre se determinados efeitos preditos (mas não impostos pela norma) serão ou não produzidos no caso concreto – tendo a administração a faculdade de optar entre agir e não agir (v.g., contrato que evita a prática de um ato administrativo) –, mas também quando existe *discricionariedade de escolha criativa*, que atribui uma margem significativa na conformação dos efeitos e do conteúdo da ação<sup>1685</sup>.

Na ausência de predeterminação integral do ato, a autonomia pública encontra também expressão na *margem de livre apreciação dos conceitos indeterminados*, podendo as partes acordar a valoração autónoma de conceitos indeterminados concessores de discricionariedade. Num plano substancial, a questão refere-se à existência, nessas situações, de espaços de valoração e de decisão próprios da função administrativa. Sustentamos, por isso, um conceito *amplo* de discricionariedade como espaço de avaliação

---

<sup>1682</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo I*, cit., p. 65 – na terminologia do saudoso Mestre de Coimbra, o conteúdo contratual poderá abranger a tomada ou não tomada de decisão (o *an* da decisão), a escolha do momento em que será praticada (o *quando* da decisão), a faculdade de apor ao ato *condições, termos, modos* ou *outras cláusulas acessórias* (o *quomodo* da decisão) ou, ainda, a determinação do conteúdo do ato administrativo (o *quid* da decisão).

<sup>1683</sup> G. SCIULLO, “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, cit., p. 33, refere-se à importância do acordo procedimental como forma de expressão de uma “discricionariedade de tipo «gestionário»”.

<sup>1684</sup> Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 45.

<sup>1685</sup> BERNARDO AYALA, *O (Défice de Controlo) Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, 1995, pp. 134-135, referindo que, na discricionariedade de escolha criativa, o órgão pode optar por uma entre várias condutas positivas possíveis, sendo que a escolha surge neste caso porque o legislador limita-se a estabelecer um núcleo mínimo identificador do género da medida, deixando ao órgão administrativo a invenção do conteúdo completo do ato.

e decisão da responsabilidade da administração, decorrente de uma indeterminação legal (conceitual ou estrutural), englobando as faculdades (diretas) de ação, os espaços de apreciação na aplicação de conceitos imprecisos tipo e as prerrogativas administrativas de avaliação<sup>1686</sup>.

De acordo com esta conceção, carece de sentido a autonomização (para efeitos de regime jurídico) entre *contratos de subordinação relativos à margem de livre decisão no preenchimento de conceitos verdadeiramente indeterminados* e *contratos relativos ao exercício da discricionariedade propriamente dita*<sup>1687</sup>. Esta distinção tem subjacente a conceção proposta por SÉRVULO CORREIA que continua a sustentar, por razões de “consistência metodológica” e de “rigor dogmático”, a distinção categorial entre a margem de livre apreciação (de pressupostos legais expressos em conceitos indeterminados) e a discricionariedade propriamente dita, na medida em que aquela não implica uma ponderação de interesses, estando sujeita apenas ao imperativo de *adequação* e não às outras vertentes do princípio da proporcionalidade (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)<sup>1688</sup>. Em sentido diverso, acompanhamos VIEIRA DE ANDRADE, sustentando que, “pelo contrário, há-de ter lugar, sempre que possível, o controlo judicial do resultado e, por isso, do equilíbrio da solução adotada”<sup>1689</sup>.

Por conseguinte, o exercício do poder discricionário através do contrato constitui um *meio* ou *processo* de *individualização do direito* que pressupõe a existência de *espaços abertos* do conteúdo prescritivo das normas legais. Está, portanto, aqui envolvido um poder unilateral atribuído pelo legislador à administração para “escolher”, “configurar” ou “desenhar” o concreto conteúdo de um ato que vai fixar a situação jurídica do destinatário.

Mas, uma vez celebrado o contrato, verifica-se a *autolimitação do poder discricionário* por via da definição consensual da decisão final do procedimento.

---

<sup>1686</sup> Seguimos aqui nitidamente a conceção de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 49.

<sup>1687</sup> Distinção defendida por MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 294- 296 e 314-315, referindo que a mesma tem consequências de regime ao nível do princípio da proporcionalidade enquanto limite interno de exercício da discricionariedade.

<sup>1688</sup> SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 778, e, mais recentemente, “Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional, Anotação ao Acórdão do STA, de 17.01.2007”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2008, n.º 70, pp. 49-58. Também BERNARDO AYALA, *O (Défice de Controlo) Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, 1995, p. 163, adota esta tese, defendendo que no exercício de poderes discricionários é imperioso ponderar os vários interesses públicos e privados em presença, mas essa operação já não surge perante a valoração de conceitos verdadeiramente indeterminados. Donde decorre – para o Autor – que as três vertentes do princípio da proporcionalidade aplicam-se de forma diferente consoante as hipóteses: a discricionariedade sofre a incidência dos juízos de *necessidade, adequação e equilíbrio*, mas à valoração de conceitos-tipo apenas interessa a *adequação*, posto que as outras duas modalidades relevam da ponderação de interesses conflitantes.

<sup>1689</sup> *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 50.

Efetivamente, o contrato sobre o exercício de poderes públicos representa um instrumento jurídico apropriado para uma vinculação com efeitos externos da administração quanto ao futuro exercício de poderes discricionários. Quando o órgão administrativo celebra um contrato obrigacional sobre o exercício de poderes públicos quanto à definição dos aspetos nucleares do conteúdo do futuro ato administrativo, tal órgão, além de não poder deixar de praticar esse ato, vincula-se ao conteúdo prometido do ato e, por essa via, qualquer outro possível conteúdo que antes era em abstrato perfeitamente concebível se encontra agora excluído pelo acordo endoprocedimental celebrado<sup>1690</sup>.

Desde que não conduza ao esvaziamento da ponderação das circunstâncias do caso concreto, a autovinculação do exercício do poder discricionário não tem nada de surpreendente no nosso ordenamento administrativo, se considerarmos que a administração também se autovincula através da fixação prévia de critérios de decisão em fontes regulamentares, sem que isso suscite dúvidas de legalidade (fixação normativa, dentro da margem de liberdade concedida por lei, dos pressupostos e das condições de exercício em concreto do poder discricionário)<sup>1691</sup>. Na zona da discricionariedade (seja de decisão ou de apreciação), a atividade administrativa contratual traduz a aplicação da lei ao caso concreto, na procura da *melhor solução, orientada* pelo fim da norma (interesse público específico).

## (ii) Exercício do poder vinculado

Como tivemos oportunidade de referir, a estipulação do conteúdo do contrato é fortemente limitada pelo grau de *densidade normativa da lei* (maior ou menor vinculação). Quando estejamos perante *competências administrativas estritamente vinculadas*, o exercício de competências pelo órgão administrativo exige o respeito pela *determinabilidade* do paradigma decisório, podendo não haver espaço para configurações contratuais autênticas [é o que sucede, por exemplo, em matéria de incidência de impostos e de alteração dos regimes legais relativos ao uso do solo (v.g., RAN, REN)].

Destas considerações resulta, em primeiro lugar, uma corrente negativista, já que os atos praticados em atuação de competências vinculadas constituem apenas uma

---

<sup>1690</sup> Assim, PAULO OTERO, *Legalidade*, cit., pp. 860-861, defendendo que se encontra aqui, de forma implícita, “subjacente uma promessa de não exercício futuro da discricionariedade decisória nesse caso em sentido diferente ao que foi acordado”.

<sup>1691</sup> Recorde-se, a este respeito, as palavras de SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 750, no que toca aos contratos administrativos: “uma coisa, porém, é a *renúncia ao exercício do poder como discricionário*, mediante uma vinculação genérica da administração a exercê-lo em sentido prefixo sempre que sobrevenham as situações típicas, outra é a *antecipação quanto ao sentido de uma certa decisão ou de um conjunto determinado de decisões*”.

disciplina jurídica externa que já vem predeterminada pelo legislador. Esta corrente de ideias baseia-se nos seguintes argumentos. Primeiro, porque se a legalidade substantiva determina o modo e o conteúdo da ação administrativa ao ponto de limitar *drasticamente* a autonomia pública de estipulação, não fará sentido que a administração e o interessado celebrem um contrato meramente reprodutivo do teor legal. Para além de ser produto de uma certa direção da vontade das partes, o contrato sobre o exercício de poderes públicos cria obrigações unidas por um nexo de corresponsabilidade que têm como fonte imediata o mútuo consenso dos contraentes<sup>1692</sup>.

Segundo, o contrato pressupõe *margem de negociação* e esta só tem efetiva utilidade onde exista espaço de ponderação e de adaptação da decisão administrativa às particularidades do caso concreto. Ora, a flexibilização da atuação administrativa, o regateio do conteúdo da decisão e a negociação da produção de efeitos jurídicos em espaços totalmente vinculados poderão conduzir, como facilmente se intui, à *violação da lei*, na medida em que o contrato disponha em sentido diferente daquele que a lei aponta<sup>1693</sup>.

Terceiro, em domínios estritamente vinculados, quando o particular é titular de um direito subjetivo e preenche os pressupostos objetivos da norma habilitadora, pode ocorrer o perigo de a administração fazer depender a produção de efeitos jurídicos favoráveis ao particular do cumprimento (adicional) por este de determinadas contrapartidas, razão pela qual se deveria excluir a forma contratual nestas hipóteses<sup>1694</sup>.

---

<sup>1692</sup> A propósito dos contratos urbanísticos, MARCO MAGRI, “Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturale”, *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 4, p. 560, defende que, perante espaços vinculados por lei, tais contratos “não se podem limitar a estabelecer direitos e obrigações para as partes que já resultam previamente da lei”. No fundo, o contrato urbanístico haverá de estabelecer algo de *novo*, segundo a vontade das partes, e não figurar apenas como uma forma de “obter a sujeição dos particulares a obrigações decorrentes da lei”. Por essa razão, o Autor não considera verdadeiros contratos os *acordos de enquadramento de obrigações legais*, na medida em que as obrigações que emergem destes acordos têm como fonte imediata a lei e não a vontade das partes. Assim, continua, dizendo que o “traço característico destes acordos não é a autonomia negocial, mas a *adesão* do particular a uma ou mais cláusulas já contidas na lei” (ob. cit., p. 564). Por isso, não podem ser subsumidos no conceito de contrato administrativo os acordos que estabeleçam cláusulas que sejam uma mera reprodução de direitos e/ou obrigações legais. Poderá, eventualmente, esse aspeto constituir um forte *indício* de que não houve contrato, mas a prática de um ato administrativo.

<sup>1693</sup> Destacando essa posição da doutrina tradicional, cfr. G. SCIULLO, “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, cit., p. 46. É o que sustenta, também, GIANLUCA GARDINI, “Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso”, cit., p. 17, referindo que, em espaços totalmente vinculados, os efeitos jurídicos derivam diretamente da lei e não da vontade das partes (são efeitos *ex legge* e não *ex voluntate*), pelo que admitir a negociação de efeitos jurídicos (o *quid*) seria fazer prevalecer uma atuação *contra legem*. Negando a validade de contratos sobre o exercício de poderes públicos vinculados, cfr., na doutrina italiana, N. AICARDI, “La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri”, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, p. 54; e, na doutrina espanhola, cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 176 e 208.

<sup>1694</sup> Recorde-se que é exatamente isso que ocorre na Alemanha no *Sozialverfahrenrecht*, encontrando-se aí o contrato administrativo previsto como figura de utilização geral nos §§53 a 61, Livro X, do

Apesar de *prima facie* parecer excluída, entendemos que a contratualização no âmbito de poderes vinculados não configura uma impossibilidade lógica e muito menos uma “*contradictio in adjecto*”<sup>1695</sup>. Consideramos, no entanto, que o recurso à forma contratual jurídica para o exercício de poderes vinculados terá um interesse marginal ou meramente residual, sendo que é na composição de situações jurídicas decididas ao abrigo de normas que atribuem margens de livre apreciação e no desenrolar de um processo de ponderação entre os vários interesses envolvidos que os contratos sobre o exercício de poderes públicos revelam toda a sua utilidade<sup>1696</sup>. A contratualização no âmbito de poderes vinculados é aceite na doutrina estrangeira e pode mesmo dizer-se que, desde que sejam observados certos termos, é também admitida em Portugal (SÉRVULO CORREIA<sup>1697</sup>, MARK KIRKBY<sup>1698</sup> e FILIPA CALVÃO<sup>1699</sup>).

Para essa corrente, a natureza vinculada da produção de certos efeitos jurídicos não obsta (em abstrato) à utilização da forma contratual. Mas é óbvio que, nesses casos, achar-se-á fortemente limitado o conteúdo do contrato, que não poderá corresponder a uma disposição diferente daquela que a lei impõe. Além disso, os efeitos decorrentes da estatuição normativa podem não ser compatíveis com certas contraprestações do particular ou outros elementos acessórios que não os decorrentes da conteúdo prescritivo da norma.

---

Código Social (*Sozialgesetzbuch*), para a atribuição de prestações sociais (§11, Parte Geral, do *Sozialgesetzbuch*). Nestes termos, o contrato administrativo pode ser utilizado como forma jurídica destinada a regular a concessão de prestações ou auxílios sociais, quando essa atribuição se encontre dentro da margem de livre apreciação discricionária da entidade concedente (*ex vi* §11, Parte Geral, e §53, Livro X, do *Sozialgesetzbuch*). Já quando resulta diretamente da lei um *direito* à prestação social, o contrato encontra-se excluído, constituindo o ato administrativo a forma jurídica obrigatória. Esta restrição traduz, em certa medida, uma desconfiança do legislador que não pretende remeter para a negociação a regulação jurídica de direitos sociais ou de pretensões jurídicas que decorrem da lei. Em tais hipóteses, é proibido o recurso ao contrato administrativo – cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 206. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 361, refere que o §53 II do *Sozialgesetzbuch* constitui um caso previsto na lei de *exclusão* do contrato no âmbito de poderes vinculados para *proteção do requerente* da prestação social. Se existe um direito subjetivo à prática de um ato administrativo com um certo conteúdo, não se pode substituir a anterior relação entre a administração e o particular baseada na oposição poder/interesse legítimo por uma relação agora informada pelo binómio direito/obrigação.

<sup>1695</sup> Aliás, nas áreas vinculadas em que não haja concessão legal de poderes discricionários, os órgãos administrativos podem e devem concretizar a lei, colmatar as eventuais lacunas, resolver as dúvidas de aplicação ou adequar as normas às circunstâncias dos casos concretos – assim, cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 50-51.

<sup>1696</sup> Cfr. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., p. 128; CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., pp. 405; e WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., p. 72.

<sup>1697</sup> *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 689, 746 e 790, mencionando que, em tal eventualidade, apenas se poderá estipular como contraprestação um encargo que constitua aspeto do próprio tipo legal.

<sup>1698</sup> *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 316-318.

<sup>1699</sup> “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, cit., p. 355.



Todavia, à luz de um rigoroso juízo de interpretação das normas jurídicas, entendemos que se poderá admitir a contratualização em espaços vinculados nas seguintes hipóteses:

(i) No que toca ao *an* e ao *quando* da produção de efeitos jurídicos predeterminados por lei<sup>1700</sup>. A circunstância de o novo artigo 149.º, n.º 2, do CPA, permitir a aposição de cláusulas acessórias a atos administrativos de conteúdo vinculado, quando a lei o preveja ou quando se vise assegurar a verificação futura de pressupostos legais ainda não preenchidos no momento da prática do ato, joga precisamente a favor da ideia de contratualização em espaços vinculados, pelo menos nos mesmos termos em que é admitida a aposição de cláusulas acessórias ao ato;

(ii) No âmbito de juízos técnicos de verificação de determinados pressupostos de facto (apurados através de métodos indiciários ou de indicadores matemáticos previstos na lei), quando se suscitarem dúvidas ou incertezas intransponíveis e a administração esteja habilitada por lei a recorrer ao contrato (*acordo de fixação de factos*) ou como forma de resolução extrajudicial de um litígio (*acordo de transação*)<sup>1701</sup>;

---

<sup>1700</sup> Assim, cfr. G. SCIULLO, “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, cit., p. 46, o que exige um juízo, nem sempre isento de dúvida, de interpretação da norma jurídica.

<sup>1701</sup> Assim, cfr. FRANCO RANDAZZO, “La conciliazione giudiziale tributaria nell’interpretazione della giurisprudenza: casi e materiali per un’analisi critica dell’istituto”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, cit., p. 257; e, com desenvolvimentos impressivos, o estudo de SALVATORE LA ROSA, “Gli accordi nella disciplina dell’attività impositiva: tra vincolatezza, discrezionalità e facoltà di scelta”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, cit., pp. 50-72. Assumem aqui importância prática, sobretudo no direito fiscal formal, os *acordos de transação* e os *acordos de fixação de factos*, que colocam questões altamente complexas, tendo em conta o facto de incidirem, muitas vezes, sobre *áreas vinculadas*, em que não há concessão legal de poderes discricionários ou em domínios que contendem com a interpretação de normas jurídicas. Relativamente ao acordo obtido em sede do procedimento de revisão da matéria tributável (artigos 91.º e 92.º da LGT), CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., p. 387, atribui *natureza transaccional* ao acordo alcançado no quadro de um órgão de cariz arbitral.

Seguindo de perto ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 279-280, de génese doutrinal, o *acordo de fixação ou de verificação* é entendido como aquele em que as partes “visam a eliminação de incertezas ou dúvidas relativas a factos ou situações, ou tornar não controvertidas relações jurídicas que antes eram incertas por qualquer motivo [...]. A função do acordo de fixação é determinar ou verificar a realidade ou existência da situação. Neste tipo de acordo não existem *concessões recíprocas*, as partes não procuram uma solução de compromisso, mas tão-somente conhecer, verificar ou determinar a realidade diante da existência de uma situação incerta. Por seu turno, a função essencial da *transação* é dirimir um litígio ou uma contenda. As partes buscam uma solução de compromisso para prevenir ou pôr termo a um litígio. Esse compromisso concretiza-se mediante *concessões recíprocas*, sendo ainda possível negociar a entrega de contraprestações. Do exposto resulta que o pressuposto da transação é a *controvérsia* e a *causa* do negócio é dirimir ou resolver essa controvérsia mediante *concessões recíprocas*. Por sua vez, no acordo de fixação, o pressuposto é a incertezas sobre factos e a causa do negócio consiste em eliminá-la. Bem vistas as coisas, parece que nos encontramos diante de dois tipos negociais distintos”.

No direito alemão, a generalidade dos autores sustenta a admissibilidade de *transações fiscais* (*Vergleichsverträge*) e de *acordos de facto* (*tatsächliche Verständigungen*), exigindo, no entanto, uma *autorização legal expressa*, já que relativamente a tais contratos especiais verifica-se uma inversão da regra do §54 (2), da VwVfG. Para mais desenvolvimentos, cfr. ROMAN SEER, “Contratos, Transacciones y otros Acuerdos en Derecho Tributario Alemán”, cit., pp. 133-160. Entre nós, o *contrato de transação* encontra-se previsto no artigo 1248.º, n.º 1, do Código Civil, como “o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam

(iii) No domínio da atividade de planeamento da administração, a utilização do contrato como técnica de execução legal vinculada confere maior segurança jurídica e previsibilidade à relação entre a administração e os particulares, a qual é alcançada pela regulação conjunta e antecipada de diversos aspetos jurídicos (de natureza urbanística, ambiental) que se colocam na fase de execução dos planos<sup>1702</sup>.

Não obstante, entendemos que o maior óbice à contratação no exercício de poderes administrativos vinculados diz respeito às decisões administrativas que, nos termos da lei, são *devidas* ou *vinculadas quanto ao seu conteúdo*. Se existe um direito subjetivo à prática de um ato administrativo, tendo o titular da competência de praticar um ato num determinado sentido, não se vê como seja possível que as posições das partes (*obrigação/vinculação* do ente público e *direito subjetivo/interesse legalmente protegido* do particular) possam integrar uma relação jurídica contratual. Assim sendo, caso a competência seja estritamente vinculada, não se regista qualquer disponibilidade de efeitos jurídicos e o contrato não pode aportar nada de novo à relação jurídica e à ponderação de interesses feita por lei<sup>1703</sup>.

Em conclusão, sabendo que toda a noção deve ter em conta as características essenciais do regime jurídico que pretende exprimir, entendemos que o contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos é um *acordo de vontades juridicamente vinculativo celebrado entre dois ou mais sujeitos de direito, sendo um deles necessariamente um membro da administração pública que age nessa qualidade (enquanto tal), que tem por objeto regular o modo ou os termos do exercício do poder administrativo,*

---

um litígio mediante recíprocas concessões”. É duvidoso que esta noção contemple também o *acordo de fixação*, já que este visa determinar ou fixar os termos da situação controvertida, ao passo que a transação tem por objeto concessões recíprocas. No direito fiscal, na determinação do *quantum* da matéria tributável, a Lei Geral Tributária prevê, em sede de *métodos indiretos*, um *acordo para a fixação da matéria tributável* que surge, no quadro do procedimento administrativo, quando se verificou um procedimento de revisão à luz do artigo 92.º da LGT. Tal acordo constitui uma *transação fiscal*. Quando a lei concede à administração fiscal faculdades de flexibilização na determinação da prestação tributária, são admitidas as transações fiscais, cuja causa-função é *prevenir ou terminar um litígio* através de concessões recíprocas (*aliquid datum e aliquid retentum* da questão controvertida). Para mais desenvolvimentos, cfr. JOÃO TABORDA DA GAMA, “Contrato de transação no direito administrativo e fiscal”, cit., pp. 607-694.

<sup>1702</sup> Admitindo expressamente a contratação no exercício do poder vinculado com base nesta *argumentatio*, HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 346-348, referindo-se às virtualidades dessa contratação para “resolver de forma conjunta e antecipada todos os problemas jurídicos derivados da realização de atividades económicas complexas, que requerem segurança e previsibilidade”.

<sup>1703</sup> PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 622-629, a propósito dos atos administrativos, reconduz os atos administrativos vinculados quanto ao conteúdo à figura dos *atos administrativos declarativos*: quando os efeitos jurídicos já estão contemplados, em termos finais e definitivos na lei, à administração apenas cabe *reconhecer* ou *declarar* esses efeitos. O ato vinculado está, por conseguinte, desprovido de efeitos constitutivos.

*seja quanto à emissão (ou não emissão) de um ato unilateral da administração com um certo conteúdo, seja quanto à substituição de um procedimento unilateral por outro de estrutura bilateral.* Observe-se que o conceito não conhece um valor apenas descritivo, porquanto a qualificação de um contrato como contrato sobre o exercício de poderes públicos permite imediatamente concluir que se trata de uma figura exposta à *incidência de um regime específico de direito administrativo* e que visa *constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica administrativa.*

Não compete ao legislador formular conceitos doutrinários, mas delimitar do modo mais operativo possível o objeto da sua regulação: no domínio da nossa análise, cumpre-lhe, pois, procurar evitar a multiplicação de situações de incerteza quanto à aplicabilidade a cada caso concreto do regime jurídico substantivo estatuído para as espécies de contratos administrativos. O legislador do Código dos Contratos Públicos refere-se aos “contratos com objeto passível de ato administrativo” e “demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”. Todavia, estas expressões não são sinónimos. Por um lado, o âmbito do conceito de contrato sobre o exercício de poderes públicos é mais *reduzido* do que o do conceito de contrato com objeto passível de ato administrativo, na medida em que exclui as concessões (em rigor, os contratos de delegação de funções ou serviços públicos e afins)<sup>1704</sup>. Por outro lado, e em sentido oposto, o âmbito do conceito de contrato sobre o exercício de poderes públicos é mais *largo* do que o do conceito de contrato com objeto passível de ato administrativo, já que abrange não apenas os contratos que condicionam o exercício de um poder público (endoprocedimentais e substitutivos) relacionados com a prática de atos administrativos, como também os contratos relativos à emissão de normas regulamentares. Sendo assim, entendemos que, em rigor, o conceito de *contrato sobre o exercício do poder público administrativo* assenta numa dicotomia entre *contratos sobre o exercício de poder público relativos a atos administrativos* e a *regulamentos administrativos*. Deste ponto de vista, torna-se indispensável marcar a autonomia entre a dimensão decisória e a dimensão normativa-regulamentar. E isto porque, como veremos, para além de prosseguirem finalidades distintas, as referidas *fattispecies*, são, anatomicamente, diferentes e, por isso, as

---

<sup>1704</sup> Tradicionalmente, os contratos sobre o exercício dos poderes públicos correspondiam aos designados “contratos com objeto passível de ato administrativo” por oposição aos contratos com objeto passível de contrato de direito privado – cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 428 –, estando essa distinção hoje implícita no CCP apenas em termos de regime de invalidade (artigo 285.º, n.ºs 1 e 2). No entanto, também são contratos com objeto passível de ato administrativo os *contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos*, na medida em que a produção dos respetivos efeitos jurídicos típicos é também possível em virtude de um ato administrativo. No quadro dos contratos com objeto passível de ato administrativo, os contratos sobre o exercício de poderes públicos distinguem-se claramente dos contratos de delegação de funções ou serviços públicos e afins, atendendo ao critério da diferente *finalidade pública* – cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., pp. 65 e 74-78.

questões de *quid iuris* que suscitam quanto aos respetivos regimes jurídicos nem sempre poderão conduzir a soluções idênticas.

Refira-se que o CCP reconheceu a existência de outros tipos de contratos sobre o exercício de poderes públicos, porquanto a fórmula “demais contratos sobre o exercício de poderes públicos” contempla (destarte, de modo expresso) o reconhecimento da existência no nosso sistema administrativo de outras figuras para além dos tradicionais contratos com objeto passível de ato administrativo. Sintomático do que acabamos de referir é o facto de, recentemente, na legislação urbanística, o legislador ter expressamente qualificado no artigo 80.º, n.º 1, do RJGT o contrato para planeamento como um contrato sobre o exercício de poderes públicos (em rigor, sobre o exercício do poder regulamentar) – “os contratos para planeamento são contratos sobre o exercício de poderes públicos, com efeitos obrigacionais entre as partes, podendo o respetivo incumprimento dar lugar a responsabilidade civil”.

Sob ponto de vista dogmático, é, também, possível conceber um conceito *amplo* de contrato sobre o exercício de poderes públicos. É que, para além da dimensão regulamentar, o contrato pode inclusive, abarcar, pela sua própria natureza, outros domínios do exercício do poder público, designadamente o poder legislativo. Para efeitos da presente investigação, circunscrevemos a nossa análise aos contratos sobre o exercício do poder público administrativo. A excessiva amplitude daquela noção torná-la-ia, em termos práticos, um conceito meramente de construção, descritivo e insuscetível de nos oferecer um instrumento operativo que o jurista possa mobilizar para a resolução de casos jurídicos decididos e com um lugar próprio na arquitetura da contratação administrativa atual.

Uma última nota apenas para referir que não subscrevemos a designação procedente de certa doutrina alemã de *subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag* e, entre nós, proposta por MARK KIRKBY, de “*contrato administrativo de subordinação*”<sup>1705</sup>. Essa designação – que não chegou a ser consagrada ao nível legal nos ordenamentos jurídicos comparados – é rejeitada também por uma parte substancial da doutrina<sup>1706</sup>, não apenas porque representa um velho resquício da fase da negação da figura do contrato

---

<sup>1705</sup> Cfr. MARK KIRBY, *Contratos Administrativos de Subordinação*, cit., *passim*. A posição é reafirmada em *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 249 e 276.

<sup>1706</sup> Rejeitando essa designação, com inúmeras referências bibliográficas nesse sentido, cfr. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 59. Recorde-se que, em boa medida, a designação “contratos sobre o exercício de poderes administrativos” se tornou mais conhecida da comunidade jurídica em resultado daquela monografia de HUERGO LORA (cfr., especialmente, a p. 255, onde o Autor percebe os *contratos sobre los actos y las potestades administrativas* enquanto categoria jurídica unitária). Inicialmente, a sua Dissertação de Doutoramento defendida em Bolonha em junho de 1995 tinha como título *Poteri Autoritativi delle Pubbliche Amministrazioni e Accordi con i Privati*, inédito, Bologna, 1995, tendo o Autor publicado a mesma utilizando o conceito inovador de *Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*.

administrativo na Alemanha, como também porque “concentra” a qualificação no critério da posição relativa das partes no contrato, que, quanto a nós, não figura como o atributo principal do contrato sobre o exercício de poderes públicos. Primeiro, porque a expressão “subordinação” pode revelar-se equívoca, já que também é utilizada na generalidade dos contratos administrativos de colaboração, marcados por um regime jurídico que, na sua essência, se caracteriza por conferir à entidade pública uma posição de *supremacia jurídica* sobre o seu contratante: aquela entidade fica, pois, investida de certos *poderes públicos de autoridade* que *desigualizam* as posições em que as partes estão colocadas (v.g., artigo 307.º, n.º 2, do CCP). No espaço em que a supremacia jurídica da administração pode afirmar-se, a relação contratual é uma relação de *poder público vs sujeição*<sup>1707</sup>.

É claro que o termo “subordinação” traduz a inexistência de uma situação jurídica de perfeita igualdade entre as partes, sendo sobretudo empregue para vincar a situação de sujeição de um particular no âmbito de relações jurídicas contratuais que a administração poderia optativamente regular por via unilateral. Todavia, parece-nos que a aceitação desse critério envolveria um certo regresso (ao passado), ao *critério da sujeição* (“o que há de característico no contrato administrativo é a sujeição especial do particular”), um mero arquétipo tendencial, revelador da diferente natureza (ontológica) das partes no contexto da relação jurídica exterior ao contrato<sup>1708</sup>. Num tempo – como aquele que vivemos – em que o particular é considerado na nova regulamentação jurídica do CPA um *sujeito da relação jurídica procedimental* (reconhecendo-se o paralelismo entre particulares e administração, como simultâneos titulares de situações jurídicas subjetivas que disciplinam as situações da vida em que ambos intervêm no âmbito do procedimento administrativo), a utilização da ideia de *submissão do particular* como elemento central da qualificação do contrato representaria “um recurso a um instrumento do «arsenal novecentista», em termos que não são adequados às alterações sofridas na própria conceção da função da atividade administrativa”<sup>1709</sup>. Por último<sup>1710</sup>, a afirmação de que o contrato sobre o exercício de poderes públicos constitui um instrumento operativo em *relações de subordinação* poderia

---

<sup>1707</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., pp. 33 e 64-65, referindo-se à equação *poder público vs sujeição* também nos contratos administrativos de colaboração (critério da *posição relativa das partes no interior do contrato*).

<sup>1708</sup> Por essa razão, em função do critério da *posição relativa das partes “fora” do contrato*, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 212-213 e, entre nós, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 64, preferem distinguir entre *contratos homogêneos* e *contratos heterogêneos*. WOLFF/BACHOF/STOBER, ob. cit., p. 213, entendem que o termo “subordinação” é, na realidade, desnecessário.

<sup>1709</sup> Utilizando a fraseologia de MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, cit., p. 93.

<sup>1710</sup> Nesse caso, a expressão adequada, na esteira da doutrina alemã, deveria ser a de contrato administrativo involuntário (*unfreiwillige Verwaltungsvertrag*).

significar que os efeitos jurídicos estipulados resultariam de uma subordinação não desejada ou contrária à vontade e aos interesses do particular.

#### 44. Conceção dinâmica das formas da ação administrativa e princípio da aceleração: da rigidez à flexibilidade e da unicidade à combinação

O estudo da natureza específica dos acordos que surgem no procedimento como forma de exercício da atividade administrativa tem de assumir como uma das suas questões centrais a temática mais vasta da *renovação das formas de atuação jurídica da administração*. As abordagens do carácter primacial da *relação jurídica procedimental* vinham há já algum tempo advertindo para o desenvolvimento de *novas modalidades da ação administrativa*, baseadas na concertação e no consenso<sup>1711</sup>. No entanto, cremos ter sido a *Neue Verwaltungswissenschaft (supra, 25.2.)* a abordagem que melhor enfatizou a problemática da renovação das formas da ação administrativa<sup>1712</sup>, tendo em conta, por um lado, a manutenção dos efeitos de estabilidade e de segurança jurídica tradicionalmente associados à teoria das formas<sup>1713</sup> e, por outro, a necessidade de adaptação decorrente da substituição do método jurídico pela pilotagem<sup>1714</sup>.

---

<sup>1711</sup> Cfr. a perspetiva de VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo*, cit., pp. 135-143 e 186-188, atribuindo, contudo, maior relevância ao conceito de “relação jurídica” e reputando-o como conceito central do direito administrativo, já que, independentemente da forma de atuação escolhida, existirá sempre uma *relação jurídica administrativa*.

<sup>1712</sup> À *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* é particularmente cara a temática da *renovação das formas jurídicas da ação administrativa*. Para assegurar a função de *direção, condução e pilotagem*, os signatários da nova ciência do direito administrativo advogam que o *instrumentarium* jurídico ao serviço da administração pública encontra-se desatualizado e carece de ser renovado. Assim, propõem, *inter alia*, a adoção de formas de ação administrativa mais *dúcteis, indicativas e flexíveis*, não tanto para ditar o direito, mas para o exteriorizar; a adaptação das formas de ação aos níveis de *regulação europeia e internacional*; e a *simplificação, desmaterialização e informatização* das formas de ação. Assiste-se, ainda, ao *cruzamento e intersecção* entre as formas tradicionais da ação administrativa (v.g., atos administrativos contratuais, contratos decisórios, contratos regulamentares, etc.). Primeiro, porque o ato administrativo vai-se aproximando, cada vez mais, da configuração contratual, apresentando-se mais maleável, flexível, aberto à negociação e à revisão dos termos em que é definido, designadamente pelo recurso à aposição de cláusulas acessórias ou de compromissos. Segundo, porque a forma contratual já não regula apenas o sentido das decisões administrativas unilaterais (v.g., promessas administrativas, pactos sobre decisões futuras, etc.), tornando-se mais complexa e abrangente, ao se revelar apta a servir de suporte à produção normativa e regulamentar.

<sup>1713</sup> Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 1998, pp. 254-255.

<sup>1714</sup> Cfr. a síntese de KATJA LEHR, *Staatliche Lenkung durch Handlungsformen*, cit., pp. 121-148. Note-se, contudo, que a *substituição* do método jurídico pela pilotagem não pode ser total. Não obstante esse método se encontrar desatualizado ou carecer de ser ajustado em determinados setores da atividade administrativa (v.g., aplicação lógico-substuntiva de normas e legalidade formal vs administração de resultados), o mesmo continua a ter relevante préstimo no exercício da atividade administrativa. A Autora refere-se, por isso, à necessidade de *complementar* o método jurídico com a pilotagem, por exemplo no direito da regulação pública (ob. cit., pp. 159-202).

No sistema administrativo, a teoria das formas de ação desempenha um papel de grande relevância, por um lado, ao nível da proteção das posições jurídicas dos particulares (*mandato protetor*) e, por outro, no plano da predeterminação do modo como as tarefas de interesse público são prosseguidas pela administração (*mandato de efetividade*)<sup>1715</sup>. Além disso, o protagonismo da teoria das formas permite dilucidar uma *função racionalizadora* na formação sistemática das decisões adotadas no seio do procedimento administrativo (associada ao imperativo da racionalização da atividade administrativa, que intima à ordenação temporal e materialmente sequenciada dos diversos atos que precedem uma ação administrativa) e uma *função de legalidade* (adoção de atos com um regime jurídico predeterminado e vinculação da administração a regras procedimentais rigorosas)<sup>1716</sup>.

Os poderes públicos de autoridade revelam-se, em regra, através da produção de atos jurídicos formais, isto é, de atos que se subsumem numa das três formas jurídicas preestabelecidas e abstratamente reguladas do agir administrativo: *regulamentos administrativos*, *atos administrativos* e *contratos administrativos*. Ora, a temática da renovação das formas da ação administrativa, mostrando a necessidade imperiosa da sua diversificação, modernização, simplificação, aceleração, desmaterialização, europeização e internacionalização por forma a responder adequadamente aos novos problemas do direito administrativo do nosso tempo, veio, quanto a nós, reforçar a necessidade de se adotar uma *conceção dinâmica* das formas de atuação, por via da substituição da rigidez e da unicidade por uma regra de *flexibilidade* e de *combinação*. No aspeto que nos interessa destacar, enquanto a perspetiva tradicional tendia a concentrar o sistema das formas de ação em volta de uma delas (*conceção atocêntrica*) ou sustentava que ato e contrato administrativo atuavam em campos distintos e incomunicáveis (*unicidade e rigidez*)<sup>1717</sup>, apela-se, agora, a uma *lógica cooperativa* que permite aproveitar as virtualidades e os efeitos jurídicos multipolares inerentes às *atuações administrativas complexas*. Vários tipos de atos coexistem, de resto, frequentemente no seio do mesmo contrato administrativo. Por outro lado, utilizam-se formas de atuação mais *participadas e concertadas* e procede-se à *combinação* de formas de atuação em *procedimentos administrativos complexos e*

---

<sup>1715</sup> Assim, cfr. SCHMIDT-ASSMANN, “La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa – su significado en el sistema del derecho administrativo y para el pensamiento administrativista actual”, *DA*, n.º 235-236, 1993, pp. 8-10.

<sup>1716</sup> Cfr. KATJA LEHR, *Staatliche Lenkung durch Handlungsformen*, cit., pp. 61-65; e SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., pp. 254-258.

<sup>1717</sup> Segundo esta visão, “poder administrativo e contrato eram termos dificilmente conciliáveis, pois pertenciam a categorias heterogéneas” e demarcava-se rigorosamente o espaço de operatividade das formas da ação administrativa – cfr. GIANLUCA GARDINI, “Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso”, cit., p. 15.

*conexos*<sup>1718</sup>. Nesta última hipótese, as relações entre ato, regulamento e contrato administrativo deixam de ser compreendidas apenas como simples relações lineares ou de causalidade – de cima para baixo –, passando a ser vistas como um processo muito mais complexo no qual se produzem igualmente efeitos inversos de caráter horizontal. E, uma vez que ato, regulamento e contrato administrativo são figuras que podem ser aplicadas cumulativamente, haverá que apurar várias questões controversas: a legalidade da autovinculação administrativa; o regime jurídico aplicável (mais próximo do regime do contrato ou do regime do regulamento ou do regime do ato); e a tutela jurisdicional da pretensão jurídica do particular cocontratante à emissão da atuação prometida pelo contraente público em conformidade com um contrato obrigacional celebrado.

Encontra-se ao serviço daquela conceção dinâmica o *princípio da liberdade de escolha das formas de atuação administrativas*, que, como é sabido, não se reporta apenas à escolha da forma de atuação jurídico-pública mais adequada na situação concreta, mas à própria escolha prévia entre as formas de atuação jurídico-públicas e jurídico-privadas, podendo – como referimos – traduzir uma diferenciação ao nível do regime jurídico aplicável à situação jurídica. No que respeita às formas de atuação jurídico-públicas, como referem WOLFF/BACHOF/STOBER, admite-se a “*combinação de diferentes formas jurídicas de ação*”<sup>1719</sup>, daqui resultando, no plano do contrato administrativo, uma nova dogmática conceptual e classificatória e a emergência de vastos problemas de relacionamento entre o regime jurídico do contrato, do ato e do regulamento administrativo, cuja resolução não dispensa a convocação de uma específica *racionalidade analógica*.

No que respeita à *intersecção entre ato e contrato administrativo*, podemos afirmar que, no direito português, trata-se, em regra, de *figuras intercambiáveis* ou de *utilização alternativa*. Do artigo 127.º do CPA resulta que um procedimento que se desenrolou para a formação de um ato administrativo pode terminar com um contrato. Em sentido contrário, o ato administrativo também pode substituir o contrato administrativo, segundo o disposto no artigo 1.º, n.º 3, do CCP. Existem diversos momentos de *utilização combinada* ou ligações de várias ordens entre ato e contrato administrativo: assim acontece quando está em causa a prática de *atos administrativos contratuais* (que exprimem o exercício de poderes do contraente público na execução de contratos administrativos –

---

<sup>1718</sup> KATJA LEHR, *Staatliche Lenkung durch Handlungsformen*, cit., pp 220-235, dedica um inteiro Capítulo às formas de atuação do Estado Administrativo Cooperativo, autonomizando setores e tarefas administrativas onde se verifica a combinação de formas jurídicas da ação administrativa.

<sup>1719</sup> *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., p. 303.



artigos 307.º a 309.º do CCP<sup>1720</sup>), ou, ainda mais exemplarmente, nas hipóteses de *celebração de contratos sobre o exercício de poderes públicos* relativos a atos administrativos<sup>1721</sup>. Apenas nos pronunciaremos sobre o segundo grupo de casos, já que são essas *factispecies* contratuais que se cruzam com a temática objeto da nossa investigação. Mas note-se que esta matéria da intersecção entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais não reveste mero interesse teórico, podendo dar origem a situações de *colisão* entre o ato administrativo prometido e o contrato (por exemplo, o *ato contratualmente devido*), gerando-se uma relação de desconformidade entre o conteúdo do contrato e a decisão final com relevância jurídico-contenciosa.

#### **45. A intersecção entre contrato e ato administrativo: dogmática conceptual e classificatória**

Tendo em conta que a genérica permissão de recurso ao contrato administrativo abrange diversos *tipos* de contratos sobre o exercício de poderes públicos relativos a atos administrativos, haverá que identificar e caracterizar esses tipos contratuais. De acordo com a alínea *b*) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, o universo dos contratos sobre o exercício de poderes públicos abrange duas categorias: os “contratos com objeto passível de ato administrativo” e os “demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”. A fórmula “demais contratos sobre o exercício de poderes públicos” autoriza diversas classificações tipológicas ou categoriais. Contudo, entendemos elencar, na nossa sistematização, apenas verdadeiras *distinções conceptuais* ou *modalidades de ação*, atendendo à *ligação funcional* do contrato ao procedimento administrativo e ao diferente modo de operatividade e entrosamento entre contrato e ato administrativo<sup>1722</sup>. Julgamos que a utilização desse

---

<sup>1720</sup> Sobre o ato administrativo contratual, cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Ato Administrativo Contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, 2007, pp. 3-17.

<sup>1721</sup> As possibilidades de cruzamento são, na verdade, múltiplas, já que o contrato administrativo depende da prática de atos administrativos em sede de procedimentos administrativos respeitantes à formação e execução de contratos. Sobre a temática da intersecção entre atos administrativos (expressos e implícitos) e contrato administrativo em matéria procedimental, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., pp. 41-46.

<sup>1722</sup> Várias classificações são, a este respeito, possíveis. O *critério* que apresentamos para proceder à classificação dos contratos sobre exercício de poderes públicos relativos à prática de atos administrativos é, contudo, mais estreito do que aquele que é utilizado por outros Autores. Isto assume relevância, de modo a evitar o desdobramento excessivo de classificações que julgamos “artificiais” – a título de exemplo, não concordamos com algumas das “categorias de contratos administrativos de subordinação” propostas por MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 279-296 (“contratos com efeitos de execução imediata e contratos com efeitos de execução diferida ou continuada; 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; contratos relativos à margem de livre decisão no preenchimento de conceitos verdadeiramente indeterminados e contratos relativos ao exercício da discricionariedade

critério auxilia o intérprete e aplicador da lei na tarefa de identificar os traços fundamentais do regime jurídico aplicável às *factispecies* contratuais.

#### **45.1. Contratos endoprocedimentais e contratos prévios à tramitação do procedimento**

O conceito de contrato celebrado no exercício de poderes públicos relativo à prática de um ato administrativo abrange os *contratos endoprocedimentais* e os *contratos prévios à tramitação do procedimento*. Os primeiros são concluídos *dentro* do procedimento administrativo de formação de um ato administrativo, abrangendo os *contratos obrigacionais ou de vinculação à prática de um ato administrativo* (em que se acorda a emissão ou não emissão de um ato administrativo com um certo conteúdo – artigo 57.º, n.º 3, do CPA), os *contratos decisórios* (substitutivos do ato administrativo – artigo 127.º do CPA) e os *contratos sobre o exercício da discricionariedade procedimental ou contratos de conteúdo procedimental stricto sensu* (artigo 57.º, n.ºs 1 e 2, do CPA). Por sua vez, os segundos são celebrados entre a administração e os particulares num momento anterior à tramitação do procedimento administrativo, tendo em vista a preparação dos termos do procedimento ou visando determinar total ou parcialmente o conteúdo de um ato administrativo a praticar no futuro<sup>1723</sup>.

Como vimos, os contratos sobre poderes públicos são admissíveis, a título principal, no âmbito da margem de livre decisão administrativa e constituem formas de limitação da mesma, que resultam de uma autovinculação livremente assumida pela entidade administrativa, ao abrigo da sua autonomia pública e do princípio geral de permissibilidade de recurso ao contrato administrativo. Esse tipo de vinculação contratual é possível no contexto de um *exercício antecipado do poder discricionário*, de onde decorre que a administração só pode assumi-la quando os pressupostos (abstratos e concretos) do ato que ela se obriga a praticar ou a não praticar estão já verificados.

Ora, num momento anterior à tramitação do procedimento para a prática do ato administrativo em causa, muitas dúvidas se podem suscitar quanto à admissibilidade da celebração de um *contrato obrigacional*, quando os pressupostos para a emissão do ato não

---

administrativa; contratos sobre o exercício de poderes vinculados e contratos sobre o exercício de poderes discricionários”), já que as mesmas não correspondem a verdadeiras modalidades de contratos de subordinação, traduzindo particulares aspetos de “regime” que diversas *factispecies* podem contemplar e que nem sequer são exclusivos dos contratos sobre poderes públicos.

<sup>1723</sup> Fazendo já esta distinção, cfr. HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 209-210 em nota, 255-256 e 319-325; e, entre nós, MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 279-280.

estão ainda todos verificados, mas se pretende estabelecer uma autovinculação administrativa que respeita à predeterminação de uma decisão. O que há de particular nesta configuração contratual é a possibilidade de se viabilizar o *exercício antecipado do poder discricionário* (emissão ou não emissão de um ato administrativo com um certo conteúdo), quando não foi, ainda, tramitado qualquer procedimento administrativo. A admissibilidade de contratos prévios *facilita a negociação* e pode ter bastante interesse em áreas de forte complexidade e tecnicidade das normas jurídicas, sendo necessário obter um conjunto de garantias e a pronúncia de diversas entidades administrativas envolvidas com competências para a apreciação de projetos da iniciativa económica privada<sup>1724</sup>.

A este respeito, podemos afirmar que têm sido duas as respostas que a doutrina vem dando quanto à admissibilidade de contratos prévios à tramitação do procedimento:

1) Uma *tese de recusa*, segundo a qual o exercício antecipado do poder discricionário e a autovinculação contratual somente são admissíveis quando “os pressupostos do ato concreto a que a administração se obriga positiva ou negativamente deverão encontrar-se já reunidos e, se porventura alguns deles se não tiverem ainda concretizado, a sua posterior verificação deve ser certa”<sup>1725</sup>. Isto significa que a administração contratante deve encontrar-se em condições de apreciar desde logo as circunstâncias específicas do caso concreto conformável pelo ato administrativo a que se vincula.

Para além disso, a admissibilidade dos contratos prévios à tramitação do procedimento pode ser negada com base em dois argumentos. Primeiro, porque não se encontra expressamente prevista no CPA, nem no CCP. Segundo, porque conduz ao afastamento da ideia de procedimentalização da atividade administrativa e traduz a violação do princípio da imparcialidade, já que o responsável pela direção do procedimento é influenciado de forma determinante pelas soluções preconizadas no contrato (perda de objetividade) antes da tramitação do procedimento.

---

<sup>1724</sup> Nestes termos, cfr. HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, cit., p. 256, em nota.

<sup>1725</sup> SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 753. Recusando expressamente os contratos prévios à tramitação do procedimento, porquanto o artigo 88.º da Lei n.º 30/1992, de 26 de novembro, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* apenas consagrou a “terminação convencional do procedimento”, cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 171-172; e L. PAREJO ALFONSO, “La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración”, cit., p. 176.

2) Uma *tese de admissibilidade* (embora sujeita a condições), à qual aderimos, de acordo com a qual se aceita que a administração se possa vincular contratualmente a exercer o seu poder discricionário em determinado sentido, antes de desencadear o respetivo procedimento administrativo<sup>1726</sup>, desde que se verifiquem certas condições e com os seguintes fundamentos. Em primeiro lugar, a *autonomia pública contratual* (artigos 200.º, n.º 3, do CPA, e 278.º do CCP) foi concebida de forma ampla e só excecionalmente pode ser cerceada (“salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”). A contratação num momento anterior à promoção do procedimento não se encontra excluída, entre nós, por nenhuma disposição legal. Logo, nada impede que a administração se vincule a praticar ou a não praticar um ato *se se* verificarem os pressupostos objeto de negociação, obrigação essa que só subsiste caso se venham a confirmar tais pressupostos no momento da prática do ato (*condição resolutive implícita no próprio tipo de obrigação assumida*).

Em segundo lugar, consistindo o procedimento administrativo no caminho seguido pela administração para a obtenção de um determinado resultado, a circunstância de a administração celebrar um contrato obrigacional prévio à tramitação do procedimento não constitui um expediente para afastar a estrita observância da legalidade procedimental, nem acarreta a subtração de trâmites procedimentais (incluindo a participação de interessados e a eventual intervenção de terceiros<sup>1727</sup>). O contrato será válido ou inválido em função do seu conteúdo e do modo de formação. A isto acresce o facto de o contrato não violar o princípio da imparcialidade, já que, através da *fundamentação*, pode o órgão administrativo expor objetivamente a adoção de uma solução em detrimento da outra ou impor a solução mais adequada para o interesse público<sup>1728</sup>.

Isto mostra que a celebração do contrato não coloca em causa a *funcionalidade* do procedimento administrativo, tendo necessariamente que “conviver” com a alteração ou a impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que estiveram na base da valoração discricionária que presidiu à vinculação para a emissão do ato em causa. Se do resultado da instrução derivar que o conteúdo do ato administrativo, baseado num acordo endoprocedimental, seria *inválido*, aplica-se, nesta matéria, o artigo 337.º, n.º 2, do CCP: “os contratos pelos quais o contraente público se vincula a praticar, ou não praticar, um ato

---

<sup>1726</sup> Neste sentido, cfr. HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 209-210 em nota, 255-256 e 319-325; e, entre nós, MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 360-365.

<sup>1727</sup> Não fica excluída, inclusive, a possibilidade de a participação dos interessados na audiência versar sobre o conteúdo do contrato.

<sup>1728</sup> Cfr. HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 319-320.

administrativo com certo conteúdo extinguem-se por força da alteração ou da impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado”. Este preceito também se aplica quando do procedimento *não resultem verificados os pressupostos* que no contrato se anteciparam, tendo o órgão administrativo que decidir em sentido diverso ao estipulado contratualmente<sup>1729</sup>.

Em terceiro lugar, o contrato obrigacional prévio à tramitação do procedimento é *vinculativo* para as partes (efeito jurídico obrigatório). Desde logo, no decurso do procedimento administrativo, podem *verificar-se* os pressupostos de emissão do ato que não estavam reunidos no momento da celebração do contrato. Ademais, da tramitação do procedimento podem não resultar quaisquer elementos suscetíveis de afastar os pressupostos que estiveram na base da assunção da obrigação contratual. Neste cenário, o contrato representa um instrumento vinculativo nos termos gerais: tendo assumido validamente a vinculação, a administração fica naturalmente obrigada a cumprir o contrato, pelo que, se ela vier a praticar um ato que infrinja a vinculação (emitindo o ato que se vinculou a não emitir ou um ato de conteúdo diferente daquele que se vinculou a emitir), o incumprimento do contrato acarretará o pagamento de uma indemnização ao cocontratante (responsabilidade contratual).

Contudo, quanto a nós, a *tutela da confiança* não deverá ter o mesmo nível ou grau de intensidade nas seguintes hipóteses: quando resultem do procedimento elementos que ponham em causa a legalidade da emanação do ato; ou quando da tramitação do procedimento não resultem verificados os pressupostos que no contrato se anteciparam, tendo o órgão administrativo que decidir em sentido diverso ao estipulado contratualmente. Efetivamente, importa não esquecer que estes contratos prévios são celebrados num contexto de *provisoriedade*, havendo, nessa medida, que distinguir (para efeitos indemnizatórios) os contratos que foram celebrados quando os *pressupostos estavam já verificados, mas desapareceram* durante a tramitação do procedimento, dos contratos em que os *pressupostos não estavam verificados* aquando da celebração e que *nunca se chegaram a verificar* até ao momento da prática do ato. Sem dúvida que a posição do particular cocontratante é mais frágil neste último tipo.

---

<sup>1729</sup> Acompanhamos aqui MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., p. 365, referindo que, enquanto na anterior versão do CPA, a administração tinha expressamente que condicionar a eficácia do contrato à verificação ou não verificação subsequente dos pressupostos em causa, hoje, em face do disposto no artigo 337.º, n.º 2, do CCP, essa previsão expressa deixa de ser necessária, já que o preceito consagra a verificação dos mesmos factos como causa automática do contrato.

Além disso, é preciso ter em conta que a administração assume um *risco* ao vincular-se antecipadamente, já que nem todos os pressupostos de que depende a decisão se encontram reunidos atendendo à informação disponível, nem a administração está na posse de todos os elementos de juízo (que lhe serão fornecidos pelo procedimento), não sabendo – até à conclusão do procedimento – se determinado ato que foi objeto de acordo endoprocedimental é ou não conforme ou adequado ao interesse público em concreto. Por isso, quando o órgão administrativo decide em sentido diverso ao estipulado contratualmente com base naqueles fundamentos, a caducidade dos vínculos contratuais explica-se aqui por manifesta carência de *causa*<sup>1730</sup>, havendo que restituir aquilo que eventualmente foi prestado pelo particular.

## **45.2. Contratos endoprocedimentais**

São designados “contratos endoprocedimentais ou intraprocedimentais” aqueles que são celebrados no decurso de um procedimento administrativo que, em geral, regula o ciclo de formação do ato administrativo e a fixação do respetivo conteúdo<sup>1731</sup>, podendo ser de vários tipos: nuns casos, o contrato apresenta um conteúdo procedimental *stricto sensu*; noutros, ele surge como um modo de terminação ou conclusão do procedimento em alternativa ao ato administrativo; podendo, por último, ser celebrado no âmbito de um procedimento tendente à prática de um ato administrativo. O Código dos Contratos Públicos não se refere expressamente aos contratos endoprocedimentais e às respetivas categorias, embora as mesmas se subsumam na fórmula de “demais contratos sobre o exercício de poderes públicos” utilizada pelo legislador. Uma vez que a própria instrução do procedimento comporta o exercício de um poder público administrativo, logicamente, o seu regime jurídico segue os dados normativos fornecidos pelo CCP em matéria de contratos sobre o exercício de poderes públicos.

### **45.2.1. Contratos sobre o exercício da discricionariedade procedimental, de conteúdo procedimental *stricto sensu* ou integrativos do procedimento administrativo**

A possibilidade de celebração de contratos endoprocedimentais encontra-se genericamente prevista no artigo 57.º do CPA, que habilita os órgãos administrativos, no âmbito da respetiva discricionariedade procedimental (ou, para utilizarmos a terminologia

<sup>1730</sup> Cfr. HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., p. 321.

<sup>1731</sup> Cfr. ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., p. 246.

do artigo 56.º, ao abrigo do *princípio da adequação procedimental*), acordar os termos da tramitação do procedimento. Assim, uma das primeiras modalidades de contratos endoprocedimentais diz respeito aos *contratos sobre o exercício da discricionariedade procedimental* ou *contratos integrativos* (*accordi integrativi*, segundo a nomenclatura italiana) do *procedimento administrativo*, por meio dos quais as partes, de acordo com o artigo 57.º, n.º 1, acordam “termos do procedimento” que condicionam a prática de atos posteriores, comprometendo-se a adotar certas condutas no decurso do procedimento administrativo (v.g., proceder a consultas, obter pareceres e promover diligências instrutórias, promover avaliações técnicas e peritagens), a estabelecer o valor probatório de certos documentos, a fixar matéria factual controvertida ou, ainda, o sentido interpretativo de determinadas normas jurídicas ou conceitos legais. Constituindo uma expressão do *princípio da colaboração* entre sujeitos públicos e privados, a utilização do contrato compreende-se no quadro do poder de adequação procedimental de que dispõe o responsável do procedimento.

Por via destes contratos, as partes concertam a resolução de questões procedimentais duvidosas ou complexas, que se projetam na decisão administrativa, embora não visem contratualizar o conteúdo do ato final a praticar. O artigo 57.º, n.º 2, do CPA refere que o objeto daqueles contratos pode, designadamente consistir na organização de audiências orais para exercício do contraditório entre os interessados que pretendam uma certa decisão e aqueles que se lhe oponham.

O recurso a este tipo de contratos justifica-se em razão da sua natureza compositiva (v.g., acordos de fixação de factos e acordos de transação), visando eliminar riscos ou incertezas quanto ao resultado do exercício do poder unilateral da administração ou surgindo como instrumentos jurídicos de resolução extrajudicial de conflitos intersubjetivos [*supra*, 40.3. e 43., e), II]. Na maior parte das vezes, os contratos de mero conteúdo procedimental dizem respeito ao modo como o poder público administrativo é exercido (discricionariedade procedimental e formal) e não ao respetivo conteúdo, pois não predeterminam o conteúdo do ato final do procedimento, nem o substituem. No entanto, os mesmos podem ter conteúdo substantivo quando o órgão administrativo e os interessados acordem termos do procedimento e estabeleçam a valoração autónoma de *conceitos indeterminados*. Neste sentido, admite-se o recurso à contratualização quando subsistem dúvidas sobre o sentido interpretativo de determinado conceito legal e existe margem de livre decisão administrativa no preenchimento de conceitos indeterminados<sup>1732</sup>. Outro

---

<sup>1732</sup> Recorde-se que o preenchimento desses conceitos concessores de discricionariedade pelo aplicador envolve o exercício de uma *prerrogativa de avaliação* conferida à administração com base no critério

aspecto importante a considerar, no que à *consensualização da discricionariedade procedimental* diz respeito, tem que ver com o preceituado no artigo 56.º do CPA – “na ausência de normas jurídicas injuntivas, o responsável pela direção do procedimento goza de discricionariedade na respetiva estruturação, que, no respeito pelos princípios gerais da atividade administrativa, deve ser orientada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão” (it. nosso) –, que, no nosso entender, constitui o intérprete ou aplicador da lei no dever de interpretação sobre quais as normas do Código que deverão ser consideradas dispositivas ou injuntivas.

#### **45.2.2. Contratos obrigacionais ou de vinculação à prática de ato administrativo**

Os contratos obrigacionais constituem acordos de vontades dirigidos à definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo discricionário do ato administrativo final do procedimento. Nos termos do n.º 3 do artigo 57.º do CPA, “durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os interessados também podem celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento” – *contrato endoprocedimental*<sup>1733</sup>. Por meio de um contrato obrigacional de exercício procedimental do poder discricionário unilateral da administração, esta pode autovincular o exercício futuro desse mesmo poder na configuração do ato administrativo final do procedimento. Tais contratos contêm cláusulas definidoras de regras vinculativas sobre o exercício de poderes discricionários, estabelecendo a obrigatoriedade de emissão (ou de não emissão) de futuros atos administrativos para situações concretas.

Dito de outra forma, através dos *contratos obrigacionais (Verpflichtungsverträge)*, a administração compromete-se juridicamente a praticar ou a não praticar um ato administrativo com um certo conteúdo. Quer isto significar que a administração pública

---

da *procura da melhor solução* para a satisfação no caso concreto do interesse público legalmente definido. A questão refere-se à existência, nessas situações, de espaços de valoração e decisão próprios da função administrativa e pressupõe sempre um juízo de interpretação da norma jurídica, tendo em vista uma operação de qualificação da natureza jurídica do conceito, a fim de averiguar se se trata de um conceito verdadeiramente indeterminado. Seguimos neste ponto a doutrina de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 44-54; e MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, “Discricionariedade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 10 (1998), pp. 26-46.

<sup>1733</sup> A designação de “acordo endoprocedimental” surge, pela primeira vez, de forma nítida, na obra de PAULO OTERO, *O Poder de Substituição*, Vol. I, cit., pp. 84-87, e *Relatório*, cit., p. 347 (“acordo preliminar entre a administração e os particulares visando fixar ou modificar os termos do conteúdo de um ato unilateral”; “forma contratual prévia de exercício procedimental do poder discricionário unilateral da administração, chamando os interessados a colaborar na definição ou redefinição do conteúdo de decisões unilaterais, fazendo-as preceder de um ato bilateral”).



limita o exercício do seu poder discricionário de fixar o conteúdo de uma decisão final, pese embora continue a manter o exercício de um poder unilateral de decisão – diz-se, por essa razão, que os acordos endoprocedimentais integrativos ou obrigacionais “conferem uma base consensual à decisão formalmente unilateral”<sup>1734</sup>.

Enquanto modalidade de participação qualificada do particular na conformação de efeitos jurídicos de que é destinatário, tais acordos não traduzem uma abdicação da unilateralidade decisória, antes têm por objeto uma conduta posterior da administração, sendo teleologicamente preordenados a verter o seu conteúdo na posterior decisão unilateral que põe termo ao procedimento (problema da *unilateralidade do ato emanado na sequência de autovinculação bilateral*). Há, portanto, aqui um dualismo entre *vínculo contratual e competência para a prática do ato administrativo*, gerando uma relação de conformidade ou de desconformidade entre o conteúdo do contrato e a decisão final<sup>1735</sup>. Por essa razão, entendemos que o ato administrativo emanado ao abrigo de um acordo endoprocedimental deve ser entendido como um *ato administrativo contratualmente devido*<sup>1736</sup>. Assim, os contratos obrigacionais carecem de uma posterior atuação de cumprimento e criam, por si, uma pretensão jurídica (do particular ao cumprimento). Note-se que os contratos endoprocedimentais de conteúdo obrigacional também podem regular uma promessa de não exercício futuro de poderes (*contratos que evitam a prática de um ato administrativo*)<sup>1737</sup>. Aqui, a administração compromete-se a não praticar um ato administrativo da sua competência.

<sup>1734</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade*, cit., p. 839; e *O Poder de Substituição*, Vol. I, cit., p. 87.

<sup>1735</sup> Cfr. F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale*, cit., p. 687.

<sup>1736</sup> Há quem os designe de “atos administrativos consensuais” – neste sentido, cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., p. 944. É verdade que se pode dizer que o ato administrativo final do procedimento se baseou no consenso com o destinatário do mesmo, mas a designação “ato administrativo consensual” é demasiado genérica, podendo referir-se também a um ato unilateral da administração, que foi objeto de negociação informal, sem ter sido precedido de qualquer acordo preliminar ou endoprocedimental. Mais, no caso dos acordos endoprocedimentais ou integrativos, o contrato não se confunde com o ato subsequente, sendo ambas as figuras “material e cronologicamente distintas” (VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 24), circunstância especialmente visível no que diz respeito à produção dos efeitos jurídicos da decisão que põe termo ao procedimento. Mais próxima da doutrina civilística é, entre nós, a designação proposta por MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., p. 43, de “contrato administrativo com efeito promissório”.

<sup>1737</sup> Isto porque, desde que haja discricionariedade de ação (tendo a administração a faculdade de optar entre agir e não agir), estes contratos podem ter por objeto a emissão ou não emissão de um ato administrativo, não se registando aqui (desde que observados os condicionalismos específicos dos contratos endoprocedimentais) a violação do princípio da irrenunciabilidade da competência. Acompanhamos aqui PAULO OTERO, *Legalidade*, cit., pp. 861-862, quando refere que a admissibilidade de promessas bilaterais de não exercício futuro de poderes administrativos se deve extrair da própria norma definidora da competência dispositiva sobre a matéria em causa: “o órgão que goza de um poder discricionário para conformar determinada situação concreta tem também, simultaneamente, a faculdade de, verificados certos pressupostos, decidir não conformar essa mesma situação e declará-lo”.

Diversos contratos administrativos constituem contratos obrigacionais, já que instituem direitos e obrigações para as partes. Mas não é com esse sentido genérico – contrato em que uma ou as duas partes assumem obrigações, adquirindo a contraparte o direito de exigir o cumprimento dessas obrigações – que o termo “obrigacional” é aqui empregue. Trata-se, antes, de uma designação de raiz germânica que atende à natureza da relação constituída pelo conteúdo contratual. Nessa aceção, o contrato obrigacional de exercício procedimental do poder discricionário da administração (*Verpflichtungsvertrag*) distingue-se do *contrato decisório* (*Verfügungsvertrag*): se, no primeiro, as partes contraem obrigações, vinculando-se a administração a emitir ou não emitir subsequentemente um ato administrativo com um certo conteúdo e, por seu turno, o particular a efetuar prestações *de facto ou de coisa*, o segundo “contém a regulação imediata de uma determinada situação jurídica”<sup>1738</sup>, em cumprimento de uma norma legal ou de uma anterior disposição contratual. O *contrato decisório* é aquele que produz imediatamente efeitos constitutivos numa dada relação jurídica administrativa (é o que se verifica com o contrato que, substituindo um ato administrativo de licença, investe imediatamente o particular do poder de exercer a atividade sujeita a licenciamento administrativo, ou com o contrato de atribuição de uma subvenção). A distinção entre contratos obrigacionais e contratos decisórios não é meramente perfunctória, tendo consequências práticas ao nível das concretas soluções jurídicas a adotar, nem exclui ligações de vária ordem entre as figuras (assim, um contrato decisório pode ser também fonte de obrigações quando o particular se vincule a efetuar prestações *de facto ou de coisa* no contrato que o autoriza a exercer determinada atividade).

Este tipo de vinculação contratual consubstancia uma forma contratual prévia de exercício procedimental do poder discricionário da administração, ocorrendo no contexto de um *exercício antecipado do poder discricionário*. O facto de tais contratos serem material e temporalmente dissociados dos atos administrativos a que respeitam impõe-lhe *condicionalismos específicos*. Tratando-se de contratos obrigacionais celebrados no decurso do procedimento, esse tipo de vinculação é possível no contexto de um *exercício antecipado do poder discricionário*, de onde decorre que a administração poderá imediatamente assumi-la quando os pressupostos (abstratos e concretos) do ato a que ela se obriga a praticar ou a não praticar estão já verificados. A utilização do contrato obrigacional não alarga o poder público material da administração, uma vez que ela dispõe por via contratual de um poder público que já detém. No entanto, em certas circunstâncias, a contratualização, no todo ou em parte, do conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento pode acarretar para o interessado um acréscimo quanto às condições ou termos em que o próprio poder administrativo é exercido.

Por essa razão, os contratos de vinculação à prática de ato administrativo colocam diversos problemas práticos. O que está em causa é, desde logo, a questão de saber em que

---

<sup>1738</sup> Assim, cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 25. Entre nós, recebendo esta distinção, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 752-753.

termos se processa a própria vinculação contratual que tem por objeto o poder de praticar um ato administrativo e quais os aspetos particulares de conteúdo e de regime jurídico substantivo a que os mesmos se encontram sujeitos. Assim, deve entender-se que tais contratos são sempre celebrados *sob reserva de alteração do regime normativo aplicável e das circunstâncias sobre as quais assentam*. Na anterior vigência do CPA, defendia-se que os contratos obrigacionais sobre o exercício de poderes públicos, em que a administração assume a obrigação de emitir ou não emitir um certo ato administrativo, estão implicitamente submetidos à *condição (resolutiva)* de não se verificar uma alteração dos pressupostos, de direito (lei aplicável) e de fato (situação concreta), que existiam no momento da celebração<sup>1739</sup>. Portanto, defendia-se que a obrigação em causa só subsistia enquanto se mantivessem inalterados os pressupostos existentes no momento em que ela é assumida (*condição resolutiva implícita*), podendo a administração optar pela *resolução* expressa do contrato (ao abrigo do artigo 436.º, n.º 1, do Código Civil) ou praticar um ato administrativo diferente daquele a que se comprometeu a emitir (*resolução tácita*).

Atualmente, esta doutrina foi acolhida no artigo 337.º, n.º 2, do CCP. A obrigação contratual assumida só subsiste na medida em que não haja uma alteração dos *pressupostos de direito e de facto* que existiam no momento da celebração do contrato e que justificaram o exercício antecipado do poder discricionário nos termos convencionados. Tendo em vista evitar a admissibilidade de uma vinculação da administração à prática de um ato administrativo que, no momento da sua emissão, poderia ser ilegal por contrariar o bloco de legalidade, por falta de habilitação legal ou por falta de pressuposto de facto, o artigo 337.º, n.º 2, do CCP dispõe que “os contratos pelos quais o contraente público se vincula a praticar, ou não praticar, um ato administrativo com certo conteúdo extinguem-se por força da alteração ou da impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado”.

Por outro lado, a administração poderá inserir no contrato apenas os efeitos jurídicos de direito administrativo concretamente previstos numa lei (exigência de *conformidade* do contrato com a lei). Há que ter em atenção que os *contratos obrigacionais* podem ser *unilaterais*, quando geram obrigações só para uma das partes (por exemplo, o contrato em que só a administração assume uma obrigação de não praticar um certo ato administrativo) e *bilaterais*, se geram obrigações para ambas as partes<sup>1740</sup>. Nesta última hipótese, o conteúdo admissível nos contratos obrigacionais é altamente problemático,

---

<sup>1739</sup> Tese defendida por SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 752-753. Cfr., também, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., pp. 98-99.

<sup>1740</sup> Assim, cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 25, mencionando, ainda, a dicotomia entre contratos bilaterais perfeitos e contratos bilaterais imperfeitos.

colocando-se mais à frente a questão de saber, em face do artigo 281.º do CCP, se o contrato só poderá ter por conteúdo um conjunto de efeitos que fossem admissíveis no ato administrativo correspondente ou se, pelo contrário, podem as partes ampliar o conteúdo do contrato para além daquilo que seria admitido no ato administrativo correspondente.

Por último, a nível processual, tendo assumido validamente a vinculação, se a administração não cumprir o contrato obrigacional (emitindo o ato que se vinculou a não emitir ou praticando um ato de conteúdo diferente daquele que se vinculou a emitir), produz-se uma desconformidade jurídica entre ato e contrato, sendo o ato administrativo suscetível de impugnação, o que pode dar lugar a uma ação especial de condenação à prática de ato devido proposta pelo particular (caso em que podemos ter um *ato contratualmente devido* ou um *ato contratualmente proibido*); já na hipótese de o incumprimento ser imputável ao particular, a administração poderá resolver o contrato ou intentar uma ação de cumprimento do contrato, de modo a obter a execução forçada da prestação do particular.

Um exemplo típico de um contrato obrigacional ou integrativo pode ser visto no regime de controlo prévio das operações urbanísticas, que surge no seguinte contexto: no caso de existir um projeto de decisão de indeferimento de um licenciamento de uma operação urbanística com o fundamento de que esta constitui, comprovadamente, uma sobrecarga inoportável para as infraestruturas ou serviços gerais existentes ou implicar, para o município, a construção ou manutenção de equipamentos, a realização de trabalhos ou a prestação de serviços por este não previstos, designadamente quanto a arruamentos e redes de abastecimento de água, de energia elétrica ou de saneamento, ou com o fundamento de ausência de arruamentos ou de infraestruturas de abastecimento de água e saneamento ou de a obra projetada constituir, comprovadamente, uma sobrecarga inoportável para as infraestruturas existentes, pode o requerente obter o deferimento do pedido se, na audiência prévia, se comprometer a realizar os trabalhos necessários ou a assumir os encargos inerentes à sua execução, bem como os encargos de funcionamento das infraestruturas por um período mínimo de 10 anos, celebrando para o efeito, antes da emissão do alvará, um contrato relativo ao cumprimento das obrigações assumidas e prestando caução adequada [artigos 24.º, n.º 2, b), e 5, e 25.º, n.ºs 1, 3 e 6, do RJUE]<sup>1741</sup>.

---

<sup>1741</sup> JOÃO PEREIRA REIS/MARGARIDA LOUREIRO, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – Anotado*, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 117, defendem que, nesse caso, existe uma *obrigação de deferimento*. Já F. PAULA OLIVEIRA/CASTANHEIRA NEVES/DULCE LOPES/FERNANDA MAÇÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – Comentado*, Coimbra, 2009, pp. 271-272, sustentam que, mesmo em face da assunção pelo requerente dos custos das infraestruturas gerais e da celebração do correspondente contrato com o município, pode este indeferir o licenciamento, com base em outros fundamentos, designadamente no caso de inexistência de consenso sobre o traçado das infraestruturas ou sobre o momento da sua execução. Julgamos mais consentânea com a expressão utilizada pelo legislador no artigo 25.º, n.º 1, do RJUE – “pode haver deferimento” – a leitura que confere à administração urbanística *discricionariedade de ação*, já que à luz da mencionada norma ela tem a faculdade de decidir se determinados efeitos preditos (mas não impostos pela norma) serão ou não produzidos no caso concreto.

Em face do exposto, podemos concluir que, quanto à sua natureza jurídica, estamos perante um *contrato com objeto passível de ato administrativo*, mais especificamente, um *contrato obrigacional*, por intermédio do qual a administração pública se compromete, no âmbito de um determinado procedimento administrativo, a praticar um ato administrativo com um certo conteúdo, *in casu*, o deferimento do pedido de licenciamento da operação urbanística (artigo 25.º, n.º 4, do RJUE)<sup>1742</sup>.

No direito fiscal, na determinação do *quantum* da matéria tributável, a Lei Geral Tributária prevê, em sede de *métodos indiretos*, um *acordo para a fixação da matéria tributável* que surge, no quadro do procedimento administrativo, que conclui um procedimento de revisão à luz dos artigos 91.º e 92.º da LGT<sup>1743</sup>. Tal acordo constitui, como referimos, uma *transação fiscal* (acordo “compositivo” sobre um litígio extra-judicial). Quando a lei concede à administração fiscal faculdades de flexibilização na determinação da prestação tributária, são admitidas as transações fiscais, cuja causa-função é *prevenir ou terminar um litígio* através de concessões recíprocas. O procedimento de revisão da matéria coletável assenta num debate contraditório entre o perito indicado pelo contribuinte e o perito da administração tributária, que *visa o estabelecimento de um acordo, nos termos da lei, quanto ao valor da matéria tributável a considerar para efeitos de liquidação*. Havendo *acordo* entre os peritos lavrado em ata, o tributo será liquidado com base na matéria tributável acordada, daqui decorrendo que o acordo *conforma (na íntegra) o conteúdo do ato de liquidação*. O ato de liquidação vai refletir a *quantificação* que é efetuada no acordo. Além disso, o legislador parece “fechar a porta” à *modificação unilateral* do acordo pela administração fiscal na parte respeitante à consensualização do valor da matéria tributável a considerar para efeitos de liquidação. Segundo o disposto no n.º 5 do artigo 92.º, “em caso de acordo, a administração tributária não pode alterar a matéria tributável acordada, salvo em caso de trânsito em julgado de crime de fraude fiscal envolvendo os elementos que serviram de base à sua quantificação, considerando-se então suspenso o prazo de caducidade no período entre o acordo e a decisão judicial”. Concomitantemente, o contribuinte, chegando a acordo com a administração fiscal, não pode, nos termos do artigo 86.º, n.º 4, impugnar a liquidação, pondo em crise o procedimento de avaliação indireta.

---

De qualquer modo, parece-nos inequívoco que, se o requerente cumprir as obrigações efetivadas no contrato, a *administração não pode indeferir o pedido de licenciamento com os fundamentos invocados no inicial projeto de decisão (promessa de não exercício de poderes)*, estando, assim, quanto às matérias mais sensíveis, reunidas todas as condições para, em princípio, haver deferimento do pedido de licenciamento.

<sup>1742</sup> Cfr. o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 167-171.

<sup>1743</sup> “O procedimento de revisão da matéria coletável assenta num debate contraditório entre o perito indicado pelo contribuinte e o perito da administração tributária, com a participação do perito independente, quando houver, e *visa o estabelecimento de um acordo, nos termos da lei, quanto ao valor da matéria tributável a considerar para efeitos de liquidação* (n.º 1). O procedimento é conduzido pelo perito da administração tributária e deve ser concluído no prazo de 30 dias contados do seu início, dispondo o perito do contribuinte de direito de acesso a todos os elementos que tenham fundamentado o pedido de revisão (n.º 2). *Havendo acordo entre os peritos nos termos da presente subsecção, o tributo será liquidado com base na matéria tributável acordada* (n.º 3). O acordo deverá, em caso de alteração da matéria inicialmente fixada, fundamentar a nova matéria tributável encontrada (n.º 4). *Em caso de acordo, a administração tributária não pode alterar a matéria tributável acordada*, salvo em caso de trânsito em julgado de crime de fraude fiscal envolvendo os elementos que serviram de base à sua quantificação, considerando-se então suspenso o prazo de caducidade no período entre o acordo e a decisão judicial (n.º 5).

### **45.2.3. Acordos endocontratuais na execução de contratos administrativos**

Os *acordos* pelos quais se acorde na emissão futura de certos atos administrativos em sede de execução ou de alteração do contrato são designados pelo legislador como *acordos endocontratuais*, consagrados no artigo 310.º do CCP. O n.º 1 deste preceito estabelece que, “salvo se outra coisa resultar da natureza dos efeitos jurídicos pretendidos, podem as partes no contrato celebrar entre si, sob forma escrita, acordos pelos quais substituam a prática de atos administrativos pelo contraente público em matéria de execução do contrato ou que tenham por objeto a definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo de tais atos administrativos”. Trata-se de uma situação particular de conjugação entre a prática de atos administrativos contratuais e a celebração de acordos sobre o exercício de poderes públicos. Na lógica de consensualização da atividade administrativa, o CCP transpôs a referida figura para o âmbito da execução do contrato, assim admitindo o exercício consensualizado dos poderes administrativos constantes do artigo 302.º do CCP.

Este tipo de atuação vem abranger, expressamente, os acordos que as partes de um contrato administrativo (submetido à Parte III do CCP) podem celebrar relativamente ao modo de exercício dos poderes que assistem ao contraente público na fase de execução contratual. Deste modo, naqueles contratos em que, por força do regime da conformação da relação contratual instituído nos artigos 302.º a 319.º do CCP, o contraente público possa determinar a modificação unilateral do contrato, a sua rescisão ou emanar ordens através da prática de atos administrativos de autoridade, o artigo 310.º do CCP acomoda a possibilidade de as partes celebrarem um contrato reciprocamente vinculativo quanto ao conteúdo, forma e alcance do exercício de tais prerrogativas públicas, que substitua, no todo ou em parte, uma determinação unilateral vinculativa a emanar pelo contraente público.

Nestes termos, os *acordos endocontratuais* caracterizam-se por constituírem acordos que substituem a prática de atos administrativos pelo contraente público em matéria de execução do contrato (trata-se da substituição dos atos administrativos a que se refere o artigo 307.º, n.º 2) ou que têm por objeto a definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo de tais atos administrativos. O artigo 310.º do CCP estabelece, contudo, algumas condições para a admissibilidade da celebração de acordos endocontratuais: no n.º 1 estatui-se um limite à liberdade de utilização da figura – as partes podem recorrer aos acordos endocontratuais, “*salvo se outra coisa resultar da natureza dos efeitos jurídicos*

*pretendidos*” – e, bem assim, formula-se a exigência de *forma escrita*<sup>1744</sup>; quanto ao seu *objeto*, o n.º 2 dispõe que, no caso dos acordos endocontratuais versarem sobre a modificação unilateral do contrato por motivo de interesse público, os mesmos ficam dependentes da verificação dos respetivos pressupostos legais (artigos 311.º a 314.º do CCP), previstos na alínea *b*) do artigo 312.º, além de deverem observar os *limites* estabelecidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 313.º; no que tange às *condições de eficácia*, os acordos modificativos de contratos administrativos que representem um valor acumulado superior a 15% do preço contratual só se tornam eficazes, nomeadamente para efeitos financeiros, após a sua publicitação no Portal dos Contratos Públicos, prevista no artigo 315.º do CCP<sup>1745</sup>; o n.º 3 do artigo 310.º estabelece que “os acordos endocontratuais integram o contrato a que dizem respeito”, sendo naturalmente celebrados entre o contraente público e o cocontratante. Os mesmos podem ter como *fim* a substituição da prática de atos administrativos<sup>1746</sup> ou a ainda a definição do conteúdo de atos administrativos futuros de exercício de poderes de autoridade. Nos termos gerais, e por definição, ambas as categorias de acordos endocontratuais seguem, pelo menos em parte, o regime dos atos administrativos (artigo 310.º, n.º 2, do CCP)<sup>1747</sup>.

### **45.3. Contratos decisórios, substitutivos da emanção de atos administrativos ou com objeto passível de ato administrativo**

A adoção genérica de formas bilaterais de exercício da atividade administrativa e a *alternatividade* ou *fungibilidade* entre ato e contrato administrativo foram reforçadas pelo artigo 127.º do CPA, que consagrou a figura da *terminação contratual do procedimento administrativo* ou da *conclusão do procedimento administrativo por contrato*: “salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer, o procedimento pode

---

<sup>1744</sup> A exigência de forma escrita poderia corresponder ou à do contrato em que se inserem ou à do ato administrativo substituído, se fossem diferentes as formas previstas para cada um desses casos, apontando o artigo 310.º, n.º 3, para a primeira solução – assim, cfr. também *Código dos Contratos Públicos e Legislação Complementar (Guias de Leitura e Aplicação)*, Vieira de Almeida e Associados, Coimbra, 2008, p. 471.

<sup>1745</sup> Cfr. GONÇALO TAVARES/NUNO DENTE, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, Volume II, Coimbra, 2011, p. 87; e JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado*, Coimbra, 2010, pp. 756-758.

<sup>1746</sup> Podem celebrar-se acordos endocontratuais em substituição de atos administrativos do contraente público relativos à execução do contrato, sejam quais forem os poderes que estiverem em causa, embora o domínio de eleição dos acordos endocontratuais se situe no âmbito dos poderes de modificação (e de resolução) do contrato – assim, cfr. *Código dos Contratos Públicos e Legislação Complementar (Guias de Leitura e Aplicação)*, Vieira de Almeida e Associados, cit., p. 471.

<sup>1747</sup> Assim, também MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., p. 153.

terminar pela prática de um ato administrativo ou pela celebração de um contrato”. Assim, resulta do artigo 127.º que um procedimento que se desenrolou para a formação de um ato administrativo pode terminar com um contrato.

O exercício de uma competência discricionária na conformação contratual de uma situação jurídico-administrativa que poderia ter sido alternativamente regulada através de ato administrativo mereceu diversas qualificações por parte da doutrina: desde logo, a qualificação como *contrato com objeto passível de ato administrativo* – cujo *nomen iuris* foi recebido no Código dos Contratos Públicos [artigos 1.º, n.º 6, b), 287.º, n.º 1, 336.º e 337.º] –, uma qualificação que, como referimos, é feita num plano mais abstrato, isto é, de suscetibilidade de produção de efeitos típicos do ato administrativo (assim, *contratos com objeto passível de ato administrativo* são todos os que produzem efeitos jurídicos que, em tese, um ato administrativo também poderia gerar); a qualificação, na esteira da doutrina alemã, de *contrato decisório* [*Verfügungsvertrag*], concebido como aquele que produz imediatamente efeitos constitutivos numa dada relação jurídica administrativa (*supra*, 45.2.2.); ou, ainda, a qualificação como contratos substitutivos da emanção de ato administrativo (*accordi sostitutivi del provvedimento*).

Comum a todas estas designações é o exercício de uma faculdade discricionária pela administração que, no final do procedimento administrativo, opta por celebrar um contrato com o destinatário do projetado ato administrativo, em vez de tomar a decisão unilateralmente. A administração chama o interessado a colaborar na configuração limitativa da discricionariade decisória (*participação coconstitutiva*) e procura encontrar um ponto de equilíbrio ou de convergência adequada entre o interesse público e a pretensão do interessado. Assim, por intermédio destes acordos, a administração abdica de exercer o seu poder unilateral de decisão através de ato administrativo, substituindo-o por uma forma jurídica contratual (v.g., substituição de uma licença por um contrato). Nessa medida, o contrato substitutivo constitui um ato conclusivo do procedimento e funda uma relação jurídico-administrativa<sup>1748</sup>.

A questão de saber se a administração pode optar pela via da celebração de um contrato em vez da prática de um ato administrativo apenas quando para tal esteja *especificamente habilitada* ficou, de forma inequívoca, resolvida. O 127.º do CPA representa uma habilitação normativa genérica para a celebração de contratos substitutivos de atos administrativos que põem termo ao procedimento (naturalmente, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer),

---

<sup>1748</sup> A respeito de um *contrato substitutivo de ato administrativo* (*in casu*, uma licença de uso privativo do domínio público), cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 28/05/1997 (Processo n.º 039169).



Cumpra aqui notar que a situação prevista em geral naquele artigo 127.º pode também ocorrer no procedimento administrativo tramitado no âmbito de *conferências procedimentais*. De facto, em matéria de acordos procedimentais que exprimem o exercício de um poder decisório, o CPA estabeleceu disposições inovadoras ao nível das *conferências procedimentais* (artigos 77.º e segs.). Assim, nos termos do artigo 77.º, n.º 4, quando não exista incompatibilidade entre a forma contratual e a matéria a conformar, as conferências deliberativa e de coordenação podem terminar pela celebração de um *contrato* entre os órgãos participantes e o interessado, em substituição do ato ou dos atos cuja preparação se visava. Por outro lado, se a conferência se conclui com um ou vários atos administrativos [artigo 81.º, n.º 2, *a*)], esse ato(s), que define unilateralmente a situação do respetivo destinatário, resulta de um *acordo* entre os órgãos da conferência procedimental (artigo 81.º, n.º 5).

Em virtude das suas especificidades, os contratos substitutivos de atos administrativos têm um regime procedimental e substantivo que conhece algumas particularidades face aos contratos obrigacionais. É preciso ter em conta que estes contratos estão associados ao problema da *disponibilidade de regimes jurídicos* no âmbito da genérica e discricionária alternatividade entre ato e contrato administrativo.

No âmbito da *administração prestacional*, admite-se a celebração de *contratos de subvenção*, através dos quais a administração acorda com o beneficiário a concessão de uma subvenção destinada a finalidades específicas e utilizada pelo particular segundo as condições estipuladas no contrato. A atividade administrativa de fomento pode ser concretizada através de diferentes técnicas que, dependendo do regime legal instituído, muitas vezes se apresentam como alternativas ou intercambiais. As subvenções podem ser atribuídas tanto sob a forma de *ato*, como de *contrato administrativo*. As subvenções “puras” ou “simples”, concedidas sob forma de pagamentos diretos, são, tradicionalmente, objeto de ato administrativo (com ou sem cláusulas acessórias). Mas, noutros capítulos, deve assinalar-se que se passou a entender ser pela via do contrato (e já não através da autoridade e da unilateralidade) que se deveria enquadrar o processo de relacionamento entre a administração prestadora e os cidadãos beneficiários de subvenções públicas. Neste sentido, o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de agosto, sobre o regime jurídico aplicável à concessão de subvenções públicas, estabelece a possibilidade de celebração de um contrato para a concessão das indemnizações compensatórias. Assim, o n.º 1 do artigo 5.º dispõe que: “a prestação do serviço de interesse geral deve ser confiada à entidade em causa mediante contrato celebrado com o Estado, através do ministro responsável pela área das finanças e do ministro que tenha a responsabilidade pelo setor em que se insere a entidade, sem prejuízo da observância do regime sobre contratação pública quando aplicável”. E, nos termos do n.º 2 daquele preceito normativo, o contrato deve conter obrigatoriamente: a natureza do serviço e a existência de qualquer direito exclusivo ou especial; a duração do contrato; as obrigações das partes; a forma de cálculo da indemnização compensatória; e os termos em que se efetua o pagamento da indemnização compensatória. Mais relevante para a nossa

temática é a disciplina jurídica que o artigo 11.º veio fixar, prevendo a *utilização alternativa entre ato e contrato administrativo* na atribuição de subvenções públicas. Assim, “as subvenções públicas que não revistam a natureza de indemnização compensatória são concedidas nos termos e pelas entidades definidas na norma, legal ou regulamentar, que preveja a subvenção, podendo revestir a forma de ato ou contrato administrativo”.

Noutros ordenamentos jurídicos, a concessão de subvenções públicas é suscetível de ser precedida de *acordos procedimentais*. Trata-se de uma possibilidade admitida nos direitos alemão e espanhol: assim, o procedimento de concessão de subvenções pode integrar um *acordo procedimental* ou o *ato final pode ser substituído por um contrato*, tendo em vista a definição dos termos do financiamento, das condições de pagamento, dos prazos de entrega e das obrigações do beneficiário<sup>1749</sup>. No ordenamento jurídico espanhol, HUERGO LORA<sup>1750</sup>, citando vários exemplos legais de utilização da técnica contratual na atribuição de subvenções, contesta a tese de FERNÁNDEZ FARRERES<sup>1751</sup> de que a subvenção teria incontornavelmente a natureza jurídica de ato administrativo unilateral.

No contexto de atribuição de uma subvenção pública, a utilização de uma forma jurídica unilateral ou bilateral terá consequências de regime jurídico ao nível da cessação da relação jurídica (por incumprimento do beneficiário) e da obrigação das verbas recebidas? Entre nós, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21/10/2009 (Processo: 0462/09) pronunciou-se no sentido de que são administrativos os contratos ao abrigo dos quais as ajudas são atribuídas: os “contratos de ajuda celebrados entre o IFDAP (agora IFAP) e os respetivos beneficiários dos subsídios neles mencionados são contratos de natureza administrativa. Sendo assim, a execução fiscal é o meio próprio para a cobrança do crédito exequendo quando se trate de exigir a devolução de subvenções indevidamente atribuídas”. Naquele aresto afirmou-se que, “de acordo com o Jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal Constitucional, os Contratos de Atribuição de Ajuda celebrados entre o ex IFADAP e os respetivos beneficiários dos subsídios neles mencionados são contratos administrativos e os atos da sua rescisão e/ou modificação unilateral com a conseqüente ordem de devolução das quantias correspondentes aos valores dos subsídios tidos por indevidamente recebidos constituem atos administrativos”. Essa jurisprudência tinha já sido fixada em dois Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo: no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25/06/2009 (Proc. 0416/09), aí se afirmando que os atos que modificam os contratos de atribuição de ajudas e decidem exigir a restituição de ajudas concedidas têm a natureza de atos administrativos, cuja legalidade é jurisdicionalmente sindicável graciosa e contenciosamente nos termos prescritos (artigos 151.º, n.º 1, do CPA e 148.º, n.º 2, do CPPT); e, anteriormente, no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/04/2004 (Proc. 02025/02). Ora, a jurisprudência que estamos a expor começou a ser fixada neste último Acórdão, o qual merece, da nossa parte, um posicionamento crítico. No caso em apreço, tratava-se de um contrato de associação celebrado entre uma escola particular e o Estado, segundo o disposto nos artigos 14.º a 16.º do Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de novembro, não resultando do referido diploma que a administração

---

<sup>1749</sup> Cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 314-315; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 46-52; e ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 81-91.

<sup>1750</sup> *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, cit., pp. 177-178.

<sup>1751</sup> *La Subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, pp. 409-410.

detenha poderes de autotutela administrativa que lhe permitissem declarar, autoritariamente e unilateralmente, a existência de uma situação de incumprimento contratual e de executar coercivamente essa declaração administrativa. Além disso, à luz da anterior versão do CPA (de 1996), não seria concebível que a administração detivesse poderes de autotutela executiva que lhe permitissem exigir coercivamente a reposição da quantia em causa. Nos termos do artigo 187.º do CPA, “a execução forçada das prestações contratuais em falta só pode ser obtida através dos tribunais administrativos”, disposição que claramente apontava para a ausência de poderes de autotutela executiva em matéria de execução de prestações contratuais em falta ou indevidamente recebidas. Por outro lado, também das cláusulas dos referidos contratos não resultam poderes de autotutela administrativa que suportassem a decisão de reposição aqui impugnada. Consequentemente, a administração não poderia, neste caso, impor unilateralmente a reposição de prestações contratuais que entendia indevidamente recebidas, na medida em que essa imposição extravasava claramente os poderes de direção, fiscalização e aplicação de sanções ao contraente privado.

Ora, uma vez que nem a lei nem o contrato preveem o poder de execução autoritária e coerciva que permita à administração emitir uma ordem de reposição de verbas por alegado incumprimento contratual, só por via da ação própria nos tribunais administrativos a situação poderia ser definida e consequentemente executada a respetiva decisão condenatória. Em nosso entendimento, o Tribunal não compreendeu adequadamente a diferença de regime jurídico ao nível da cessação da relação jurídica (por incumprimento do beneficiário) e da obrigação de devolução das verbas indevidamente recebidas, quando a administração utiliza uma forma contratual ou a forma de ato administrativo. Se utilizar a primeira, a devolução das verbas indevidamente recebidas só poderia ocorrer após declaração judicial, ao passo que, se atribuir a subvenção através de ato administrativo sujeito a condição resolutiva, a determinação da obrigação de devolução das verbas basta-se com a verificação unilateral da condição aposta ao ato. Neste sentido, cfr. o Voto de Vencido do Conselheiro Pais Borges, que concluiu pela existência do vício de usurpação de poder do ato recorrido.

#### **45.5. Contratos de execução ou complementares de atos administrativos**

Os contratos de execução ou complementares de atos administrativos são acordos de vontades que visam regular um aspeto da relação jurídica nascida com a prática de um ato administrativo, completando ou desenvolvendo a disciplina jurídica constituída por aquele. Por vezes, pode ser duvidoso que certos acordos de vontades se reconduzam a verdadeiros contratos, quando por efeito dos mesmos não é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa. Como refere H. MAURER, nesses casos, a administração pública, em conexão com a prática de um ato administrativo, celebra um contrato administrativo executivo (por exemplo, sobre as condições futuras de uma promoção de um funcionário público), mas o essencial da disciplina jurídica que a

administração visa compor foi fixada por via do ato administrativo, sendo que alguns aspectos complementares são *ex post* regulados por contrato<sup>1752</sup>.

Fora dessas hipóteses, mesmo que tenha havido uma decisão anterior emitida através de ato administrativo, se o acordo *modificar ou extinguir* a relação jurídica fundamental, não há dúvida que estamos na presença de um contrato. No ordenamento jurídico francês, ganharam particular relevância os contratos que atribuem subvenções públicas a particulares: avultam regimes jurídicos que combinam o contrato com a decisão unilateral, prevendo-se a subscrição de um contrato *após a prática do ato administrativo de atribuição da subvenção ao particular*. Aliás, segundo LAURENT RICHER, no ordenamento jurídico francês é, por vezes, mesmo obrigatória a celebração de um contrato administrativo entre o beneficiário e a administração após a atribuição da subvenção, o qual regula os termos e as condições a observar *por causa* da atribuição da subvenção<sup>1753</sup>.

Entre nós, um tipo de contrato de execução ou complementar de atos administrativos surge-nos no âmbito das *operações de loteamento*. Quando a *execução das obras de urbanização* envolver, em virtude de disposição legal ou regulamentar ou por força de convenção, mais de um responsável, a realização das mesmas pode ser objeto de *contrato de urbanização*, sendo partes, obrigatoriamente, o município e o proprietário e outros titulares de direitos reais sobre o prédio e, facultativamente, as empresas que prestem serviços públicos, bem como outras entidades envolvidas na operação de loteamento ou na urbanização dela resultante, designadamente interessados na aquisição dos lotes. O referido *contrato de urbanização* estabelece as obrigações das partes contratantes relativamente à *execução das obras de urbanização e as responsabilidades a que ficam sujeitas, bem como o prazo do cumprimento daquelas*. O interessado pode apresentar proposta de *contrato de urbanização* juntamente com o requerimento inicial, comunicação e a qualquer momento do procedimento até à aprovação das obras de urbanização, fazendo-se menção no alvará ou comunicação à celebração do *contrato de urbanização*, quando houver lugar à mesma (artigo 55.º do RJUE). Isto significa que, juntamente com o requerimento inicial, comunicação e a qualquer momento do procedimento até à aprovação das obras de urbanização, o interessado pode *apresentar proposta de contrato de urbanização*. Quando haja lugar à celebração de contrato de urbanização, a ele se fará menção no *alvará ou comunicação*. Ora, este contrato de urbanização, na medida em que as respetivas condições gerais, no caso de recurso ao mesmo, são definidas na própria deliberação da câmara municipal que defere o pedido de licenciamento das obras de urbanização [artigo 53.º, c), do RJUE] e, além disso, é mencionado no próprio alvará da licença das obras de urbanização (artigo 55.º, n.º 4, do RJUE), constitui um contrato administrativo relativo ao modo de execução das obras de urbanização, em que as condições de recurso ao mesmo são tomadas unilateralmente pelo município. Estamos, assim, face a um contrato que é precedido de um ato

---

<sup>1752</sup> *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 385-386. MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., p. 283, parece inclinar-se para a natureza contratual.

<sup>1753</sup> *Droit des Contrats Administratifs*, cit., pp. 81-83, observando que, “se o contrato não for celebrado, o auxílio é ilegal, se não for cumprido, o auxílio pode ser suprimido” (p. 63).

administrativo (*in casu*, uma deliberação), o qual exerce uma função de constituir uma decisão regulativa das condições de recurso ao contrato<sup>1754</sup>.

#### **46. A intersecção entre contrato administrativo e regulamento administrativo: dogmática conceptual e classificatória**

O *contrato relativo a normas* (*Normbezogene Vertrag*) constitui uma figura que, embora de génese doutrinal, se tornou marcante no direito administrativo do nosso tempo, essencialmente por força do seu expreso reconhecimento legislativo em leis especiais reguladoras do procedimento administrativo de emanação de normas jurídicas regulamentares. O acolhimento da figura em leis dessa natureza (artigos 47.º da LBPSOTU, 79.º a 81.º do RJGT, 26.º, n.º 1, e 73.º-A do RJRU e 78.º, n.ºs 3 e 10, do Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de agosto, 355.º-378.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, e 28.º Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 93/2014, de 23 de junho), que, em geral, regulam o ciclo de formação do regulamento administrativo, consubstancia apenas *uma* das várias interferências ou intersecções entre contrato e regulamento administrativo. A mais importante para a temática objeto da nossa investigação diz respeito aos *contratos sobre o exercício do poder regulamentar* e aos *contratos substitutivos de regulamentos administrativos*. Todavia, essas figuras não esgotam as combinações possíveis entre contrato administrativo e regulamento administrativo. A razão pela qual nos referimos também a esses contratos prende-se, por um lado, com a necessidade de distinguir, com rigor analítico, as diferentes *factispecies* e, por outro, com o objetivo de demonstrar que a imbricação entre regulamento/efeito regulamentar e contrato não é desconhecida no direito administrativo<sup>1755</sup>.

A título de exemplo, casos há em que os contratos administrativos celebrados entre uma entidade pública e um particular possuem uma *eficácia normativa* ou *regulamentar*. Já de outro ângulo, observa-se que é possível o contrato administrativo disciplinar os termos em que o concessionário elabora regulamentos necessários à gestão, organização e funcionamento de um serviço público. Neste capítulo, os *apports* são, sobretudo, os da doutrina francesa, uma vez que, na esteira da teoria dos atos jurídicos de DUGUIT, há muito

<sup>1754</sup> Cfr. o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 167-171.

<sup>1755</sup> Assim, não obstante proceder à rigorosa demarcação conceptual entre contrato e regulamento administrativo, LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLLE, *Traité des Contrats Administratifs*, I, cit., pp. 72-73, sustentam a possibilidade de *combinação* de ambas as formas jurídicas, a existência de *atos regulamentares convencionados* e de *figuras mistas contratuais-regulamentares*. Cfr., também, DENYS DE BÉCHILLON, “Le contrat comme norme dans le droit public positif”, *RFDA*, 1992. No direito alemão, elencando diversas modalidades de *combinação* entre contrato e norma, cfr. F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale*, cit., p. 644.

que se fala em *conventions à effets réglementaires* e *conventions attributives de situations réglementaires*<sup>1756</sup>. No domínio dos *contratos sobre o exercício do poder normativo* e dos *contratos de normação*, o ordenamento jurídico alemão é claramente o mais avançado nesta matéria, estando aí essas figuras consolidadas.

É inquestionável o carácter inovador desta temática, já que a norma jurídica, enquanto *proposição prescritiva* ou critério de orientação de condutas autoritariamente fixado representa o polo oposto do contrato. Este pressupõe o acordo e a sujeição voluntária das partes às obrigações dele emergentes, enquanto a norma é dotada de heteronomia e impõe obrigações aos seus destinatários, que ficam obrigados a conformar o seu comportamento ao conteúdo prescritivo que nela se dispõe. Além da heteronomia, a *generalidade* e *abstração*<sup>1757</sup> são elementos essenciais do conceito de norma jurídica administrativa (regulamento administrativo), por um lado, podendo indicar que não se está diante de um regulamento administrativo, mas de um ato administrativo em forma de regulamento e, por outro, evidenciando a distância entre a generalidade e a abstração da norma e a *particularidade* e *concretude* do contrato.

Compreende-se, por isso, a importância que, hoje, deve assumir o estudo da amplitude dimensional da autovinculação bilateral da administração pública<sup>1758</sup>, especialmente no domínio normativo ou regulamentar. Deparamo-nos, por conseguinte, com situações de *autovinculação assente numa estrutura bilateral* que suscitam problemas diversos ao nível constitucional (v.g., tipicidade dos atos normativos, princípio democrático) e ao nível do respeito pelos princípios jurídicos fundamentais da atividade administrativa. Nos contratos normativos ou de normação fala-se mesmo de uma conjugação entre autonomia pública/autonomia da vontade e heteronomia.

Também por aqui se poderá afirmar uma linha de *compatibilidade* entre *contrato e regulamento administrativo*, que traduz um (novo) problema de vinculação de normas regulamentares a cláusulas contratuais. Naturalmente, a admissibilidade e o sentido de contratos administrativos que visam a emissão de normas regulamentares colocam toda uma panóplia de novas questões que se impõe resolver. Assim, os contratos endoprocedimentais

<sup>1756</sup> Cfr. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLLE, *Traité des Contrats Administratifs*, I, cit., p. 41.

<sup>1757</sup> Enquanto a *abstração* se refere a uma proposição prescritiva com uma pretensão imanente de futuro, a *generalidade* significa que a norma regula os comportamentos de sujeitos indeterminados ou de todos os sujeitos que estão e dos que venham a estar situados na área de influência do titular do poder normativo – cfr. AFONSO QUEIRÓ, “Teoria dos Regulamentos”, *Estudos de Direito Público*, Vol. II, tomo I, Coimbra, 2000, pp. 214-216. NORBERTO BOBBIO, *Teoria da Norma Jurídica*, cit., pp. 180-183, designa como *gerais* as normas que são universais em relação aos destinatários e *abstratas* as normas que são universais em relação à ação, regulando uma ação-tipo (ou uma classe de ações). A generalidade da norma é garantia de igualdade, ao passo que abstração é garantia de certeza.

<sup>1758</sup> A expressão é de PAULO OTERO, *Legalidade*, cit., p. 521.

de conteúdo obrigacional celebrados entre a administração e os particulares com o objetivo de concertar posições quanto à emissão futura de um regulamento administrativo suscitam problemas relacionados com a amplitude da autovinculação administrativa, na medida em que condicionam a atuação futura da administração pública no que respeita à emissão de normas regulamentares. Já no que toca ao *contrato normativo ou de norma*ção, não há dúvidas de que o mesmo deve ser entendido como um *modo constituinte de juridicidade* (vinculante): a compreensão do contrato, na esteira de CASTANHEIRA NEVES, como “juridicidade concreta e concretamente constituída” parece ser inegável, pelo menos nestes casos em que o contrato se assume com “fonte de direito”<sup>1759</sup>.

#### 46.1. Contratos com efeitos regulamentares

Sendo um acordo de vontades juridicamente vinculativo que visa constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica administrativa, o contrato administrativo, em princípio, produz efeitos relativos, pelo que é natural que os direitos e obrigações que emergem do contrato administrativo digam apenas respeito às *partes* que o celebram (eficácia *inter partes*). Se outra coisa não resultar diretamente da lei ou da natureza do contrato, os direitos e obrigações estipulados são, portanto, direitos e obrigações das partes do contrato entre si (contratos administrativos com *efeitos jurídicos restritos às partes*).

As dificuldades começam a surgir quando o contrato administrativo contém simultaneamente cláusulas estipulando poderes e deveres recíprocos das partes e outras que consistem em regras gerais e abstratas dirigidas a terceiros. Nesses casos, os contratos celebrados entre uma entidade pública e um particular possuem uma *eficácia normativa ou regulamentar*. Sendo esta designação proveniente da doutrina francesa (*conventions à effets réglementaires*)<sup>1760</sup>, estamos perante contratos que, não obstante disciplinarem direta e

---

<sup>1759</sup> *Questão-de-Facto – Questão de Direito*, cit., p. 328. Efetivamente, iremos ver que o *contrato normativo ou de norma*ção se apresenta como um “processo de criação de direito” (*rechtsnormsetzung durch oder mit Vertrag* – F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale*, cit., p. 654) ou como “fonte autónoma de direito” (*source autonome de droit* – YVES GAUDEMET, “Loi et Contrat”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17, cit., p. 75).

<sup>1760</sup> Os contratos com efeitos regulamentares não correspondem verdadeiramente a um tipo contratual, antes traduzem uma importante classificação dos contratos administrativos sob a ótica dos efeitos jurídicos produzidos pelo contrato (*âmbito de eficácia subjetiva*). A referida designação surge nítida na obra de LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLLE, *Traité des Contrats Administratifs*, I, cit., pp. 41-42 e 72-73. Tratava-se de um conceito influenciado pela classificação material dos atos jurídicos introduzida por LÉON DUGUIT (sobre a distinção entre *actes-règles*, *actes subjectifs* e *actes condition*, cfr. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLLE, *Traité des Contrats Administratifs*, I, cit., pp. 24-26), mas que, na verdade, tinha implícito um *conceito restritivo de contrato*. Consequentemente, os Autores (ob cit., pp. 41-42 e 72-73) excluem do conceito de contrato os acordos que têm por efeito atribuir individualmente uma situação regulamentar já criada, um estatuto definido por leis ou regulamentos (*atos-condição*) e os acordos que geram diretamente o estatuto, criando, assim, uma regulamentação mediante uma técnica pactícia (*atos-regra*). Utilizando uma nova roupagem, designam os

imediatamente relações jurídicas entre a administração e o respetivo cocontratante, contêm, igualmente, cláusulas destinadas a regular a gestão de uma atividade pública e que afetam a posição de terceiros em função dos quais foram estabelecidas. Surge, então, para efeitos processuais, a designada categoria de “terceiros interessados na execução do contrato”.

Efetivamente, nestes contratos são estipuladas cláusulas que definem direitos e obrigações recíprocos entre as partes e que, ao mesmo tempo, fixam deveres de uma das partes em relação a *terceiros (utilizadores, utentes)*, isto é, pessoas que não participaram no negócio, mas que são *destinatários* ou *beneficiários* da atuação do contratante, como decorrência imediata do conteúdo do contrato. Através da criação de obrigações e de direitos ao cocontratante nas suas relações diretas com os administrados, tais cláusulas passam a gozar de uma eficácia “*praeter contratualem*”<sup>1761</sup> e, nessa medida, o “contrato assume uma eficácia geral ou regulamentar”<sup>1762</sup>.

Assim sucede com os *contratos de concessão de serviço público*, que incorporam cláusulas passíveis de integrar regras definidoras da *organização, gestão e funcionamento do serviço*. Importa não esquecer que subjaz a este tipo de contratos uma relação triangular (*administração concedente, concessionário e utente*) ou uma relação obrigacional complexa. Ou seja, o contrato de concessão de serviço público tem sempre subjacente o *utente* ou um *terceiro* a quem se dirige a prestação do serviço público. Como sustenta PEDRO GONÇALVES, “o concessionário assume o dever de gestão do serviço que é, simultaneamente, um *dever contratual* (simétrico do direito que a administração contratante tem de exigir o respetivo cumprimento) e um *dever regulamentar*, simétrico do direito que os utentes ou beneficiários têm de exigir do concessionário o cumprimento do dever que assumiu”<sup>1763</sup>. Apesar do utente não participar no negócio de concessão, é manifesto que o conteúdo contratual não possui mera eficácia relativa entre o ente público concedente e o concessionário, pois projeta subsequentemente efeitos jurídicos sobre os utentes do serviço público (v.g., certas cláusulas contratuais relativas ao funcionamento e à organização do serviço e, de um modo geral, todas as que obrigam o concessionário diante de terceiros).

---

primeiros acordos como “*conventions attributives de situations réglementaires* ou *conventions à conséquences réglementaires*” (que não consubstanciam, efetivamente, instrumentos geradores ou criadores de obrigações) e os segundos por “*conventions à effets réglementaires*” (que contêm disposições que produzem efeitos perante terceiros). Nesta última aceção, isto significa que o *contrato de concessão de serviço público* não era entendido como contrato em sentido técnico jurídico, mas como “*accord conventionnel générateur d’effets réglementaires*” (ob. cit., pp. 97-102), posição com a qual não podemos concordar.

<sup>1761</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 66; e *A Concessão de Serviços Públicos*, cit., p. 201.

<sup>1762</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade*, cit., p. 524.

<sup>1763</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 66.



Quer isto significar que as cláusulas têm uma natureza contratual e uma *eficácia regulamentar*<sup>1764</sup>. Não tendo natureza regulamentar, mas contratual, não ficam sujeitas ao regime de formação e de impugnação dos regulamentos administrativos. Já como consequência da referida *eficácia regulamentar*, nasce um direito subjetivo na esfera jurídica dos utentes e, por isso, os *terceiros* em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas podem deduzir judicialmente pedidos relativos à *execução do contrato*, reagindo contra o seu incumprimento, mediante a propositura de uma ação administrativa comum – *ex vi* artigo 40º, n.º 2, b), do CPTA, tendo legitimidade ativa os titulares de “direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas”<sup>1765</sup>.

Uma última nota apenas para referir que, atualmente, o CCP disciplina o problema da *eficácia perante terceiros* dos contratos administrativos. Assim, no n.º 3 do artigo 287.º, estatui-se que “o contrato que constitui situações subjetivas passivas para terceiros ou do qual resultem efeitos modificativos, impeditivos ou extintivos de direitos de terceiros só se torna eficaz nessa parte mediante consentimento dos titulares dos direitos ou obrigações visados”. E o n.º 4 do mesmo preceito normativo estabelece que “excetuam-se do disposto no número anterior, as *cláusulas contratuais de efeito normativo*, cuja eficácia depende de publicidade conferida segundo as formalidades aplicáveis aos regulamentos do contraente público” (*it. nosso*). Significa isto que, neste preceito, é aplicado o princípio geral de que a publicidade é condição de eficácia, o que justifica que a eficácia de cláusulas contratuais de efeito regulamentar possa ficar dependente dos requisitos formais de eficácia dos regulamentos do contraente público para que terceiros destinatários ou beneficiários possam ter conhecimento do teor do clausulado.

---

<sup>1764</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, cit., p. 202.

<sup>1765</sup> Aludindo a estes contratos no âmbito do artigo 40.º do CPTA, cfr. CARLOS CADILHA/MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2010, p. 271; VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, cit., p. 171; e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra, 2010, p. 232. Não devem ser confundidos os *contratos com efeitos regulamentares* com os *contratos cujo clausulado produz efeitos jurídicos laterais* – favoráveis ou desfavoráveis – *em relação a terceiros* (v.g., contrato de concessão de uso privativo de uma parcela do domínio público, que pode afetar posições jurídicas substantivas de terceiros, ou o contrato substitutivo de uma autorização-licença para a edificação de um centro comercial em violação dos direitos ou posições jurídicas dos vizinhos). Estes terceiros não são *beneficiários* do contrato, mas podem ser de vários modos tocados pelos efeitos do contrato. Com efeito, eles não estarão interessados em exigir a execução do contrato, mas eventualmente apenas em arguir a sua invalidade, tendo legitimidade processual para tal, nos termos do artigo 40º, n.º 1, g), do CPTA. Assim, a distinção entre *contratos com efeitos diretos para terceiros* e *contratos com efeitos reflexos para terceiros* não é despicienda, assumindo relevância decisiva no plano da determinação da legitimidade processual: os terceiros gozam de legitimidade para exigir jurisdicionalmente a execução dos contratos com efeitos diretos, na medida em que sejam titulares de direitos decorrentes do seu conteúdo [artigo 40, n.º 2, b), do CPTA], bem como para arguir a invalidade dos contratos com efeitos reflexos, como modo de impedir a execução que para si seja ou possa vir a ser prejudicial [artigo 40, n.º 1, g), do CPTA].

No domínio da ação social, são contratos com efeitos regulamentares os *acordos de cooperação* – que englobam os *acordos de gestão* e os *acordos de colaboração tout court* – celebrados entre o Estado e as instituições particulares de solidariedade social (IPSS), cuja finalidade é disciplinar o modo de concessão de prestações sociais. Acompanhando de perto LICÍNIO LOPES, naquele primeiro tipo de contratos a administração transfere para as IPSS a gestão de instalações, serviços, estabelecimentos e equipamentos públicos de apoio social, tendo a entidade gestora a obrigação de assegurar, em nome próprio, mas sob financiamento público, a manutenção, regularidade e continuidade da prestação dos serviços aos beneficiários de acordo com a disciplina específica da atividade administrativa neles desenvolvida, contratualmente fixada ou legalmente prevista. Deste modo, tais contratos “não têm apenas eficácia bilateral”, contêm cláusulas que determinam também “deveres e direitos para os utentes/beneficiários”, sendo, nessa medida, “contratos com efeitos normativos”<sup>1766</sup>. O mesmo raciocínio vale, *mutatis mutandis*, para os *acordos de colaboração tout court*, através dos quais a administração delega nas IPSS a execução de um programa (público) que concretiza ações de natureza social (v.g., a promoção do apoio a crianças, jovens, deficientes, idosos, à família etc.), obrigando-se a entidade contratada a praticar todos os atos e a desenvolver as atividades necessárias à execução daquele programa (isto é, a prestar serviços a *terceiros* – os utentes ou beneficiários abrangidos pelo programa).

De igual modo, no âmbito do direito administrativo da saúde, configuram-se como contratos com eficácia regulamentar os *contratos-programa* celebrados entre os hospitais entidades públicas empresariais e o Estado. Sendo a relação estabelecida entre estes hospitais e o Estado de base essencialmente contratualista, importa, desde logo, referir que os contratos-programa não se limitam a uma função de mera coordenação entre entidades públicas. Ao invés, definem o regime de financiamento dos hospitais entidades públicas empresariais, fixam os objetivos, as metas qualitativas e quantitativas das atividades programadas, os preços a praticar e os indicadores de avaliação do desempenho e de satisfação dos utentes. Nas palavras de LICÍNIO LOPES, o objeto essencial destes contratos “é a obrigação assumida pelos hospitais entidades públicas empresariais de prestarem cuidados de saúde aos utentes do SNS [...] nos termos, preços, condições e nas linhas de produção definidos no contrato”. Neste sentido, apresentam-se como contratos com “uma dimensão normativa específica, na medida em que os seus efeitos não se esgotam na esfera intra-administrativa, atingindo também o próprio estatuto dos utentes”<sup>1767</sup>.

#### **46.2. Contratos de delegação de poder regulamentar**

O contrato administrativo representa um instrumento jurídico adequado de devolução de poderes públicos (em especial, do poder regulamentar) em entidades privadas [artigo 1.º, n.º 6, c), do CCP]. Estamos na presença de contratos que, tendo como fundamento imediato uma lei de delegação habilitante, conferem ao respetivo contratante

<sup>1766</sup> *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, cit., pp. 372-393 (espec. 377).

<sup>1767</sup> “Direito Administrativo da Saúde”, *Tratado de Direito Administrativo Especial, III*, Coimbra, 2010, pp. 261 e 263.

(entidade privada no exercício de funções administrativas) o poder de emitir normas regulamentares, a observar por terceiros, sobre matérias conexas com a função pública delegada.

No entanto, por imperativos constitucionais, o poder jurídico normativo de conformação ou determinação de efeitos jurídicos inovadores apresenta particularidades nesta relação contratual. Isto porque esse poder carece de um *duplo fundamento*: por um lado, a *lei* que delega o exercício da competência normativa no cocontratante e, por outro, o *contrato* que desenvolve, especifica, pormenoriza ou complementa o modo e o sentido do exercício do poder normativo. A circunstância de os regulamentos se fundarem também num contrato administrativo não bolee com as exigências do princípio da legalidade, concretamente, com a necessidade de uma habilitação legal prévia à delegação, que obedece a determinadas condições. Deste modo, o poder de emissão de normas jurídicas administrativas de entidades privadas desenvolve-se ao abrigo de uma delegação de poderes normativos de natureza pública<sup>1768</sup>.

Ao contrário do que sucede no ordenamento jurídico alemão, no direito português a edição de normas jurídicas administrativas por entidades privadas está expressamente prevista no artigo 4.º, n.º 1, *d*), do ETAF, que atribui aos tribunais da jurisdição administrativa competência para fiscalizar a “legalidade das normas e demais actos jurídicos praticados por sujeitos privados, designadamente concessionários, no exercício de poderes administrativos”.

Os contratos de delegação de poder regulamentar surgem, frequentemente, associados ao fenómeno do exercício privado de funções administrativas. Pense-se, por exemplo: nos contratos de concessão de construção e exploração de auto-estradas, envolvendo a fixação de taxas e de portagens e a delegação de poder regulamentar na empresa concessionária; ou, ainda, nos contratos de concessão de funções públicas de controlo e de certificação de produtos que atribuem poder regulamentar às entidades com poderes de certificação. Porém, como observa PEDRO GONÇALVES, apenas teremos verdadeiros regulamentos administrativos de entidades privadas “quando estiverem reunidas as condições seguintes: desempenho de uma função administrativa; habilitação legal expressa para a emissão de normas jurídicas externas no desempenho dessa função;

---

<sup>1768</sup> Sobre o debate no ordenamento jurídico alemão em torno da impossibilidade de delegação de poder normativo em entidades privadas com fundamento na violação do art. 80.º da *Grundgesetz*, preceito que indica o leque de entidades públicas com legitimidade para o exercício do poder regulamentar, cfr. a bibliografia citada no ponto seguinte. Para um eco dessa debate em confronto com a solução adotada no direito português, cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *Estudos sobre Regulamentos Administrativos*, cit., pp. 151-153; e PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 1052-1055.

responsabilidade de emitir e não apenas de propor a emissão do regulamento”<sup>1769</sup>. A estas devemos adicionar a natureza de *cofundamento* do contrato administrativo<sup>1770</sup>, sempre que a delegação de poder regulamentar estiver enquadrada num *contrato de delegação de poder regulamentar*. Nessa medida, o cocontratante só se encontra habilitado a exercer tal poder público normativo nos termos contratualmente estabelecidos.

Sendo assim, o cocontratante deve no exercício do poder de produção normativa uma obediência estrita não apenas à lei, mas também ao *contrato administrativo*, que poderá estabelecer outras vinculações jurídicas de caráter formal, procedimental e material não integralmente previstas na lei habilitante. Assim, porque as cláusulas contratuais consubstanciam um autónomo parâmetro de vinculação do regulamento a emitir pelo cocontratante delegatário, pergunta-se se a infração das cláusulas contratuais que fixam os requisitos para a emissão destes últimos conduz à invalidade das normas regulamentares emanadas. A este respeito, adotamos a tese defendida por PEDRO GONÇALVES a propósito da emissão de regulamentos por entidades privadas sem qualquer cobertura legal<sup>1771</sup>. Tais regulamentos não constituem regulamentos administrativos inválidos (por falta de base legal e por incompetência), mas, uma vez que falece o elemento de autoridade – o exercício do poder público de autoridade inerente à emissão do regulamento –, as normas assim emanadas apenas se poderão qualificar, eventualmente, como *normas jurídicas privadas*<sup>1772</sup>.

---

<sup>1769</sup> *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., p. 738.

<sup>1770</sup> Acompanhamos ANA RAQUEL MONIZ, *Estudos sobre Regulamentos Administrativos*, cit., pp. 163-164, quando defende que aquele duplo fundamento (da *lei* resulta a atribuição do poder regulamentar à entidade pública, bem como a previsão dos termos da sua possível delegação numa entidade privada; do *contrato* decorre a atribuição concreta do poder normativo público a uma entidade privada) deverá conhecer tradução “no próprio texto do regulamento, ao qual se impõe, em cumprimento do dever constitucional de citação da lei habilitante (concebido agora de uma forma mais ampla), a referência à lei que autorizou a delegação do poder regulamentar e ao ato ou contrato que a efetuou *in concreto*”.

<sup>1771</sup> *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., p. 1055: “os regulamentos editados por entidades privadas fora do âmbito de uma delegação de poderes públicos regulamentares não são *regulamentos administrativos ilegais* (por falta de base legal e por incompetência) [...]. Sem delegação ou fora dela, tais entidades não detêm competências públicas, não devendo, por isso, qualificar-se como públicos os atos praticados a descoberto de uma delegação”.

<sup>1772</sup> A *exclusão da natureza jurídica-regulamentar* também é defendida por ANA RAQUEL MONIZ, *Estudos sobre Regulamentos Administrativos*, cit., p. 164, aplicando idêntica solução quando o ente privado emane regulamentos administrativos, desrespeitando as cláusulas contratuais que, sob determinadas condições (de natureza formal ou material) efetuam a delegação do poder regulamentar – as normas assim emanadas não são regulamentos inválidos, mas, eventualmente, normas jurídicas privadas.

### 46.3. Contratos regulamentares, normativos, de normação ou com objeto passível de regulamento administrativo

Possuindo também a designação de *convenções jurídicas administrativas* (*Rechtsvereinbarungen*<sup>1773</sup>) ou *normas administrativas contratuais*<sup>1774</sup>, tradicionalmente, a doutrina perspetivava os contratos regulamentares como aqueles cujas cláusulas prescrevem critérios ou padrões de conduta aplicáveis a terceiros como decorrência imediata do próprio conteúdo do contrato, produzindo efeitos em relação a pessoas *indetermináveis*. A autonomização desta categoria de “contratos regulamentares” prendeu-se com o facto de os mesmos terem a pretensão de regular casos futuros em relação a destinatários indetermináveis. Estes contratos impõem, assim, *deveres* a terceiros (distintos das partes), ou seja, sujeitos que, apesar de não terem participado na formação do contrato (e, nessa medida, não deram o seu consentimento), ficam obrigados a agir de acordo com os termos contratualmente previstos – diz-se, por isso, que, em decorrência da eficácia regulamentar associada ao clausulado contratual, os terceiros são *obrigados* ou *atingidos* pelo contrato<sup>1775</sup>.

Todavia, as designações de “contrato regulamentar” ou de “convenção jurídica administrativa” têm vindo a cair em desuso<sup>1776</sup>. Mais recentemente, na doutrina germânica, fala-se em *contratos normativos ou de normação* (*Normverträge, Normenverträge, Normsetzende Vereinbarungen, normersetzender Verträge*<sup>1777</sup>), que introduzem um modelo de *partilha do poder de administrar*, já que traduzem vínculos contratuais dotados de uma evidente natureza normativa<sup>1778</sup>, contendo prescrições genéricas aplicáveis a terceiros. Esses

<sup>1773</sup> WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, I, cit., p. 370.

<sup>1774</sup> AFONSO QUEIRÓ, “A Hierarquia das Normas de Direito Administrativo Português”, *Estudos de Direito Público*, Vol. II, Tomo I, Coimbra, 2000, p. 280.

<sup>1775</sup> WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., p. 370, sustentam que as *Rechtsvereinbarungen* têm a forma de contrato sobre a regulação geral de uma pluralidade indeterminada de casos futuros. As convenções jurídicas são fontes de direito se, e na medida em que, contiverem regulações abstratas com carácter vinculativo, não apenas para as partes contratantes, mas também para terceiros. Por essa razão, os Autores advertem para a circunstância de as *convenções jurídicas administrativas* terem que ser dadas a conhecer aos *terceiros obrigados ou atingidos*, devendo, por conseguinte, ser objeto de publicitação.

<sup>1776</sup> Alias, na doutrina mais antiga, nunca ficou bem claro se se reconduziam a verdadeiros *contratos* (submetidos a um regime jurídico contratual) ou a *acordos informais regulamentares*, submetidos ao princípio da juridicidade e aos princípios gerais da atividade administrativa.

<sup>1777</sup> Cfr. JONATHAN FAHLBUSCH, *Das gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, cit., p. 177.

<sup>1778</sup> A autonomização científica do instituto dos contratos normativos nasce, de uma forma consistente e sistemática, pela primeira vez na Alemanha, *maxime* com base no modelo jus-privatístico das *convenções coletivas* (concretamente, dos *Tarifverträge*), em particular das *convenções coletivas de trabalho* – neste sentido, ALFRED HUECK, “Normenverträge”, *Jherings Jhärbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 73, Jena, 1923, pp. 36-37, entendendo o *contrato normativo como aquele em que se pactuam normas de carácter autoritário aplicáveis a outros contratos individuais vinculativos*. Recentemente, um dos estudos mais importantes sobre esta temática (Dissertação de Doutoramento) é o de OLIVIER SORO RUSSELL, *Los*

terceiros são, na generalidade dos casos, agentes regulados ou membros de organizações, associações ou estruturas interprofissionais privadas que são parte no contrato de normação. Sob ponto de vista do seu conteúdo, os *contratos normativos* ou de *normação* definem, de forma imperativa, uma disciplina jurídica uniforme, geral e abstrata, a que deve submeter-se no seu âmbito a subsequente prática de atos administrativos ou a futura celebração de contratos singulares.

Deste modo, para além de produzirem efeitos jurídicos entre os estipulantes, destinam-se, em via principal, a produzir direito objetivo aplicável a terceiros, servindo de *parâmetro* ou de *paradigma cogente* para casos futuros e destinatários indeterminados. Daí funcionarem como *limitações à (livre) fixação do conteúdo* dos atos administrativos que venham a ser praticados no quadro de futuras relações jurídico-administrativas. Nesta medida, a criação por via de contrato administrativo de posições jurídicas ativas a favor do cocontratante ou de terceiro, traduzindo sempre uma forma de vinculação administrativa, não pode ser violada por ato administrativo posterior, sob pena de ilegalidade do ato que, por violar o contrato administrativo, está ferido de violação da lei. O que significa que, uma vez celebrado o contrato, verifica-se uma *autolimitação do poder discricionário* da administração<sup>1779</sup>.

Mais, o *contrato normativo ou de normação* não envolve apenas uma autovinculação bilateral da administração pública, servindo de padrão de conformidade da futura atuação administrativa unilateral. Na verdade, o contrato normativo também comporta um efeito de transmutação da configuração tradicional das fontes de direito administrativo<sup>1780</sup>, já que introduz, por si só, uma inovação na ordem jurídica. Por isso, constituindo o contrato “fonte de direito”, pode dizer-se que particulares em conjunto com a

---

*contratos como Fuente de Normas: Contratos Marco, Contratos Normativos y Contratos de Colaboración*, Editorial Reus, 2014, pp. 269-291, que reúne vários elementos que apontam para um regime jurídico próprio do contrato normativo no direito privado. A figura do *contrato normativo* surge, também, em diversos manuais de direito das obrigações – assim, cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos Em Geral*, Coimbra, 1995, pp. 411-412; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2006, pp. 276-277; MASSIMO BALESTIERI, “I Contratti Preparatori: Il Contratto Normativo”, *Il Contratto*, a cura di Pasquale Fav, Milano, 2012, pp. 1419-1425; e GIANNANTONIO GUGLIEMETTI, *I Contratti Normativi*, Padova, 1969, pp. 1-4. Quanto ao âmbito de eficácia subjetiva do contrato ou pacto normativo no direito privado e no direito administrativo, a grande diferença contende com o *facto de*, no direito privado, o contrato não visar uma direta regulamentação de relações concretas entre os contraentes, mas antes a servir de *paradigma cogente* para futuros acordos ou contratos individuais que venham a realizar-se. Assim, no direito privado, o contrato normativo caracteriza-se essencialmente pela definição imperativa de uma disciplina uniforme, geral e abstrata, a que deve submeter-se a contratação individual celebrada no seu âmbito.

<sup>1779</sup> Cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., pp. 672-673.

<sup>1780</sup> Como observa PAULO OTERO, *Legalidade*, cit., p. 522, o legislador resolveu remeter para os órgãos administrativos um *poder jurídico criador de direito*, fazendo da via contratual um *processo de edificação ou construção da legalidade administrativa*.

administração participam na definição por via bilateral de normas reguladoras da atuação desta última.

Segundo a doutrina germânica, o *contrato normativo* configura um “processo de produção de normas jurídicas”, criando prescrições genéricas para terceiros<sup>1781</sup>. No ordenamento jurídico, o referido processo cooperativo de criação de normas jurídicas deve ser perspectivado de forma ampla, enquanto *fenômeno legislativo através ou com contrato* (“*das Gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*”)<sup>1782</sup>. Circunscrevendo a figura ao direito administrativo, podemos dizer que o contrato normativo ou de normação (na aceção de *Normvertrag* ou de *Normenvertrag*) representa um acordo de vontades opostas, mas livremente harmonizáveis entre si, entre dois ou mais sujeitos de direito (em regra, uma pessoa coletiva de direito público dotada de poder normativo e uma entidade privada) que, tendo por base uma habilitação legal específica, destina-se não apenas a regular as relações entre as partes, mas também a prescrever regras gerais e abstratas aplicáveis a terceiros. O *Normenvertrag* contém *normatividade em si mesmo*<sup>1783</sup>. Por um lado, essa força obrigatória *erga omnes* é expressa decorrência da

---

<sup>1781</sup> Cfr. MICHAEL SACHS, “Die normsetzende Vereinbarung im Verwaltungsrecht”, *VerwArch* 74 (1983), pp. 25-49; J. SCHERER, “Rechtsprobleme normersetzender «Absprachen» zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltrechts”, *DÖV*, 1991, pp. 1-7; W. BROHM, “Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen”, *DÖV*, 1992, pp. 1025-1029; H. MEYER, Meyer/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 502-505; JONATHAN I. FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, cit., pp. 177-207; C. GÖBWEIN, *Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht der administrativen Normsetzung?: Überlegungen zur Möglichkeit und zur Bedeutung der Vergesetzlichung eines allgemeinen (Verwaltungs-)Rechts der administrativen Normsetzung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, pp. 195-196; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., pp. 32-36; FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., pp. 575-649; PETER AXER, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, cit., pp. 56-95; e VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 204-211.

<sup>1782</sup> Assim, cfr. JONATHAN I. FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, cit., p. 52. *Vide supra* (27.1.) as considerações sobre os contratos celebrados no quadro da *Atomgesetz*. FAHLBUSCH densifica os conceitos que estão na base do processo de criação da norma jurídica como fenômeno legislativo através ou com contrato (“*Norm*”, “*Gesetz*”, “*Satzung*” e “*Recht*”) e indica os vários critérios de classificação das normas jurídicas (autor/destinatário/conteúdo/sanção; autonomia/heteronomia; lei formal/lei material). Esse ponto de partida permite-lhe chegar ao problema jurídico-constitucional da admissibilidade de “delegação” do poder normativo em entidades privadas. Na verdade, o direito germânico debate-se com um problema relativo à existência de um *numerus clausus* de fontes normativas e à natureza fechada do elenco constitucional dos respetivos autores (apenas entidades públicas) – artigo 80.º da *Grundgesetz*. A partir daqui, FAHLBUSCH, ob. cit., pp. 54-55 e 187-197, analisa a conformidade jurídico-constitucional dos contratos de normação, considerando-os *materialmente inconstitucionais* (pp. 195 e 197). Entre os vários argumentos que apresenta nesse sentido, defende que: o reconhecimento da legitimidade para o exercício do poder normativo público através de contrato a entes privados viola o artigo 80.º (1) da *Grundgesetz*; os entes privados podem, contudo, criar normas jurídicas ao abrigo do artigo 2.º (1) da *Grundgesetz*, sendo essas normas jurídico-privadas; a Constituição alemã não habilita entes privados a produzir normas de direito público através de contrato, pelo que, em face da falta de legitimidade democrática, tais contratos violam o princípio democrático; certos contratos normativos podem, de acordo com a teoria da substancialidade, violar o princípio da reserva de lei; e, na ausência de sujeição do contrato à publicidade e à transparência, o contrato normativo mostra-se passível de violar o princípio do Estado de Direito, pois os terceiros não poderão conhecer as vinculações a que estão obrigados. Note-se que a posição de FAHLBUSCH é minoritária na doutrina alemã, mas algumas das questões por ele levantadas revelam-se, quanto a nós, fundamentais para regular adequadamente a figura em termos jurídico-positivos.

<sup>1783</sup> Cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., p. 64.

lei, na medida em que, na ausência do designado *mandato legal* que determina a obrigatoriedade geral do contrato, não há contrato de normação, mas mero contrato de direito público. É esse *mandato legal de obrigatoriedade* que faz com que o conteúdo do contrato se torne direito vigente imediatamente aplicável a terceiros. Por outro lado, o contrato de normação é formalmente expressão da vontade constitutiva de dois sujeitos de direito, razão pela qual se diz que aquele contrato conjuga simultaneamente *autonomia pública/autonomia da vontade e heteronomia normativa*<sup>1784</sup>.

A sua admissibilidade geral constitui uma questão controvertida no direito germânico, uma vez que é imprescindível a exigência de uma *lei prévia* e não lhes são aplicáveis as normas constantes dos §§54 e segs. da VwVfG. A doutrina maioritária aceita a figura do contrato normativo ou de normação no direito administrativo, a qual – advirta-se – foi consagrada pelo legislador nos domínios do *direito da socialidade (ou da segurança social)*<sup>1785</sup> e do *direito do ambiente*<sup>1786</sup>. Não sendo uma posição unânime na doutrina o facto de o artigo 80.º da Constituição alemã fixar um *numerus clausus* de fontes normativas e respetivos autores<sup>1787</sup>, entende-se que, se o recurso ao contrato normativo constar diretamente da lei parlamentar – que defina os termos, as condições, a matéria e o fim do contrato –, não são inconstitucionais os contratos normativos celebrados entre o contraente público e o parceiro privado. Deste modo, a doutrina e a jurisprudência pronunciam-se favoravelmente sobre alguns dos óbices geralmente colocados à validade dos contratos normativos ou de normação.

(1) Quando a regulamentação legal define com alguma densidade a *matéria*, as *condições* e o *fim* do contrato, é o *ato legislativo* que possui a *função legitimadora* que autoriza/funda a criação de norma ou a heteronomia, sendo que o contrato limita-se a despoletar os efeitos jurídicos decorrentes da

---

<sup>1784</sup> Sobre essa *unidade* entre negócio jurídico e mandato legal de obrigatoriedade jurídica, cfr. FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, cit., pp. 177-179.

<sup>1785</sup> Destacam-se aqui os *Normenverträge*, designadamente: no *direito administrativo hospitalar*, previstos nos §§ 112 e 115 do Código Social, Livro V [SGB V]; no *direito médico* (e na regulação do exercício da profissão), encontram-se previstos nos §§ 72, 83 e 87 do Código Social, Livro V, contratos coletivos e acordos quadro federais de convenção coletiva; no *direito das farmácias e do medicamento*, estão previstos no §129 do Código Social, Livro V, contratos para fornecimento de fármacos e agentes curativos ou medicamentos homeopáticos; e, finalmente, no domínio da *assistência social*, registam-se contratos concluídos pelos organismos de segurança social para o fornecimento de prestações sociais, designadamente pelas caixas seguradoras e entidades prestadoras de serviços de saúde, no âmbito da assistência a doentes, incapacitados e idosos (§72, 75 e 78 do Código Social, Livro XI). Para mais desenvolvimentos, analisando todos os *Normenverträge* citados, cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., pp. 598-633.

<sup>1786</sup> Cfr. o §3 da Lei de Conservação da Natureza e Proteção da Paisagem (*Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege*); e o §3 e 8 da BNatSchG (*Bundesnaturschutzgesetz*). Geralmente, distinguem-se os contratos no direito das emissões (*Verträge im Immissionsschutzrecht*), tais como os *contratos de adaptação ambiental (Duldungsverträge)*, dos *contratos na conservação da natureza (Verträge im Naturschutzrecht)*. A importância que a disseminação do contrato representa no domínio da conservação da natureza (v.g., cooperação com as associações e os proprietários agrícolas nos domínios da biodiversidade e na utilização de produtos químicos) conduziu as entidades administrativas a adotarem a estratégia ou o paradigma da “proteção ambiental contratual” (*Vertragsnaturschutz*) – para mais desenvolvimentos, cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 300-304; e FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, cit., pp. 634-649.

<sup>1787</sup> Neste sentido, FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., pp. 675-676. Para um enquadramento das decisões jurisprudenciais nesta matéria, cfr. FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, cit., pp. 188-190.



previsão legislativa e do preenchimento dos pressupostos legais<sup>1788</sup>. Isto significa que é o próprio ordenamento jurídico que reconhece, dentro de certos condicionalismos, valor normativo ao contrato, ou seja, força obrigatória *erga omnes*, para além do âmbito de eficácia subjetivo entre as partes que o celebram. Além disso, o que verdadeiramente releva é a circunstância de a pessoa coletiva pública ser titular de um poder de autoridade exercido no desempenho da função administrativa, sendo-lhe conferido *poder normativo* ou *poder de edição de regras jurídicas* com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros<sup>1789</sup>.

(2) Questão complexa reside em saber qual o regime jurídico a que se encontram submetidos os *Normenverträge* e em que medida se lhes pode aplicar o regime estabelecido nos §§ 54 e segs. da VwVfG. A doutrina reconhece que, por causa do alcance mais restrito do ato administrativo, a intercambialidade entre regulamento e contrato administrativo não se coloca nos mesmos moldes da fungibilidade entre ato administrativo e contrato. E porque o contrato de normação compreende regras jurídicas a observar por terceiros que o não subscreveram, não se pode considerar implícita na lei do procedimento administrativo a existência de uma autorização legal para a celebração de *Normenverträge*. Consequentemente, não se pode substituir um regulamento administrativo por um contrato administrativo sem base legal e sem que o ente público seja titular de um poder normativo e esteja autorizado pelo ordenamento jurídico a celebrar contratos desse tipo<sup>1790</sup>.

No que tange ao regime jurídico dos *Normenverträge*, em primeiro lugar, as exigências relativas tanto ao procedimento de formação, como à estipulação do conteúdo estão incluídas em diplomas legais especiais ou setoriais que, em regra, fixam as condições e os termos do contrato, o respetivo prazo de vigência, os pressupostos da sua modificação, caducidade, revogação ou resolução e as regras de publicidade e de transparência. Em segundo lugar, quanto aos *Normenverträge* celebrados no âmbito do direito da segurança social, são subsidiariamente aplicáveis as disposições que regem o contrato administrativo previstas nos §§53 a 61, Livro X, do Código Social. E, em último caso, são também convocáveis *certas* disposições que regulam o contrato administrativo da Lei do Procedimento<sup>1791</sup>.

(3) O contrato normativo configura, materialmente, uma atividade de normação, apresentando-se como um processo de produção de normas jurídicas, de carácter vinculativo para as partes e para terceiros. Daí o contrato constituir uma forma de heterorregulação normativa, pelo menos na perspetiva dos destinatários das normas nele acolhidas que não o tenham subscrito. Em conformidade, exige-se a submissão do contrato de normação aos princípios da *publicidade e da transparência*, bem como o *acesso à informação procedimental* (v.g., acesso ao texto do contrato e respetivos anexos) para

---

<sup>1788</sup> Reconhecendo que este é um argumento de peso a favor do contrato de normação, FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, cit., p. 55. Como refere o Autor, há uma autorização da lei para a criação de normas, pelo que o contrato adquire força obrigatória geral mediante a lei (p. 180).

<sup>1789</sup> Sobre o problema da legitimação constitucional e do poder normativo do ente público administrativo, cfr. F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale*, cit., pp. 675-683.

<sup>1790</sup> Cfr. F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale*, cit., pp. 669-670.

<sup>1791</sup> Cfr. F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale*, cit., p. 661.

que os destinatários os possam conhecer<sup>1792</sup>. Essa exigência resulta da componente exógena do contrato normativo, que produz efeitos *ad extra*.

(4) O contrato normativo gera uma *autovinculação administrativa de estrutura bilateral*. O modo como a mesma se processa implica a análise de regulamentações específicas, como, por exemplo, em matéria ambiental. A proliferação legislativa no domínio ambiental explica o debate que ocorre na Alemanha acerca da publicação do Código do Ambiente. Foram elaborados por diferentes comissões vários projetos de Código do Ambiente, mas nenhum deles veio a entrar em vigor. Praticamente todos os projetos previam contratos normativos, como forma de adequação das atividades privadas às novas regras ambientais. Um dos mais relevantes encontrava-se previsto no §36 do *UGB-KomE (Umweltgesetzbuch: Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, de 1998). Aí se consagrava, com grande amplitude, o contrato substitutivo de norma jurídica administrativa, o que conduziu a um autêntico frenesim da doutrina alemã sobre os termos em que se processava a autovinculação administrativa à luz daquela regulamentação<sup>1793</sup>. Aí se estabeleciam, entre outros aspetos: o conteúdo do contrato normativo; o respetivo prazo de vigência (não superior a cinco anos); as exigências de publicidade e transparência; e ao nível do regime jurídico, a aplicação subsidiária dos §57 e 60 da *VwVfG*, podendo o ente público, a todo o tempo, resolver o contrato por razões de interesse público. O preceito estabelecia, também, que a administração não poderia, no decurso dos procedimentos de licenciamento em curso, exigir aos “regulados” o cumprimento de obrigações adicionais, para além daqueles que decorriam das regras estabelecidas no contrato. Finalmente, previa-se, ainda, a possibilidade de extensão normativa (*Verbindlichkeitserklärung*) de regulações de base contratual a um grupo de terceiros não abrangidos pelo contrato, desde que ouvidas as associações representativas de interesses.

Deste modo, tais contratos de normação prescrevem critérios ou padrões de conduta aplicáveis a terceiros, criam regras de *standardização* negociais e estabelecem uma disciplina jurídica, fixada em termos gerais e abstratos, a que deve submeter-se no seu âmbito a subsequente prática de atos administrativos ou a regulamentação de futuras relações contratuais – em qualquer das hipóteses, configuram-se como contratos dotados de uma inegável *parametricidade e conteúdo normativos*. Além da limitação do poder discricionário da administração, já que se reduz a gama abstrata de decisões administrativas possíveis durante o período de vigência do contrato, há a registar o facto de tais normas serem, também, produto da vontade do parceiro privado, o que cria um processo de bilateralidade constituinte do direito *autorizado* ou *reconhecido* pelo ordenamento jurídico<sup>1794</sup>.

---

<sup>1792</sup> Assim, FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, cit., p. 197. No direito português, consagra-se essa solução, já que, sempre que as cláusulas contratuais possuam *eficácia normativa*, o n.º 4 do artigo 287.º do CCP exige a publicidade das mesmas (conferida segundo as formalidades aplicáveis aos regulamentos do contraente público), de forma a que o contrato possa *eficazmente* criar situações favoráveis ou desfavoráveis para terceiros.

<sup>1793</sup> A título de exemplo, C. GÖBWEIN, *Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht der administrativen Normsetzung?*, cit., pp. 195-196; FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, cit., p. 179; e FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., pp. 681-683.

<sup>1794</sup> F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale*, cit., pp. 682-683. Do lado do ente privado, as associações signatárias do contrato normativo receberam do Estado uma competência para, em relação aos seus associados, criar, juntamente com o ente público, direito objetivo que vincula os associados.

Entre nós, o contrato normativo ou de normaçoão não se encontra consagrado como figura genérica no procedimento administrativo. Porém, o contrato administrativo pode, com base numa habilitação legal específica, constituir uma *alternativa* ao regulamento administrativo ou ao exercício do poder regulamentar (*contrato alternativo ao exercício do poder regulamentar da administração pública*). Basta pensar nos *contratos coletivos* estabelecidos por um grupo de pessoas ligadas a um mesmo interesse económico e destinado a fixar os limites de contratação de todos os que nele se enquadram, ainda que não tenham participado no acordo. Estamos, designadamente, a pensar nos *acordos coletivos de trabalho em funções públicas*, regulados nos artigos 335.º a 378.º da *Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas* (Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, alterada pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro), que incidem sobre um conjunto de matérias atinentes ao estatuto dos trabalhadores com vínculo de emprego público (referido no artigo 355.º da mencionada lei) e que, na ausência de acordo coletivo de trabalho, seriam objeto de atos regulamentares (ou até legislativos)<sup>1795</sup>. Mesmo não havendo aqui a edição de um regulamento em termos jurídico-formais, o contrato regula uma matéria normativa e apresenta-se como “ato normativo em sentido material”, funcionando como uma *alternativa* (neste caso, autorizada pela Constituição – art. 56.º, n.º 4, da CRP – e pela lei) às disposições normativas (legais ou regulamentares de carácter não imperativo) que regem o contrato de trabalho em funções públicas. Estamos, assim, inequivocamente perante *normas jurídicas de natureza regulamentar com origem contratual*, alicerçadas numa habilitação constitucional (artigo 56.º, n.º 4, da CRP) e legal (artigos 335.º a 378.º da referida Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas). Dado que os *acordos coletivos de trabalho* versam sobre matérias estatutárias do emprego público e são celebrados entre os empregadores públicos e as associações sindicais com legitimidade para a negociação coletiva (artigo 364.º da LTFP), as normas jurídicas deles emergentes são *normas jurídicas públicas*, sendo os litígios emergentes desses acordos da jurisdição dos tribunais administrativos<sup>1796</sup>. Ademais, cabem, indubitavelmente, no *conceito formal e funcional de norma jurídica*, elaborada pela jurisprudência constitucional reiterada e uniforme do Tribunal, para efeitos de controlo da constitucionalidade<sup>1797</sup>. No que tange à incidência subjetiva e ao conteúdo obrigacional, tais *acordos*

---

<sup>1795</sup> Constituem exemplos de acordos coletivos de trabalho em funções públicas o *Acordo Coletivo de Carreiras Gerais*, celebrado em 11/09/09, entre o Estado e a Frente Sindical da Administração Pública, que se aplica a todos os trabalhadores filiados nas associações sindicais outorgantes que, vinculados em regime de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado e integrados nas carreiras de técnico superior, de assistente técnico e de assistente operacional, exercem funções nas entidades empregadoras públicas abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 3.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, bem como o *Acordo Coletivo de Trabalho da Carreira Especial Médica* n.º 5/2012, celebrado entre as entidades empregadoras públicas e o Sindicato Independente dos Médicos e o Sindicato dos Médicos da Zona Sul.

<sup>1796</sup> Cfr., a este respeito, LICÍNIO LOPES MARTINS, “Âmbito da Jurisdição Administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Revisto”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 106, 2014, pp. 7-25. Note-se, ainda, que os *acordos coletivos de trabalho em funções públicas* estão submetidos ao *regime jurídico estabelecido na LTFP* e não ao regime fixado no CCP [artigo 4.º, n.º 2, a), do CCP].

<sup>1797</sup> Cfr., entre muitos, os *Acórdãos do Tribunal Constitucional* n.ºs 26/85, 156/88, 472/89, 195/94, 730/95 e 1058/96, e, na doutrina, F. ALVES CORREIA, *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)*, Coimbra, 2001, pp. 68-70; J. M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, Coimbra, 2007, pp. 34-36; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “A Fiscalização de «Normas Privadas» pelo Tribunal Constitucional”, *RLJ*, ano 133 (2001), pp. 357-372; e LICÍNIO LOPES MARTINS, “O Controlo de Normas na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *BFDUC*, vol. LXXV (1999), pp. 599-628. Aproveite-se o ensejo para adiantar uma questão especialmente controversa na jurisprudência do Tribunal: a da sujeição, ou não, a controlo da constitucionalidade das *convenções coletivas de trabalho* relativas às *relações coletivas laborais*

*coletivos de trabalho* obrigam os empregadores públicos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação e as associações sindicais outorgantes e aplicam-se aos trabalhadores filiados em associação outorgante ou membros da associação sindical filiada na união, federação ou confederação sindical outorgante e, bem assim, restantes trabalhadores integrados em carreira ou em funções no empregador público a que é aplicável o acordo coletivo de trabalho, salvo oposição expressa do trabalhador não sindicalizado ou de associação sindical interessada e com legitimidade para celebrar o acordo coletivo de trabalho, relativamente aos seus filiados (artigo 370.º, n.ºs 1, 2 e 3 da LTFP).

Uma outra categoria de contrato normativo enquadra-se no Regime Jurídico das Federações Desportivas, mais especificamente o *contrato celebrado entre as federações desportivas e as ligas profissionais*, que contém normas a definir as condutas a adotar por terceiros (os *clubes inscritos*) em termos vinculativos. O relacionamento entre a federação desportiva e a respetiva liga profissional é regulado por contrato, válido para quatro épocas desportivas, a celebrar entre essas entidades (n.º 1 do artigo 28.º). Nesse contrato são acordadas, entre outras matérias, o *número de clubes que participam na competição desportiva profissional, o regime de acesso entre as competições desportivas não profissionais e profissionais, a organização da atividade das seleções nacionais e o apoio à atividade desportiva não profissional* (n.º 2 do artigo 28.º). Com exceção do apoio à atividade desportiva não profissional, na falta de acordo entre a federação desportiva e a respetiva liga profissional para a celebração ou renovação do contrato a que se refere o n.º 1, *compete ao Conselho Nacional do Desporto regular, provisoriamente e até que seja obtido consenso entre as partes, as matérias referidas no n.º 2* (n.º 4 do artigo 28.º). O incumprimento da deliberação do Conselho Nacional do Desporto a que se refere o número anterior constitui fundamento para a *suspensão do estatuto da utilidade pública desportiva* (n.º 5 do artigo 28.º).

Finalmente, numa outra dimensão, importará observar a celebração de *contratos em substituição da aplicação de normas jurídicas regulamentares*. No domínio da política ambiental, na qual, em determinadas circunstâncias, o acordo entre as partes é preferível à utilização de procedimentos sancionatórios<sup>1798</sup>, admitiu-se a celebração de contratos entre a administração e as associações representativas de certos setores económicos, que visavam definir regras ambientais, em princípio de natureza setorial, que se aplicam a um conjunto alargado de empresas ou a todo um setor económico. Incluíam-se nesta categoria os *contratos de adaptação ambiental*, celebrados nos termos do artigo 78.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de agosto, cujo objeto residia na fixação de normas setoriais de descarga no meio aquático, as quais serviam de base à atribuição de licenças de descarga de resíduos. Nos termos do n.º 10 do mesmo preceito normativo, a norma setorial de descarga *convencionada* ao abrigo do n.º 3 era, posteriormente, fixada por portaria conjunta do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e do Ministro da Tutela. Ora, até à emanação da referida portaria, a norma setorial de descarga, a observar não apenas pelas empresas aderentes, mas também por todas as empresas do setor, encontrava-

---

*privadas*, tendo as Secções do Tribunal Constitucional adotado uma posição divergente sobre este tema (vejam-se, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 172/93 e 214/94). Uma tal divergência foi, entretanto, ultrapassada. De facto, contrariamente à jurisprudência firmada no Acórdão n.º 172/93 e seguida em muitas decisões posteriores, designadamente no Acórdão n.º 224/2005, tirado em Plenário, o Acórdão n.º 174/2008, também prolatado em Plenário, veio a considerar, por maioria (contando-se cinco votos de vencido), que as cláusulas dos acordos coletivos de trabalho são normas sujeitas a controlo de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional.

<sup>1798</sup> Cfr. JACQUELINE MORAND DEVILLER, *Droit de l'environnement*, cit., p. 19.

se, materialmente, inserida no contrato de adaptação ambiental, funcionando este como *instrumento normativo substitutivo do regulamento administrativo*. Por outro lado, também os contratos-programa para a redução de emissões poluentes atmosféricas, previstos no artigo 17.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 352/90, de 9 de novembro, se apresentam como acordos celebrados em substituição de regulamentos de carácter ambiental. As normas que estabelecem os valores limite de emissões e cuja violação envolve uma contra-ordenação são normas de natureza regulamentar, fixadas por portaria conjunta dos Ministros da Indústria e Energia e do Ambiente e Recursos Naturais (artigo 5.º e 9.º). O artigo 17.º, n.º 1, estabelece um prazo geral de adaptação de 5 anos às disposições da referida portaria que fixa os valores limite de emissões. Todavia, a própria lei, no seu n.º 4, admite, após o prazo de 5 anos, a possibilidade de ser celebrado um contrato-programa destinado a prorrogar o prazo de adaptação “até um máximo de 10 anos, desde que até ao fim do período inicial de cinco anos haja uma redução efetiva e mensurável das emissões poluentes e que estas não excedam em mais de 50 % os valores limites”. Significa isto que o contrato-programa, após os 5 anos, passa a ser o instrumento normativo na regulamentação das matérias definidas pela portaria, fixando um novo prazo de adaptação, incluindo os limites inultrapassáveis das emissões (que já se encontravam fixados na anterior portaria) e estipulando o cumprimento de condições de interesse público ambiental<sup>1799</sup> – nesta dimensão, é especialmente visível o *carácter substitutivo do contrato* em relação à portaria. Indubitavelmente, tais contratos apresentavam-se como *contratos sobre o exercício de poderes públicos (regulamentares)*, posto que se tratava de definir por acordo o exercício de um poder público.

Quando a administração consensualiza com o cocontratante a produção de efeitos jurídicos que poderiam ser produzidos em *alternativa* através de um regulamento administrativo, entendemos que o contrato pode ser qualificado como um *contrato com objeto passível de regulamento administrativo*. A qualificação do contrato como tendo um objeto passível de regulamento administrativo coloca-se num plano *abstrato*, consoante o específico objeto de um contrato determinado possa ser ou não suscetível de figurar num regulamento administrativo. A autonomização do conceito de *contrato com objeto passível de regulamento administrativo* pretende, assim, assinalar a existência de contratos celebrados entre a administração e os particulares com o objetivo de definir os contornos de uma disciplina jurídica que poderia, em alternativa, ser conformada unilateralmente pela administração através da emissão de um regulamento administrativo<sup>1800</sup>.

---

<sup>1799</sup> Naturalmente, estamos face a uma substituição do regulamento pelo contrato administrativo *permitida* ou *autorizada por lei*. Entre nós, cfr. MARK KIRKBY, *Os Contratos de Adaptação Ambiental*, Lisboa, 2001, pp. 69-70 e 95-96, suscitando dúvidas de constitucionalidade dos contratos de adaptação ambiental; e FERNANDA MAÇÃS, “Os acordos sectoriais como um instrumento de política ambiental”, cit., pp. 48-49, adotando uma perspectiva de admissibilidade, reconhecendo a importância do recurso ao contrato, já que a nova disciplina jurídica exigia uma adaptação dispendiosa e tecnicamente morosa por parte das empresas destinatárias.

<sup>1800</sup> Cfr. as considerações de HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 349-351, analisando alguns contratos normativos no direito espanhol e sublinhando

Estamos, designadamente, a pensar nos *contratos de concessão de serviço público*, que, regulando direta e imediatamente as relações entre a administração e o respetivo cocontratante, se mostram suscetíveis de integrar regras definidoras da organização, gestão e utilização de um serviço público. Na verdade, algumas de tais cláusulas seriam passíveis de se encontrar num regulamento definidor das regras de funcionamento do serviço em causa<sup>1801</sup>. Para além disso, nos *contratos de concessão com eficácia regulamentar ou praeter contractualem*, como vimos, o seu conteúdo não está isento da projeção de efeitos jurídicos sobre os administrados, o que torna especialmente visível a existência de “disposições de natureza regulamentar e unilateral” ou de “cláusulas regulamentares” que, por efeito da sua integração no texto do contrato de concessão, se transformam em “cláusulas contratuais”<sup>1802</sup>. Por sua vez, os *contratos de delegação de poder regulamentar* configuram uma alternativa à atuação direta da administração na gestão de um serviço público e na subsequente produção regulamentar. Por último, a qualificação como um *contrato com objeto passível de regulamento administrativo* surge, de forma impressiva, nos *contratos normativos*, os quais definem uma disciplina jurídica uniforme, geral e abstrata, a que deve submeter-se no seu âmbito a subsequente prática de atos administrativos ou a futura celebração de contratos singulares. O contrato é, neste caso, um processo de produção de normas jurídicas e de criação de obrigações para terceiros, cujo objeto poderia, em alternativa, figurar num regulamento administrativo (*normersetzender Vertrag*<sup>1803</sup>). A administração poderia, assim, alcançar, pela via regulamentar, os resultados que pretendeu com o contrato normativo.

Finalmente, à luz do direito positivo português, poder-se-á falar num *princípio da intercambialidade entre regulamento e contrato administrativo* em termos idênticos ao que sucede na relação entre ato administrativo e contrato administrativo? Em relação a tais contratos, que versam sobre um objeto que poderia figurar num regulamento administrativo, cumpre aqui salientar que, mesmo no contexto da discricionariedade, a administração não

---

que não vê inconveniente em qualificar o contrato administrativo como *substitutivo de um regulamento administrativo*.

<sup>1801</sup> Há muito que LÉON DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*, Paris, 1925, pp. 129, chamava a atenção para esta realidade, utilizando, de modo impressivo, a expressão de que tais contratos formam a chamada *lei de serviço*, que obedece a um procedimento de colaboração público/privada na sua formação e se apresenta como norma para as partes contratantes e para os beneficiários do serviço público.

<sup>1802</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviço Público*, cit., pp. 197 e 200.

<sup>1803</sup> Neste sentido, C. GÖBWEIN, *Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht der administrativen Normsetzung?*, cit., p. 195, qualificando o contrato normativo como *alternativo* ou *substitutivo de norma*, designando-o “*normersetzender Vertrag*”. No mesmo sentido, cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 208-210. Utilizando uma fórmula próxima da nossa, J. SCHERER, “Rechtsprobleme normersetzender «Absprachen» zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltrechts”, cit., pp. 3-4, que se refere aos *acordos substitutivos de normas* como aqueles em que a administração pode alcançar, ao menos parcialmente, os mesmos fins que seriam objeto de regulamento.

goza de uma liberdade geral de recurso ao contrato como forma de substituição do regulamento – aliás, no domínio regulamentar, o contrato não se apresenta como *regra*, no sentido de que a uma competência normativa outorgada à administração não corresponde uma faculdade discricionária do seu exercício por via de contrato substitutivo. E isto porque, no nosso direito administrativo, não se encontra consagrado, pelo menos de uma forma expressa, um *princípio geral de paridade ou alternatividade do contrato e regulamento administrativo*, que possibilitaria a celebração de *contratos substitutivos* de regulamentos administrativos no âmbito do procedimento regulamentar.

Na verdade, existem matérias que, por força da lei, estão sob reserva de regulamento administrativo e que, nessa medida, impõem a utilização de uma forma jurídica obrigatória e a observância de um específico procedimento administrativo. Nesta direção aponta o artigo 112.º, n.º 7, da CRP, nos termos do qual “os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar”, demonstrando que a lei pode determinar vinculadamente a utilização de uma determinada forma jurídica obrigatória e de um procedimento específico, precisamente nas matérias que carecem de uma disciplina jurídica complementar ou secundária em relação à lei. Daí, em princípio (*v.g.*, salvo se a lei prever a possibilidade de substituição), não ser possível a celebração de contratos substitutivos de regulamentos administrativos.

Isto, em princípio, pois pode a própria *lei* permitir a celebração de contratos que tenham um conteúdo regulamentar inequívoco e disciplinar a relação jurídica contratual (recordem-se os tipos contratuais citados). Com efeito, *de iure constituto*, não existe no nosso ordenamento jurídico um *princípio geral de substituição do regulamento pelo contrato administrativo* (não é, quanto a nós, defensável a aplicação analógica do artigo 127.º do CPA nessa matéria), o que não invalida, porém, que, em determinadas áreas especiais do direito administrativo, não se verifique uma certa cedência do princípio da legalidade para com os princípios da participação e da eficiência, traduzida na diminuição da densidade normativa e na conceção do contrato como uma forma de *heterorregulação normativa* para a realização do interesse público definido na lei.

#### **46.4. Contratos endoprocedimentais**

##### **46.4.1. Contratos de conteúdo procedimental *stricto sensu* ou integrativos do procedimento regulamentar**

O novo CPA consagra no n.º 2 do artigo 98.º a figura dos *acordos endoprocedimentais concluídos no procedimento de formação do regulamento*

*administrativo*. Segundo o disposto nesse preceito normativo, “quando as circunstâncias o justificarem, podem ser estabelecidos os termos de acompanhamento regular do procedimento por acordo endoprocedimental com as associações e fundações representativas dos interesses envolvidos e com as autarquias locais em relação à proteção de interesses nas áreas das respectivas circunscrições”. Trata-se de um *contrato sobre o exercício da discricionariedade procedimental* que visa regular somente os aspetos relacionados com a tramitação do procedimento, concretamente, sobre os termos do “acompanhamento regular do procedimento” pelas associações e fundações representativas dos interesses envolvidos e pelas autarquias locais em relação à proteção de interesses nas áreas das respectivas circunscrições.

Portanto, tais contratos não envolvem a contratualização da emissão futura de um regulamento administrativo – a qual, repita-se, se encontra habilitada pelos artigos 200.º, n.º 3, do CPA e 278.º do CCP e não pelo artigo 98.º, n.º 2, do CPA –, configurando antes uma expressão do *princípio da cooperação* no interior do procedimento regulamentar entre entidades públicas e entidades privadas relativamente à satisfação dos interesses coenvolvidos<sup>1804</sup>.

#### **46.4.2. Contratos sobre o exercício do poder regulamentar ou de vinculação à aprovação de regulamento administrativo**

As pessoas coletivas públicas são titulares de *poderes de autoridade exercidos no desempenho da função administrativa*, em particular, do *poder regulamentar*, editando regras jurídicas que definem em termos obrigatórios a conduta dos particulares, independentemente da vontade destes<sup>1805</sup>. A edição das normas regulamentares depende exclusivamente do titular do poder público normativo, sendo unilateralmente produzidas. Sucede, porém, que a categoria do “contrato relativo a normas” (*Normbezogene Vertrag*), valorando a participação coconstitutiva do particular na configuração da norma jurídica-administrativa, mostra-se suscetível de gerar desvios ao exercício *típico* do poder regulamentar.

---

<sup>1804</sup> Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, “Procedimento Regulamentar”, cit., pp. 414-415, mencionando que o artigo 98.º, n.º 2, do CPA possui um âmbito mais limitado que o artigo 57.º do CPA, já que prevê tão-só a celebração de acordos de trâmite procedimental. No entanto, sustenta que o âmbito mais limitado do artigo 98.º, n.º 2 não pode ser interpretado no sentido de excluir a contratualização da emissão futura de um regulamento administrativo (*contrato sobre o exercício do poder regulamentar*).

<sup>1805</sup> Cfr. AFONSO QUEIRÓ, “Teoria dos Regulamentos”, cit., pp. 213-214. O poder de editar regras jurídicas, a observar por terceiros, representa uma das manifestações precípua do poder público de autoridade, traduzindo um poder de “constituir efeitos jurídicos inovadores”, que alteram a situação jurídica dos destinatários.



Por um lado, no caso dos *Normenverträge*, o objeto imediato do contrato identifica-se com as próprias *normas jurídico-administrativas*, que constituem o respetivo conteúdo. Na medida em que a sua celebração arreda a emanção ou a vigência de regulamento administrativos sobre a mesma matéria, o *Normenvertrag* vai mais longe que o *Normsetzungsvertrag*, expressando um acordo cujas disposições substituem normas jurídicas e são formalmente adotadas por um ente público e por um ente privado<sup>1806</sup>. Diz-se, por isso, que o *Normenvertrag* não se reduz a um acordo preparatório que estabelece critérios sobre a emissão futura de um regulamento, tendo um efeito substitutivo de normas jurídicas administrativas.

Por outro, os *Normsetzungsverträge* surgem como fundamento ou antecedente da emissão futura de um regulamento, configurando acordos relativos à formação das normas administrativas, os quais se dirigem a antecipar genericamente o conteúdo de normas e a delinear com exatidão uma parte do seu conteúdo prescritivo. Comparativamente com os *Normenverträge*, nos *Normsetzungsverträge* não suscitam idênticos problemas relativos à admissibilidade constitucional, designadamente a questão de saber se a sua celebração envolve uma disposição das competências normativas constitucionalmente definidas no artigo 80.º da *Grundgesetz*, que poderá ser interpretado como estabelecendo um *numerus clausus* de fontes normativas e determinando os órgãos competentes para as emitir. As normas jurídicas emanadas ao abrigo de um *Normsetzungsvertrag* são da exclusiva responsabilidade da administração, tratando-se, portanto, de normação pública.

Para determinar o *quid specificum* da figura do “contrato sobre o exercício do poder regulamentar”<sup>1807</sup> (*Normsetzungsverträge*) interessa-nos, agora, a *participação* de particulares no procedimento de feitura de regulamentos administrativos, polarizada na celebração de um contrato administrativo preparatório ou endoprocedimental, que visa a

---

<sup>1806</sup> Cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., p. 651-652 e 686-687, referindo que os contratos de normação celebrados no direito da segurança social e no direito do ambiente devem ser qualificados como *Normenverträge*, ao passo que o contrato administrativo que tem por objeto a elaboração de um plano urbanístico deve ser designado como *Normsetzungsvertrag*, de modo a evitar-se confusões terminológicas. No mesmo sentido, cfr. FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, cit., pp. 178-179; e PETER AXER, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, cit., p. 61. É, pois, fundamental ter presente este rigor terminológico. Quando, na doutrina germânica, se pretende referir ambas as modalidades de contratos, geralmente utiliza-se a designação de “contratos relativos a normas” (*Normbezogene Verträge*).

<sup>1807</sup> No nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., p. 209, tendo em vista a qualificação destes contratos provenientes do sistema germânico, utilizámos a designação de *contratos sobre o exercício do poder público normativo*, que julgamos mais adequada à realidade daquele ordenamento jurídico, na medida em que a figura não se limita à esfera do exercício do poder regulamentar da administração. ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., p. 512, propõe a designação de “contratos sobre o exercício do poder regulamentar”, que preferimos adotar, agora, na nossa exposição, já que a mesma traduz mais fielmente o objeto do contrato endoprocedimental no direito nacional.

concertação de posições quanto à emissão futura de um regulamento<sup>1808</sup>. Em sentido lato, estamos diante de *contratos endoprocedimentais* – situados no quadro do procedimento de emanção de normas regulamentares da administração –, que visam estabelecer critérios destinados a definir o *se*, o *quando* e o *modo* do exercício do poder regulamentar. De facto, nesses casos, o processo de feitura do regulamento não se desenvolve em função da vontade individual do particular, mas de acordo com o interesse público e os termos de referência do regulamento a adotar. Apesar de o ato ter carácter consensual no seu procedimento de formação, uma vez aprovado, e no que respeita à sua eficácia, assume o carácter *unilateral* dos atos de império e de autoridade administrativa, impondo-se à generalidade da comunidade jurídica.

Ao contrário do que sucede no contrato de normação, que introduz imediatamente efeitos inovatórios na ordem jurídica, na hipótese de o contrato ser celebrado no exercício do poder regulamentar, as alterações normativas do sistema jurídico só ocorrerão *se e quando* os órgãos administrativos com competência regulamentar emanarem, em cumprimento do contrato, o regulamento em causa<sup>1809</sup>. O objeto destes contratos é, portanto, a conformação do conteúdo de uma norma, que depois é adotada de modo unilateral, configurando, portanto, *contratos integrativos do procedimento de elaboração de normas regulamentares*. Ora, os *Normsetzungsverträge* não prescindem do desencadeamento do procedimento administrativo dirigido à emissão das normas jurídicas contratualizadas (que vigorarão apenas se e na medida em que ficarem consagradas no diploma final emanado pelo órgão competente), porquanto o seu objeto imediato consiste, da parte da administração, na *obrigação de emitir um regulamento sobre certa matéria* ou de *emiti-lo com determinado conteúdo*.

Deste modo, por contrato, a administração compromete-se a emitir um regulamento administrativo sobre certa matéria ou a contemplar no regulamento administrativo um certo conteúdo – que é da sua inteira responsabilidade –, circunstância que confere uma base consensual à decisão final formalmente unilateral. Isso significa, desde logo, que o contrato endoprocedimental é admissível quando o legislador confere

---

<sup>1808</sup> São vários os domínios em que podem surgir contratos desta natureza. Desde logo, em áreas de forte complexidade e tecnicidade das normas jurídicas, onde se pode identificar o círculo típico de destinatários – v.g., identificar os regulados objeto do regulamento. Por outro lado, nos casos em que a administração pretende implementar programas estratégicos de intervenção económica ou territorial que exigem a criação de uma regulamentação normativa adequada. Igualmente, em domínios onde a grandeza e a elevada complexidade técnica dos projetos apresentados à administração para aprovação são de tal ordem que implicam não apenas uma teia de atos administrativos de diferentes entidades públicas, como também a modificação de normas de natureza regulamentar – cfr. o nosso “Contrato e Poder Público Administrativo. Em especial, os «Novos» Contratos com Objeto Passível de Regulamento Administrativo”, cit., pp. 204-205.

<sup>1809</sup> Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., p. 517.

*discricionarietà regulamentar* à administração: discricionarietà quanto ao *an* (podendo o ente público emitir ou não emitir o regulamento) e discricionarietà quanto ao *modo* (gozando o ente público de alguma liberdade de conformação do conteúdo das normas, o que sucederá precipuamente quando o regulamento desempenhe as funções de dinamização legislativa ou de dinamização da ordem jurídica<sup>1810</sup>).

Fora da zona da *discricionarietà regulamentar*, se a administração não gozar de discricionarietà quanto ao *an*, encontrando-se vinculada pelo legislador a emanar as normas regulamentares – havendo, portanto, um *dever legal regulamentar* –, a emissão do regulamento não pode corresponder ao cumprimento de um contrato, mas à observância de uma *obrigação legal* do titular da competência. Logo, se o titular da competência tem que elaborar um regulamento num determinado sentido, essa sua posição, que se diria de “obrigação por força da lei”, não é suscetível de integrar uma relação jurídica contratual: onde há obrigação legal, não pode falar-se de contrato.

Por outro lado, a aferição da validade do contrato sobre o exercício do poder público do ponto de vista do respetivo conteúdo exige a perceção de que aquele se assume como uma forma de antecipação (autovinculação) quer da decisão sobre o sentido do exercício do poder, quer do respetivo conteúdo. Note-se que os contratos endoprocedimentais de conteúdo obrigacional também podem regular uma promessa de não exercício futuro de poderes (*contratos que evitam a prática de um ato administrativo*). Contudo, no que à emissão normativa tange, não se pode considerar válido, por força da violação dos princípios da indisponibilidade e da igualdade de tratamento, um contrato que visa restringir o exercício do poder regulamentar legalmente previsto, contendo cláusulas que impeçam o ente administrativo titular do poder regulamentar de emanar os regulamentos exigidos pela lei ou pelo interesse público. Tendo relevo em matéria de procedimento regulamentar, esses acordos que afastam a normação formal sobre uma determinada matéria, em princípio, não deverão ser admitidos no nosso ordenamento jurídico.

Neste contexto, no quadro dos *contratos sobre o exercício do poder normativo* (*Normsetzungsverträge*), a doutrina alemã distingue entre *Normsetzungsverträge* puros e impuros. Os primeiros (*echte Normsetzungsverträge*) visam essencialmente disciplinar os

---

<sup>1810</sup> Acompanhamos aqui ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., pp. 517-518. Isto significa que os contratos agora analisados se aplicam aos procedimentos de emissão dos regulamentos *externos* da administração pública, podendo em abstrato tratar-se de regulamentos autónomos ou de regulamentos complementares. Sobre o exercício do poder discricionário através de *Normsetzungsverträge*, em particular da discricionarietà de planeamento urbanístico, cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., pp. 674-675; e, entre nós, cfr. JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, cit., pp. 336-341.

aspectos relativos ao conteúdo do regulamento prometido, ou seja, são contratos celebrados no quadro do procedimento normativo com o fim de determinar as bases sobre as quais irá repousar o conteúdo da regulamentação. Deste modo, traduzem, do lado da administração, uma obrigação de elaboração, alteração, execução ou revogação de normas regulamentares. Por seu turno, os segundos (*unechte Normsetzungsverträge*) influem apenas sobre a iniciativa do procedimento normativo, determinando, do lado da administração, a obrigação de manutenção ou a obrigação de não adoção de normas regulamentares (promessa de não exercício futuro de poderes)<sup>1811</sup>. Esta última modalidade de contrato estaria pensada para aqueles casos em que a administração se abstém de emitir um regulamento em determinado setor económico, obrigando-se “os regulados” a aceitar voluntariamente algumas das obrigações que lhes poderiam ser impostas alternativamente através de regulamento administrativo. Contudo, ao contrário dos *Normsetzungsverträge* puros, os *Normsetzungsverträge* impuros não são aceites como figura geral na doutrina alemã.

A análise do fenómeno do exercício contratualizado do poder administrativo regulamentar reclama necessariamente alguns esclarecimentos adicionais sobre alguns problemas de regime jurídico que aqui se podem colocar.

(1) O contrato sobre o exercício do poder regulamentar configura um contrato administrativo, segundo o disposto na alínea *b*) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP. A fórmula “demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”, utilizada, por diversas vezes, ao longo do Código, permite, pela sua abrangência, incluir igualmente os contratos sobre o exercício do poder regulamentar. No direito português, um dos tipos de contratos sobre o exercício do poder regulamentar (*Normsetzungsverträge* puro) que investigámos noutra âmbito diz respeito ao *contrato para planeamento* (artigos 47.º da LBPSOTU e 79.º a 81.º do RJIGT)<sup>1812</sup>. Este traduz uma forma de acordo sobre o exercício

---

<sup>1811</sup> Sobre esta distinção, cfr. H. MEYER, Meyer/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., p. 504; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., p. 32; VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 206; PETER AXER, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, cit., p. 61; J. SCHERER, “Rechtsprobleme normersetzender «Absprachen» zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltrechts”, cit., pp. 4-5; W. BROHM, “Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen”, cit., p. 1029; e F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale*, cit., p. 684.

<sup>1812</sup> Sobre *conceito, modalidades, natureza, sujeitos, limites e regime procedimental* do “contrato para planeamento”, cfr. o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 195-263, e as referências bibliográficas aí citadas. Nele defendemos que se deveria excluir a *contratação direta* do instrumento de planeamento destinado a estabelecer as *opções estratégicas* dos municípios, o plano diretor municipal. Assim, o *objeto* do contrato para planeamento deve cingir-se ao plano de urbanização e ao plano de pormenor, tese que a nova LBPSOTU e o novo RJIGT perfilham, já que, por um lado, continuam a circunscrever o objeto do contrato à “aprovação, alteração ou revisão de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor” (artigos 47.º, n.º 3, da LBPSOTU e 79.º, n.º 2, do RJIGT) e, por outro, reforça o carácter estratégico do plano diretor municipal (artigo 95.º do RJIGT). A *ratio legis* subjacente aos artigos 47.º, n.º 3, da LBPSOTU e 79.º, n.º 2, do RJIGT é a de permitir a contratualização do *conteúdo* e da *execução* de planos dotados de maior *analiticidade* das suas previsões. Sobre o debate na doutrina nacional em torno do *objeto* do contrato para planeamento, cfr. as

do conteúdo do poder regulamentar da administração urbanística municipal, mais especificamente, quanto ao exercício do poder para *elaborar, rever ou alterar planos de urbanização e planos de pormenor* (artigo 79.º, n.º 2, do RJIGT)<sup>1813</sup>. O novo RJIGT qualifica expressamente no n.º 1 do artigo 80.º os contratos para

---

considerações no nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 210-222; e JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, cit., pp. 327-336.

<sup>1813</sup> Se investigarmos o direito comparado, verificamos que são muito semelhantes aos “*convenios urbanísticos complexos*”, regulados em algumas leis urbanísticas autonómicas espanholas, ao “*Durchführungsvertrag Zum vorhabenbezogene Bebauungsplan*”, espécie contratual mencionada no §12 do *Baugesetzbuch*, e, no ordenamento jurídico italiano, aos *accordi di pianificazione* ou *accordi sulle prescrizioni urbanistiche*, regulados no artigo 18.º da Lei Regional n.º 20/2000 da Região de Emilia Romagna e no artigo 6.º da Lei Regional n.º 11/2004 da Região de Veneto. No capítulo dos contratos urbanísticos (*städtebauliche Verträge*), o direito alemão admite não apenas os *contratos de gestão urbanística*, isto é, aqueles que têm por objeto “a preparação ou a realização de operações urbanísticas pelo cocontratante a expensas suas” (*die Vorbereitung oder Durchführung städtebaulicher Maßnahmen durch Vertragspartner auf eigene Kosten*), mas também os *contratos para planeamento*, ou seja, aqueles que têm por objeto “a elaboração de planos urbanísticos, bem como, sendo necessário, do relatório ambiental” (*die Ausarbeitung der Städtebaulichen Planungen sowie erforderlichenfalls des Umweltberichts*), viabilizando dentro destes os contratos na fase preparatória ou no decorrer do planeamento urbanístico – §11, n.º 1, frases 1 a 4, do *Baugesetzbuch*.

Aliás, o § 12 do *Baugesetzbuch* reconhece um tipo específico de *contrato urbanístico integral*: o designado “contrato de execução de um plano urbanístico relativo a um projeto” (*Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogene Bebauungsplan*), que constitui como que “um protótipo legal de junção de um contrato para planeamento com um contrato de execução” (*ein Prototyp eines städtebaulichen Planungs- und Durchführungsvertrages*). Aquele preceito prevê a existência de plano de urbanização relacionado com projetos concretos (*vorhabenbezogenen Bebauungsplan*), que, uma vez emitidos, constituem pressuposto suficiente para basear as operações de licenciamento. Ora, esses planos, referindo-se sempre a um projeto determinado, assentam num contrato (um contrato administrativo) celebrado entre o município e o promotor do projeto, cuja proposta é apresentada por este último e que tem como pressuposto a assunção (por parte do particular) dos custos do planeamento e da obrigação de realização das infraestruturas e de concretização do projeto, dentro de um prazo determinado (embora, por via de regra, suscetível de prorrogação por decisão do município, desde que o promotor apresente razões objetivas para tal). O procedimento previsto pelo §12 possui, assim, uma tripla componente: o projeto de desenvolvimento urbanístico acordado com o município, o contrato de execução e o plano de urbanização relacionado com o projeto. Disciplinado, com algum pormenor, pelo citado §12, o regime jurídico deste tipo de contratos urbanísticos possui especificidades interessantes: assim sucede, por exemplo, com a atribuição de uma posição jurídica especial (*besondere Rechtsstellung*) ao contraente privado (§12, n.º 2), no que se refere à iniciativa do procedimento de planeamento (impondo à administração pública que se pronuncie sobre a abertura do mesmo) e à participação (relacionada com os dados do estudo de impacto ambiental); igualmente relevante se afigura a possibilidade de alteração do titular do projeto (*Trägerwechsel*), que carece de consentimento do município, o qual apenas poderá ser recusado, quando se conclua que coloca em perigo o planeamento e a execução do projeto dentro do prazo acordado para o cumprimento das obrigações (§12, n.º 5). A íntima relação entre o concreto projeto, o plano urbanístico e a execução encontra-se claramente demonstrada no §12, n.º 6, que impõe ao município a anulação do plano, sempre que as obrigações relacionadas com a execução urbanística não forem executadas dentro do prazo; tal anulação importa, para o promotor do projeto, a perda de todos os direitos que o contrato lhe havia conferido.

A abertura manifestada pelo §11 do *Baugesetzbuch* conhece, porém, importantes limites materiais e formais. Assim, e desde logo, a parte final do §11, n.º 1, do *Baugesetzbuch* determina que “a responsabilidade do município para o procedimento de elaboração do plano previsto na lei não é afetada” pela celebração de um contrato. E, na mesma linha, o § 1, n.º 3, (2), do referido Código prescreve que não é reconhecido qualquer *direito subjetivo* (*Anspruch*) à elaboração de planos urbanísticos e regulamentos urbanísticos e que uma tal *pretensão* não pode fundar-se num contrato: a previsão contratual de um tal direito conduz à invalidade do contrato, de acordo com o § 59, n.º 1 da *VwVfG*. O facto de o município permanecer, em qualquer caso, como “senhor do procedimento” (*Herr des Verfahrens*) permite superar todas as críticas dirigidas à intervenção dos privados no planeamento em consequência da falta de legitimidade democrática para a elaboração de normas jurídicas vinculativas, bem como abrir o procedimento à participação de todos os cidadãos.

planeamento como “contratos sobre o exercício de poderes públicos, com efeitos obrigacionais entre as partes, podendo o respetivo incumprimento dar lugar a responsabilidade civil”. O estudo dos contratos para planeamento reveste enorme importância científica e prática. Note-se que o plano de urbanização e o plano de pormenor não se reconduzem apenas a uma simples pormenorização de aspetos constantes da lei, implicando valorações dentro do quadro legalmente definido. Quando em causa estão *planos com eficácia plurisubjetiva*, como acontece com o plano de urbanização e com o plano de pormenor, a sua natureza *criadora e jurisdicção* é indiscutível, tratando-se não de dar execução a um regime legislativo previamente estabelecido, mas de instituir *ex novo* um modelo de ocupação do território e, bem assim, de consagrar preceitos que influem diretamente sobre a esfera jurídica dos cidadãos.

(2) Uma das questões fundamentais que deve ser colocada é a de saber se, na ausência de uma habilitação legal específica que consagre o *tipo* de contrato sobre o exercício do poder público regulamentar, será o princípio da *autonomia pública contratual* (artigos 200.º, n.º 3, do CPA e 278.º do CCP) fundamento suficiente para a sua celebração ou se, pelo contrário, o princípio da legalidade, entendido no sentido de precedência da lei, imporá sempre uma norma de autorização específica para o exercício contratual do poder regulamentar. Em nosso entender, a consagração genérica da possibilidade de contratar em vez de atuar unilateralmente apresenta-se em termos de dispensar uma norma autorizativa específica, constituindo, assim, uma base para o exercício pela via consensual dos poderes legalmente atribuídos à Administração. Os artigos 200.º, n.º 3, do CPA e 278.º do CCP contêm uma *norma de fattispecie aberta*, devendo, por isso, falar-se, neste âmbito, de um *princípio da cláusula aberta*, “salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”. Recorde-se que estamos apenas perante uma forma de *acordo preliminar de carácter endoprocedimental quanto ao exercício futuro do poder regulamentar*, pelo que nem estes contratos implicam a substituição da forma jurídica regulamentar pelo contrato administrativo, nem a substituição de um procedimento unilateral por outro de estrutura bilateral<sup>1814</sup>.

---

Por outro lado, o § 11, n.º 2, louvando-se no princípio da proporcionalidade e no princípio do equilíbrio prestacional [ambos fundamentados no § 56.1 (2) da VwVfG], estabelece que as prestações acordadas devem ser adequadas às circunstâncias do caso: neste sentido, exige-se que exista uma proporcionalidade objetiva (*objektive Angemessenheit*) – a pressupor uma corresponsabilidade económica entre as prestações dos contraentes ou, no mínimo, que, do lado da administração, não se verifique um “abuso de poder” –, bem como uma proporcionalidade subjetiva (*subjektive Angemessenheit*) – não se verificando a imposição da contratação aos particulares. Além disso, determina que a negociação não pode incidir sobre prestações que constituam direitos do particular na ausência de contrato (a designada *Koppelungsverbot*), impedindo que, por elas, a administração venha exigir ao particular uma contraprestação sem qualquer conexão objetiva com o contrato. Deste modo, e como forma de tutela da posição jurídica do particular, a *Koppelungsverbot* exige que a finalidade da contraprestação do contraente privado conste expressa ou implicitamente do clausulado contratual.

<sup>1814</sup> Um dos problemas que iremos abordar prende-se com o regime jurídico do contrato sobre o exercício do poder regulamentar. No direito alemão, a doutrina maioritária defende que as normas dos §§54 e segs. da VwVfG podem ser aplicadas analogicamente aos contratos sobre o exercício do poder regulamentar (*Normsetzungsverträge*) – assim, cfr. H. MEYER, Meyer/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., p. 504; J. SCHERER, “Rechtsprobleme normersetzender «Absprachen» zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltrechts”, cit., p. 4; E. SCHMIDT-ASSMANN/WALTER KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, cit., p. 86; e F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale*, cit., pp. 658-662 e 683-684 –, já que os mesmos configuram claramente contratos administrativos e a Lei do Procedimento não submete os tipos de contratos administrativos a um princípio de *numerus clausus*. Assim, os *Normsetzungsverträge* seguem, quanto ao

(3) No que respeita aos *limites*, a contratualização do exercício do poder regulamentar não poderá suprimir os trâmites do procedimento regulamentar, por um lado, obliterando a *participação dos interessados* (realização da audiência e consulta pública) e a *ponderação* dos vários interesses públicos e privados coenvolvidos, e, por outro, colocando em causa a imparcialidade e a objetividade da decisão. No que tange aos contratos para planeamento, o legislador desenhou um *regime imperativo* no n.º 2 do artigo 80.º do RJIGT, instituindo, assim, *limites* ao contrato para planeamento, assentes na premissa de que *o contrato não poderá invadir os domínios próprios do poder de planeamento*<sup>1815</sup>.

(4) De fora do exercício contratual do poder regulamentar parecem ficar, em princípio, os *acordos prévios* à tramitação do procedimento, por meio dos quais a administração se compromete para com o particular a emanar um regulamento com um certo conteúdo sem que tenha ainda tramitado o respetivo procedimento, condicionando o cumprimento das obrigações assumidas à eventual

---

regime jurídico, as regras especiais ou setoriais a que a matéria jurídica regulanda se encontre submetida, sendo-lhes aplicáveis as normas do regime geral dos contratos administrativos consagradas na VwVfG (o que assume enorme importância quanto ao regime da modificação e da resolução do contrato). Maiores dúvidas suscita, como vimos, a aplicação analógica dos §§54 e segs. da VwVfG aos *Normenverträge*, sobretudo porque a VwVfG regula a atividade administrativa em sentido material (§1), que se traduz na execução da lei através de atos administrativos e de contratos administrativos (§9), dela ficando de fora a atividade normativa (regulamentar). Ora, apesar de não constituírem formalmente regulamentos administrativos, os *Normenverträge* têm um efeito substitutivo de normas regulamentares, não contendo a VwVfG quaisquer disposições que indiciam a possibilidade de substituição de uma norma por um contrato administrativo.

<sup>1815</sup> Na arquitetura dos *limites jurídicos* dos contratos para planeamento o nosso legislador inspirou-se, claramente, no ordenamento urbanístico espanhol. O primeiro limite diz respeito ao *princípio da indisponibilidade do poder de planeamento*, que traduz, segundo OCHOA GÓMEZ, *Los Convenios Urbanísticos. Límites a la Figura Redentora del Urbanismo*, cit., p. 103, a proibição de pela via do contrato para planeamento se produzir uma espécie de *delegação fáctica de poderes públicos*, “colocando nas mãos de sujeitos jurídicos distintos da administração o exercício dos poderes administrativos de planeamento”. No entanto, o referido princípio não exclui que a administração não “possa mediante um ato bilateral ou multilateral comprometer-se a exercer esse poder de determinado modo e sob determinadas condições” – *idem*, p. 201. Entre nós, o n.º 2 do artigo 80.º do RJIGT estabelece que “os contratos para planeamento não prejudicam o livre exercício dos poderes públicos municipais relativamente ao conteúdo, procedimento de elaboração, de aprovação e de execução do plano, nem a observância dos regimes legais relativos ao uso do solo e às disposições dos demais programas e planos territoriais”. Daqui decorre que, em caso algum, a celebração de um contrato para planeamento pode colocar em causa as *regras procedimentais de formação dos planos*, acarretando a subtração dos mesmos aos trâmites a que estão sujeitos por força da lei. Além disso, o contrato também não limita os poderes municipais relativamente ao *conteúdo* (isto é, às concretas *opções* que hão de constar do plano), à *aprovação* (ou seja, aos termos em que o plano será aprovado) e à *execução* (*rectius*, à concretização das prescrições do plano) – artigo 80.º, n.º 2, 1.ª parte. Por outro lado, os contratos para planeamento *não podem conter disposições contrárias ao ordenamento urbanístico em vigor* (artigo 80.º, n.º 2, 2.ª parte), designadamente às normas legais sobre a utilização do solo, como as respeitantes à REN e à RAN, e ao conjunto das disposições dos demais programas e planos territoriais com os quais o plano de urbanização ou o plano de pormenor devam ser compatíveis ou conformes.

Para além dos limites constantes do n.º 2 do artigo 80.º do RJIGT, deve entender-se que o Direito em geral prescreve uma série de *limites e compressões* à autonomia contratual: são os que derivam de aspetos vinculados do poder discricionário (competência, procedimento e fim) e dos princípios gerais de direito (proibição de arbitrariedade, igualdade e proporcionalidade, etc.). Neste sentido, um outro limite que deve ser imposto ao contrato para planeamento traduz-se na impossibilidade de ser violado o *princípio da legalidade dos planos* e, em particular, o *princípio da tipicidade dos planos*, cujo sentido é o de que a administração não pode elaborar e aprovar os planos que entender, mas tão-só aqueles que a lei define de modo típico. Finalmente, recorde-se que o contrato *não substitui o plano* na definição do regime do uso do solo, apenas adquirindo eficácia para tal efeito na medida em que vier a ser incorporado no plano e prevalecendo em qualquer caso o disposto neste último.

compatibilidade dos atos prometidos com o resultado do procedimento a tramitar em momento posterior. A admissibilidade de *contratos prévios à tramitação do procedimento regulamentar* coloca-se em termos distintos dos contratos prévios à tramitação do procedimento que visam a adoção de atos administrativos. Isto porque aqueles contratos, implicando uma predeterminação do procedimento de elaboração ou alteração do regulamento administrativo, mostram-se passíveis de “fazer ilusório” o direito de participação dos interessados e o cumprimento das normas procedimentais relativas à consulta pública e à audiência dos interessados, visto que, a partir do momento em que existe um contrato previamente celebrado, tais exigências legais converter-se-iam num mero trâmite formal ou num ato inútil (violação da lei)<sup>1816</sup>.

(5) Regra geral, verifica-se um paralelismo ou uma correspondência entre o órgão que contrata e o órgão com competência final para a aprovação do regulamento administrativo. Todavia, os momentos implicados pela celebração de contrato para planeamento consubstanciam, justamente, uma *exceção* a

---

<sup>1816</sup> Cfr. HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos e las Potestades Administrativas*, cit., pp. 210, em nota, e 353. A questão é de resolução difícil e não possui uma resposta definitiva. O legislador tem, naturalmente, uma palavra decisiva nesta matéria, já que pode *garantir* o respeito pelas exigências procedimentais que decorrem da elaboração e alteração de regulamentos. Assim sucede, entre nós, ao nível da regulamentação legal dos contratos para planeamento (artigo 81.º, n.ºs 2, 3 e 4, do RJIGT). Pode dizer-se que existem aí dois procedimentos administrativos distintos e com o seu campo próprio – de um lado, o *procedimento de formação do contrato para planeamento*, do outro, o *procedimento de elaboração, alteração ou revisão do plano* – e entre os quais terá de haver uma *articulação* ou um *entrosamento*. Nos termos do artigo 81.º, n.º 1, do RJIGT, “os interessados na elaboração, na revisão ou na alteração de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor, podem propor à câmara municipal a celebração de um contrato para planeamento”. À luz deste preceito, podemos deparar-nos com a circunstância de o início do procedimento tendente à celebração do contrato para planeamento ocorrer antes do desencadeamento do procedimento de elaboração, alteração ou revisão do plano. Recebida a proposta, terá a câmara municipal de deliberar liminarmente se pretende celebrar um contrato administrativo que tenha por objeto a elaboração de um projeto de plano. Ora, esta deliberação liminar incidirá sobre questões de mérito (v.g., oportunidade da elaboração, alteração ou revisão do plano, conveniência da contratualização do planeamento) e de legalidade (v.g., possibilidade do objeto contratual) – precisamente os aspetos focados pelas várias alíneas do n.º 2 do artigo 81.º do RJIGT. É esta deliberação, em conjunto com a *proposta de contrato*, que constituirá objeto de discussão pública pelo prazo mínimo de 10 dias (*ex vi* artigo 81.º, n.º 3, do RJIGT). A abertura à participação possui aqui um duplo escopo: permitir que outros interessados (caso existam) venham apresentar propostas com o mesmo objeto e assegurar que os cidadãos se possam pronunciar (desde logo, manifestando objeções) sobre o sentido e alcance da proposta já avançada.

Findo o procedimento de formação do contrato, tem lugar o procedimento de elaboração, alteração ou revisão do plano. Neste contexto, importa advertir que a interferência da contratação neste domínio jamais poderá colocar em causa as regras procedimentais de formação dos planos. Deste modo, o procedimento de elaboração, alteração ou revisão do plano seguirá todos os trâmites normais a que se encontra submetido pelas disposições legais pertinentes. As especificidades aqui a assinalar prendem-se com o relevo da transparência e com a concretização do princípio da participação, ao nível do procedimento de elaboração, alteração ou revisão do plano. Assim, o artigo 81.º, n.º 4 prescreve que “os contratos são publicitados conjuntamente com a deliberação que determina a aprovação do plano e acompanham a proposta de plano, no decurso do período de discussão pública, nos termos do n.º 1 do artigo 89.º”. A *ratio essendi* é *garantir a participação dos cidadãos* simultaneamente sobre os contratos para planeamento já celebrados e sobre a proposta de plano, de modo a permitir aos cidadãos a apreciação, *inter alia*, das eventuais divergências entre o contrato para planeamento e a proposta de plano. Adianta-se, por último, que as referidas formas de publicitação e de discussão pública, num primeiro momento, das *propostas de contrato* e, num segundo momento, dos *contratos*, são uma expressão do estatuído no artigo 79.º, n.º 3, do RJIGT, nos termos do qual “os procedimentos de formação dos contratos para planeamento asseguram uma adequada publicitação e a realização de discussão pública”. Cfr., na versão anterior do RJIGT, JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística*, cit., p. 332.



essa regra, já que é a câmara municipal que celebra o contrato com o particular (artigo 79.º, n.º 2, do RJGT), sendo que compete à assembleia municipal a aprovação da proposta de plano de urbanização ou de pormenor (artigo 92.º, n.º 1, do RJGT). Ora, para evitar essa assimetria, que poderia gerar um vício de incompetência, o novo RJGT atribui competência para celebrar o contrato para planeamento a um órgão distinto daquele que é o órgão competente para a aprovação do plano urbanístico. Note-se que o órgão que celebra o contrato integra a mesma pessoa coletiva pública que o órgão com competência para a aprovação do regulamento (sujeito ou parte do contrato é, do lado da administração, a *entidade pública*, e não qualquer órgão que a ela pertença) e se encontra autorizado por lei para a respetiva celebração. Assim, o artigo 79.º, n.º 2, do RJGT estabelece que: “a câmara municipal pode obrigar-se através de contrato para planeamento, perante um ou mais interessados, a propor à assembleia municipal, a aprovação, a alteração ou a revisão de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor”<sup>1817</sup>.

(6) Os contratos sobre o exercício do poder regulamentar constituem instrumentos de *autovinculação administrativa de estrutura bilateral*, condicionando a atuação futura da administração quanto à emissão futura de um regulamento administrativo<sup>1818</sup>. Certo é que estes contratos, surgindo como fundamento ou antecedente da emissão futura de um regulamento administrativo, limitam o exercício do poder discricionário administrativo de fixar o conteúdo normativo do ato final, não obstante a administração manter formalmente o exercício do poder unilateral de produção regulamentar. A possibilidade de estabelecer contratualmente critérios destinados a obrigar o *an* e o *quomodo* do exercício do poder regulamentar assume consequências ao nível da vinculação do regulamento, enquanto norma

---

<sup>1817</sup> Já na anterior versão do RJGT chamávamos à atenção para a necessidade de resolução deste problema, o qual poderia constituir um fundamento de impugnação do contrato. Assim, propúnhamos que o órgão com competência para a aprovação do plano urbanístico participasse coconstitutivamente no procedimento de formação do contrato. Assim, caso seja celebrado um acordo entre a assembleia municipal e a câmara municipal do mesmo município quanto às linhas fundamentais de um contrato para planeamento a celebrar pela câmara municipal, esse acordo vincula aquele órgão e, sob ponto de vista material, representa uma forma da câmara municipal não correr o risco de vir a ser recusada a aprovação pela assembleia municipal do plano objeto de contratação. Trata-se de um *acordo interorgânico sobre o exercício de poderes públicos*, que tem efeito vinculativo em relação ao ato posterior, muito embora não tenha eficácia externa. Na Alemanha, a doutrina confronta-se com o mesmo problema. Escreve BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., pp. 685-686, que o regime estabelecido pelo *BauGB* relativamente aos contratos para planeamento deixa entrever uma assimetria entre competência para a *celebração de contratos (Vertragsschlussbefugnis)* e *poder discricionário normativo (Normsetzungsermessen)*, o que poderia significar que o contrato não vincula o órgão representativo do município (a assembleia municipal). Segundo o Autor, o problema só encontra adequada resposta, se a própria assembleia municipal também se vincular ao contrato, *solução* que pode ser alcançada por duas vias: ou os *representantes da comissão de planeamento da assembleia municipal* intervêm na celebração do contrato, *autorizando-o*; ou, através de uma *deliberação do plenário da assembleia municipal* que aprova os termos do contrato para planeamento celebrado, autovinculando-se à aprovação de um plano urbanístico com um certo conteúdo.

<sup>1818</sup> Assim, cfr. F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., pp. 678-679. No que toca a jurisprudência em matéria de contratos para planeamento, em Portugal poucos arestos têm avançado na densificação prático-normativa do regime deste contrato. Existe um Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 10/11/2011 (Processo n.º 08113/11), relativo a uma providência cautelar formulada contra o Município de Loulé no âmbito de uma ação popular, pedindo os requerentes “a suspensão da deliberação da Câmara Municipal de 27-10-2010, que decidiu aprovar o Relatório de Participação Preventiva Inicial no âmbito do processo de elaboração do Plano de Urbanização Caliços-Estevar e que aprovou a Minuta de Contrato para Planeamento a celebrar com o Grupo IKEA”. Algumas referências (laterais) à problemática dos contratos para planeamento podem ser vistas no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 30/06/2011 (Processo n.º 03950/08).

jurídica, ao contrato administrativo. Ora, a compreensão do contrato administrativo como parâmetro de vinculação do regulamento convoca uma plêiade de novos problemas de resolução difícil, já que a emissão de normas pela administração sobre determinada matéria ou com certo conteúdo passa a estar adstrita ao clausulado de um contrato administrativo. Reside aqui *o problema* de regime substantivo do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos: se o contrato estabelece critérios para a emissão do regulamento, a *desconformidade* entre o conteúdo do regulamento e o contrato poderá conduzir à invalidade daquele<sup>1819</sup>.

---

<sup>1819</sup> Cfr. FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen*, cit., pp. 683-684. Como vimos, embora o legislador nacional não consagre, em termos gerais, uma categoria com a designação de *contrato sobre o exercício do poder regulamentar*, admite expressamente, no âmbito do direito do urbanismo, um *tipo especial* de contrato sobre o exercício do poder regulamentar, o *contrato para planeamento*. Os aspetos que concernem com a *formação e a execução* do contrato para planeamento já foram analisados no nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 195-263, pelo que remetemos para esse texto outros desenvolvimentos.

Constituindo o contrato sobre o exercício do poder regulamentar um *parâmetro de vinculação* do regulamento adotado em cumprimento das respetivas cláusulas contratuais, a administração incorre em *incumprimento* quando emite um regulamento contrário ou incompatível com aquele a que se tinha contratualmente comprometido a emanar. A perspetiva que erige o contrato a padrão de validade do regulamento coloca questões delicadas, da perspetiva do *contencioso administrativo*, que concernem à identificação do meio processual dirigido à declaração de invalidade do regulamento que viola o contrato obrigacional. Em face do incumprimento do clausulado contratual válido *imputável ao contraente público* (não se verificando qualquer alteração determinante da *caducidade, invalidade, modificação ou resolução do contrato por razões de interesse público*), cumpre, por um lado, identificar qual o meio processual dirigido à declaração de invalidade do regulamento e, por outro, avaliar em que medida pode o cocontratante exigir judicialmente o cumprimento contratual, isto é, a emissão do regulamento em conformidade com o contrato obrigacional. Nesta matéria, quanto à primeira questão, acompanhamos ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., pp. 535-536, em nota, que se inclina no sentido de admitir a *ação administrativa especial de declaração de ilegalidade de norma*, já que a avaliação da invalidade regulamentar implica a adoção do meio processual especialmente dirigido à determinação da invalidade das atuações públicas de autoridade, em geral, e das normas administrativas, em especial. Já no que toca à segunda questão, a Autora propende para aceitar a possibilidade de *condenação judicial da administração à emissão do regulamento nos termos prometidos*. No que tange ao meio processual aplicável, entende que se deve mobilizar a *declaração de ilegalidade por omissão*, que prefere sobre a ação administrativa comum relativa ao incumprimento, dada a especificidade da prestação devida pelo contraente público – ainda que reconheça que se trata de uma opção rodeada de várias dificuldades, em virtude de o artigo 77.º do CPTA circunscrever literalmente o respetivo âmbito à “omissão de normas cuja adoção [...] seja *necessária para dar exequibilidade a atos legislativos carentes de regulamentação*”. No campo dos contratos para planeamento, a jurisprudência espanhola há já alguns anos que se vem pronunciando sobre esta matéria, quase sempre invocando o *princípio da indisponibilidade do poder público regulamentar* e os limites funcionais da justiça administrativa para vedar a possibilidade de injunção ou de execução forçada de um regulamento administrativo (*in casu*, um plano urbanístico) nos termos contratualmente prometidos, sem prejuízo do pagamento de indemnização integral ao cocontratante. Para uma visão geral das diversas decisões da jurisprudência espanhola nesta matéria, cfr. nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., especialmente as pp. 261-263. Entre nós, parece apontar nesse sentido o artigo 80.º do RJIGT. Não obstante o n.º 1 dispor que o incumprimento do contrato para planeamento dá lugar a responsabilidade civil, o n.º 2 do artigo 80.º estabelece que “os contratos para planeamento *não prejudicam o livre exercício dos poderes públicos municipais relativamente ao conteúdo, procedimento de elaboração, de aprovação e de execução do plano*” (it. nosso), podendo ser interpretado como um preceito que veda a condenação judicial da administração à emissão do regulamento nos termos prometidos, sem prejuízo do pagamento de indemnização ao cocontratante nos termos das regras gerais da responsabilidade contratual.

#### **46.5. Contratos de execução ou complementares de regulamentos administrativos**

Nesta aceção, o contrato assume-se como uma modalidade da ação administrativa que tem em vista constituir um *complemento* ao regulamento, disciplinando o modo de aplicação e de execução das suas prescrições. Devem, por isso, ser entendidos como contratos especialmente vocacionados para a aplicação de regulamentos, celebrados entre a administração e outros sujeitos, com o objetivo de permitir adaptar ou ajustar o modo de cumprimento, por parte destes, das prescrições normativas em vigor. O seu objeto consiste, portanto, na adoção de medidas de aplicação de regulamentos quer no domínio da *execução* das suas previsões, quer no *acompanhamento, monitorização e controlo* das atividades desenvolvidas ao abrigo do mesmo.

Sucedem, por vezes, em certos setores (*v.g.*, energia, ambiente), que os regulados, após a entrada em vigor de uma *nova* regulamentação jurídica, não se encontram em condições materiais e jurídicas para assegurar o cumprimento efetivo das novas regras emanadas pelos órgãos da administração. Neste sentido, em face quer da incapacidade prática de adaptação das empresas destinatárias (dispendiosa e tecnicamente morosa), quer da necessidade de garantir que essa adaptação aos *standards* regulamentares definidos se faça de forma sustentada, o interesse público reclama a introdução de mecanismos de flexibilização na aplicação da nova e/ou modificada regulamentação jurídica definida pela administração para certos setores económicos e sociais de interesse geral, o que pode conduzir à celebração de *executive agreements*. Não devem, por isso, estes contratos ser entendidos como uma forma de violação dos princípios jurídicos fundamentais (nomeadamente, dos princípios da imparcialidade e da igualdade), mas antes como um modo de permitir que, em certos setores, que implicam avultados investimentos, os operadores económicos adquiram condições jurídicas e materiais para assegurar o cumprimento efetivo da nova regulamentação jurídica.

Por outro lado, devem também ser qualificados como contratos complementares de regulamentos administrativos os *contratos de execução de planos urbanísticos*, que visam disciplinar as condições de execução do plano e aspetos concretos das prescrições urbanísticas em vigor, fixando, detalhadamente, os termos e os prazos para a sua concretização – *v.g.*, os contratos de urbanização e de concessão de urbanização no âmbito dos sistemas de execução dos planos municipais [artigos 150.º, n.º 2, *b*), e 151.º do RJIGT], o contrato de urbanização no procedimento das operações de reparcelamento do solo urbano (artigo 165.º, n.ºs 2 e 3, do RJIGT), a concessão de reabilitação urbana (artigo 42.º do RJRU) e os programas de ação territorial (artigo 73.º-A do RJRU).

## CAPÍTULO X

### REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS

#### **47. Indicação de sequência. O problema do contrato sobre o exercício de poderes públicos como um problema de regime jurídico no ordenamento jurídico português. Delimitação do objeto de estudo**

Atualmente, o *problema* do contrato sobre o exercício de poderes públicos configura não um problema de sentido ou de admissibilidade enquanto forma do “agir administrativo” (essa era a grande interrogação para a doutrina administrativista do início do século XX), mas um problema de *determinação do regime jurídico aplicável* – um regime que deve oferecer às partes garantia de *estabilidade jurídica, segurança de orientação, calculabilidade e previsibilidade*. O particular tem o direito de poder confiar que ao contrato sobre poderes públicos se ligam efeitos jurídicos prescritos pelo ordenamento jurídico em termos formalmente claros, compreensíveis e não contraditórios.

Todavia, o legislador português, apesar de estabelecer uma distinção entre *duas categorias, tipos ou modelos fundamentais de contrato administrativo*, não maturou ou aprofundou um regime jurídico diferenciado para o contrato sobre o exercício de poderes públicos. A carência de um tratamento jurídico integrado do mesmo (*rectius*, da relação contratual a que o mesmo dá vida) explica o *vazio normativo* de certos traços do regime substantivo. Efetivamente, nesta matéria nem sempre se verifica uma *densidade suficiente da regulamentação legal*, havendo antes falta de clareza das normas legais reguladoras, seja para alicerçar a atuação da administração na fronteira entre o ato e o contrato, seja para garantir posições juridicamente protegidas dos cidadãos. Essa indeterminabilidade e abertura da lei só podem ser justificadas pelo facto de o legislador se limitar a *leis de direção* e deixar à administração amplos poderes de decisão. Não é, por isso, de estranhar que, frequentemente, nos situemos aqui num “reino desconhecido”, uma morada, em certo sentido, “disputada”, porque é pertença conjunta do ato e do contrato administrativo. A isto acresce o facto de a aplicação das disposições reguladoras do ato administrativo ao contrato sobre poderes públicos não poder deixar de ser confrontada com a evidência de que tais disposições foram pensadas ou desenhadas para o ato e não para o contrato administrativo.

Do ponto de vista sistemático, já tivemos oportunidade de tomar posição sobre o equívoco de o legislador não regular adequadamente o regime jurídico substantivo da figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos no CPA (*supra*, 34.). O CPA não contém quaisquer regras inovadoras sobre o regime destes contratos, limitando-se, na prática, a autorizar a respetiva celebração em certos casos e a (re)confirmar o princípio da livre utilização do contrato administrativo. Além disso, nos termos do n.º 1 do artigo 202.º do CPA, “as relações contratuais administrativas são regidas pelo Código dos Contratos Públicos ou por lei especial, sem prejuízo da aplicação subsidiária daquele quando os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa”. Ao efetuar uma remissão deste género, o legislador não apenas se demite, pura e simplesmente, de estabelecer o regime substantivo das *factispecies* contratuais previstas no CPA, como contribui para adensar a incerteza e a insegurança jurídica quando utiliza a seguinte expressão: “sem prejuízo da aplicação subsidiária daquele quando os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa”. A utilização de expressões deste tipo poderá conduzir à multiplicação de situações de ambiguidade na delimitação da figura, com as inevitáveis consequências daí decorrentes no plano substantivo, isto é, de insegurança na determinação do regime jurídico a aplicar às relações entre as partes. Reiteramos a nossa posição nesta matéria: o aprofundamento da *contratualização da atividade administrativa procedimental* – que figurou como uma das grandes linhas da reforma da lei do procedimento administrativo – apenas será plenamente alcançado caso o regime dos contratos sobre o exercício de poderes públicos não seja de “difícil apreensão” pelas partes, cenário que acarretaria graves prejuízos para a expansão prática de uma tão relevante figura do direito administrativo moderno.

Pois bem, no cumprimento da tarefa de determinação do regime jurídico do contrato sobre o exercício de poderes públicos no direito português, começaremos por nos pronunciar sobre a *natureza jurídica* desta figura, desta forma apurando algumas das possíveis coordenadas conducentes à delimitação do respetivo regime jurídico (*de iure condendo*). Importa refletir sobre outras soluções de regime *de iure constituendo*, seja à luz de contributos doutrinários, seja de acordo com as soluções preconizadas nas leis estrangeiras.

Fruto da intersecção com outras formas do agir administrativo, o contrato sobre o exercício de poderes públicos surge como uma figura sobretudo ligada ao *procedimento administrativo*, em especial ao *procedimento de formação do ato administrativo*. Numa espécie de *exercício rawlsiano*, se nos colocarmos numa *posição original*, cabe perguntar qual a *essência* desta figura: geneticamente, o contrato sobre o exercício de poderes públicos comunga de elementos que o aproximam mais do ato administrativo ou do contrato

administrativo? Existem, a este propósito, duas grandes correntes: a primeira defensora de uma *tese unilateralista* e a segunda propugnadora de uma *tese contratualista*. De fora fica, quanto a nós, a hipótese de a contratualização do exercício do poder público consubstanciar uma *atuação administrativa informal de caráter bilateral*. O enquadramento da figura na *atividade administrativa informal* retirar-lhe-ia, desde logo, qualquer utilidade no capítulo da renovação das formas do agir administrativo a que fizemos referência.

Uma última nota para referir que, recentemente, o CPA reforçou a importância do contrato sobre o exercício de poderes públicos no procedimento administrativo. Fruto da entrada em vigor do novo Código do Procedimento Administrativo, que não apenas prevê os acordos endoprocedimentais (artigos 57.º e 98.º, n.º 2) e substitutivos (artigos 77.º, n.º 4, e 127.º), como aprofunda a contratualização da atividade administrativa, o problema da *determinação do regime jurídico aplicável* será essencialmente focado nos *contratos relativos a atos administrativos* e não nos contratos relativos a normas jurídicas administrativas. Também o CCP parece ter tido sobretudo em vista os contratos sobre o exercício de poderes públicos relacionados com atos administrativos (veja-se, neste sentido, por exemplo, o artigo 285.º, sobre o regime da invalidade). No entanto, não deixaremos de aludir, ainda que lateralmente, a algumas soluções aplicáveis aos contratos sobre o exercício do poder regulamentar, já que, entre nós, os mesmos são genericamente admissíveis no procedimento administrativo.

## SECÇÃO I – DA NATUREZA AO REGIME JURÍDICO

### 48. Natureza jurídica do contrato sobre o exercício de poderes públicos

#### 48.1. Tese unilateralista

##### 48.1.1. Ato administrativo de adesão ao contrato

As *teses unilateralistas* reconduzem a contratualização do exercício do poder administrativo a uma espécie de *ato administrativo de aceitação de compromissos* ou de *ato administrativo consensual*. Salta à vista o recorte consensual desta categoria de atos administrativos. Com efeito, a prática do ato administrativo materializa simultaneamente a aceitação de uma proposta de compromissos apresentada pelo particular e a adesão da administração a essa regulação jurídica consensual.

A este respeito, uma das teses que causou maior impacto na Itália, ainda antes da entrada em vigor da Lei do Procedimento Administrativo, foi a de GIANDOMENICO FALCON, segundo a qual a adesão da administração a um contrato sobre o exercício de poderes públicos repousa num ato administrativo, o chamado “*atto amministrativo di adesione alla convenzione*”<sup>1820</sup>. A relação jurídica é predeterminada pelo binómio *proposta e aceitação*, mas não se verifica formalmente qualquer acordo endoprocedimental, observando-se antes uma negociação entre os sujeitos da relação jurídica procedimental que termina com a emissão de uma declaração unilateral da administração que constitui um ato administrativo.

Por isso, a declaração de uma autoridade pública que se consubstancia na aceitação de uma proposta apresentada pelo particular reconduz-se à figura do ato administrativo. Como observa FALCON, “que a adesão da administração deva ser entendida como ato administrativo e não como ato negocial constitui uma garantia do interesse público, mas também, ao mesmo tempo, uma garantia para *terceiros* afetados pela relação jurídica bilateral”<sup>1821</sup>. Duas razões motivaram a referida construção do ato administrativo de adesão ao contrato pelo Autor: por um lado, comparativamente com o §58.1. da VwVfG, FALCON compreendeu que a celebração de um contrato de direito público e a adoção de um ato administrativo que afetassem a esfera jurídica de terceiros teriam inevitavelmente um regime jurídico distinto; por outro, a preferência por um desfecho unilateral encontra explicação na compreensão de que uma solução contratual poderia representar uma diminuição da garantia de cumprimento dos compromissos assumidos pelo particular

<sup>1820</sup> *Le Convenzioni Pubblicistiche: Ammissibilità e Caratteri*, cit., pp. 259-262.

<sup>1821</sup> *Le Convenzioni Pubblicistiche: Ammissibilità e Caratteri*, cit., p. 259. Apesar de não ter vingado no direito administrativo geral, a tese de FALCON teve repercussão no direito fiscal formal, designadamente na configuração jurídica do instituto do *atto di accertamento con adesione del contribuente*. Sobre este aspeto, cfr. MARCO VERSIGLIONI, “L’accertamento con adesione”, cit., pp. 104-114.

interessado, deixando a autoridade administrativa desarmada para reagir face ao incumprimento das condições e obrigações assumidas.

#### 48.1.2. Promessa administrativa

Segundo MAURER<sup>1822</sup> e WOLFF/BACHOF/STOBER<sup>1823</sup>, a figura jurídica da *promessa administrativa* pode surgir materialmente enquadrada num contrato administrativo, através do qual se antecipa o poder discricionário da prática de um ato administrativo. No direito administrativo, a *promessa (Zusage)* apresenta-se como um compromisso de carácter obrigatório assumido pela autoridade competente para adotar ou não adotar uma determinada medida administrativa. Da categoria genérica de *promessa* faz parte a *promessa respeitante à emissão ou não emissão de um ato administrativo*, designada no direito alemão *garantia (Zusicherung)*, e que se encontra disciplinada no §38 da Lei alemã do Procedimento Administrativo. O Tribunal Administrativo Federal alemão define a promessa como uma “auto-obrigação soberana com vontade vinculativa para uma posterior ação ou omissão” (“*hoheitliche Selbstverpflichtung mit Bindungswille zu einem späteren Tun oder Unterlassen*”), tendo como seu elemento determinante a *vontade vinculativa da Administração (Bindungswille)*<sup>1824</sup>.

Não é pacífica a questão da natureza jurídica da *promessa*, dividindo-se a doutrina entre aqueles que destacam o carácter criador de uma obrigação e regulador da promessa e aqueles que negam conter a mesma uma regulação, mas apenas uma *previsão (Aussicht)*. De qualquer modo, a Lei alemã do Procedimento Administrativo prescreve, no seu §38, a aplicação, por analogia, de várias normas relativas ao ato administrativo à *promessa de praticar um ato administrativo (Zusicherung)*, dispondo, ainda, ser a *promessa feita sob reserva de manutenção da situação material e jurídica pressuposta*<sup>1825</sup>.

Apesar de não estar consagrada como figura geral no CPA, também, entre nós, a promessa administrativa foi estudada pela doutrina, sendo entendida como uma forma de autovinculação administrativa unilateral. TABORDA DA GAMA qualifica a promessa de ato administrativo como “uma das formas de autovinculação da administração, uma

---

<sup>1822</sup> *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 380.

<sup>1823</sup> *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 188-198.

<sup>1824</sup> H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 225-227.

<sup>1825</sup> Cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 226-228.



autovinculação jurídica e não fática, unilateral, consentida, voluntária e com um destinatário concreto”<sup>1826</sup>.

## **48.2. Tese contratualista**

### **48.2.1. Contrato submetido a um regime jurídico misto de direito público e de direito privado**

Segundo esta tese, o contrato sobre o exercício de poderes públicos reveste a natureza de um verdadeiro contrato em sentido técnico-jurídico, ao qual se aplicam as *normas procedimentais que regem a formação do ato administrativo* e as *normas gerais de direito contratual privado no que respeita à execução e à extinção dos vínculos contratuais*. Neste quadro, todo o regime previsto na lei civil para o negócio jurídico bilateral revela-se suficiente e adequado para dar resposta às vicissitudes da relação jurídica contratual, pelo que não haveria necessidade de “importar” qualquer regime jurídico exorbitante para o plano da execução do contrato.

Esta tese pan-privatista, que conhece alguns adeptos na doutrina italiana (*supra*, 33.1.), é de algum modo inspirada na figura dualista proposta por M. S. GIANNINI de “*contrato ad oggetto pubblico*”<sup>1827</sup>. O ato administrativo gerava, num primeiro momento, a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, sendo que um contrato de direito privado disciplinaria, num segundo momento, os aspetos patrimoniais da relação jurídica. Mais recentemente, defende-se na doutrina italiana que os acordos procedimentais não podem deixar de se encontrar submetidos a um *regime jurídico especial*, desenhado conjuntamente pelo direito administrativo (preocupado com os valores específicos do direito público) e pelo direito privado (orientado para a regulação paritária das relações entre a administração e os particulares e para a preservação da lógica do *pactum*). Todavia, a *opção privatista* suscita, como vimos, muitas reservas entre a doutrina italiana, sendo reputada por desnecessária, equivocada e perigosa.

### **48.2.2. Posição adotada: contrato administrativo submetido a um regime jurídico misto de direito público**

Não devem, quanto a nós, ser aceites as correntes unilateralistas, que reconduzem o contrato sobre o exercício de poderes públicos à figura do *ato administrativo*. Quando a

---

<sup>1826</sup> *Promessas Administrativas*, cit., pp. 28-29. Cfr., também, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, cit., pp. 729-732.

<sup>1827</sup> *Diritto Amministrativo*, I, cit., pp. 737-755.

administração *aceita* uma *proposta* apresentada pelo particular e se firma um “acordo” entre ambas as partes, ela não pratica um ato de adesão a uma convenção<sup>1828</sup>. A manifestação da vontade (contratual) da administração não configura um ato administrativo. Pelo contrário, trata-se de um negócio jurídico em que se *fundem duas declarações de vontade* (condição de existência) e onde se intersectam dois poderes de diferente natureza, um *poder público*, da administração, e um *direito subjetivo*, do particular.

Também é de rejeitar a natureza jurídica de *promessa administrativa*. Na verdade, sob ponto de vista material, num contrato endoprocedimental de conteúdo obrigacional, a administração, antecipando o exercício do poder discricionário, estabelece uma promessa da prática de um ato administrativo, *se e na medida* em que se verifiquem certos pressupostos. Desta forma, o exercício pactuado de poderes administrativos pode incluir *promessas unilaterais*, isto é, promessas de atos administrativos que dão origem a uma pretensão do interessado ao ato prometido. Sucede, porém, que, se a ideia de promessa revela algum potencial explicativo da natureza da *declaração negocial* da administração, ao ponto de o contrato endoprocedimental poder ser designado de “*contrato administrativo com efeito promissório*”<sup>1829</sup>, *formalmente* não existe qualquer promessa, mas antes a celebração de um autêntico contrato<sup>1830</sup>. Como ensina H. MAURER, através do contrato endoprocedimental, a administração obriga-se *bilateralmente* e, por intermédio da promessa, a administração vincula-se *unilateralmente*<sup>1831</sup>. Logo, a autovinculação administrativa bilateral segue o regime jurídico contratual<sup>1832</sup>.

Chegados aqui, podemos afirmar que o contrato sobre o exercício de poderes públicos é, efetivamente, um *contrato administrativo* em sentido técnico-jurídico. No direito português, essa afirmação é plena de sentido, já que a lei admite abertamente a figura do *contrato sobre o exercício de poderes públicos* e regula-a na parte substantiva do *Código*

---

<sup>1828</sup> Para mais desenvolvimentos à crítica da tese de Falcon, cfr. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., pp. 44 e 118.

<sup>1829</sup> Assim, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., p. 43.

<sup>1830</sup> Note-se que a promessa, enquanto fonte de obrigações, não é desconhecida do direito privado, encontrando-se a *promessa pública* regulada no artigo 459.º do Código Civil, embora também aí não se confunda com o negócio jurídico bilateral.

<sup>1831</sup> *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 380.

<sup>1832</sup> Entre nós, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 397-398, capta, com elevado rigor analítico, no quadro das *fontes voluntárias internas autovinculativas*, a diferença entre a “autovinculação administrativa unilateral” (confere ao órgão administrativo um exclusivo de intervenção decisória, o qual reserva para si a produção da fonte da vinculação, podendo manifestar-se através da *promessa unilateral*) e a “autovinculação administrativa bilateral” (envolve sempre o partilhar pela administração da produção da fonte vinculativa com outra ou mais vontades, surgindo como o resultado de um acordo entre dois ou mais sujeitos, podendo manifestar-se através de *acordos endoprocedimentais* ou de *acordos substitutivos do procedimento administrativo*).

*dos Contratos Públicos*. Contudo, esse contrato não deve ser artificialmente qualificado, na senda de GIANINNI, como *contrato ad oggetto pubblico*, já que não se trata de um contrato de direito privado que disciplina aspetos patrimoniais de uma relação jurídica gerada por ato administrativo<sup>1833</sup>.

Em conformidade com tudo aquilo que temos vindo a escrever, o contrato sobre o exercício de poderes públicos configura um verdadeiro *contrato administrativo*. A determinação da administratividade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos é algo que não levanta, entre nós, especiais dúvidas. A sua *administratividade* é, na realidade, inegável. Maior problema é o de saber como se concretiza a *medida* dessa específica administratividade no quadro de um *sistema misto* de contratação administrativa. Uma visão de conjunto do ordenamento administrativo português fornece um dado relevante: dentro da categoria do contrato administrativo, existem dois regimes jurídicos que concretizam a aplicação de cada uma das aplicações daquela figura, o *contrato administrativo de colaboração* e o *contrato administrativo celebrado no exercício de poderes públicos*. Ainda que subsistam pontos comuns nesses regimes – a Parte III do CCP estabelece o regime substantivo aplicável aos contratos que, nos termos do Código, revestem a natureza de *contratos administrativos* –, já advertimos para o facto de a disciplina jurídica do contrato administrativo plasmada na Parte III do Código ter sido pensada ou desenhada para o modelo do *contrato administrativo de colaboração ou de matriz francesa*. Assumindo-se o contrato administrativo como fonte da relação jurídica administrativa – que, nessa medida, será disciplinada, em primeira linha, pelas cláusulas e demais elementos integrantes do contrato (artigo 279.º do CCP) –, o regime jurídico estabelecido na Parte III é um *regime substantivo de direito administrativo*, que, na sua essência, se caracteriza por conferir à entidade pública uma posição de *supremacia jurídica* sobre o seu contratante: aquela entidade fica pois investida de determinados *poderes públicos de autoridade*, que *desigualizam* as posições em que as partes estão colocadas. Por essa razão, uma das questões principais que teremos que resolver prende-se com o problema de saber se o regime previsto na Parte III do CCP é, na sua globalidade, estruturalmente adequado para regular a execução e as vicissitudes das relações jurídicas emergentes dos contratos sobre o exercício da autoridade administrativa.

Por conseguinte, os contratos sobre o exercício de poderes públicos estão abrangidos por um *regime específico* (Capítulo IX do Título I da Parte III), que consta dos artigos 336.º (negociabilidade dos termos de vigência) e 337.º do CCP (causas específicas

---

<sup>1833</sup> Para uma crítica da qualificação do contrato como *contrato ad oggetto pubblico*, cfr. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 256-263.

de caducidade), e por outras normas do Título I da Parte III especificamente dedicadas a estes contratos [artigos 5.º, n.º 6, *b*), quanto ao procedimento de formação, 285.º, n.º 1, sobre o regime da invalidade, 287.º, n.º 1, quanto à eficácia do contrato, e 313.º, n.º 3, sobre os limites ao poder de modificação], bem como pelo *regime comum* aplicável a todos os contratos administrativos (normas do Título I da Parte III, *cuja aplicação se revele adequada*). Sobretudo em matéria de contratos substitutivos de atos administrativos (contratos com objeto passível de ato), esse regime do CCP não pode deixar de ser confrontado com as normas (imperativas) procedimentais e materiais que o CPA define para a prática de atos administrativos.

Neste ensejo, o regime específico dos contratos sobre o exercício de poderes públicos deve acautelar a realização de alguns valores fundamentais e a observância de certos limites. Por um lado, impõe-se a *proteção do interesse público* e a defesa da *legalidade formal e substancial*, afastando-se disposições contratuais contrárias ao ordenamento jurídico. Por outro lado, exige-se a *garantia das posições jurídicas subjetivas do particular cocontratante*, de forma a evitar que o contrato pudesse ser utilizado para contornar o regime garantístico associado à prática de atos administrativos, designadamente constringendo-o a aceitar encargos que, através de ato administrativo, não lhe podiam ser assacados. Recorde-se que o cocontratante está colocado numa situação jurídica de desigualdade pelo facto de a produção do efeito pretendido se encontrar dependente de uma decisão administrativa.

Expostas outras abordagens no que concerne à natureza jurídica do contrato sobre o exercício de poderes públicos, a partir daqui seguiremos, naturalmente, as indicações e os dados fornecidos pelo direito português, que claramente apontam para a aplicação do regime geral do contrato administrativo (ainda que com as necessárias adaptações) da Parte III do CCP. Importa ter presente que o sistema português é *dualista* (e não *monista*), pelo que, representando o contrato sobre poderes públicos um *contrato administrativo*, diversas normas do *regime geral dos contratos administrativos* ser-lhe-ão aplicadas, podendo outras ser afastadas em razão do facto de se tratar de um contrato (especial) celebrado no âmbito de poderes administrativos de autoridade. Ainda que, nas páginas que se seguem, assumamos a pretensão de construir um *regime jurídico unitário* da figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos, não se deve estranhar a aplicação de determinadas soluções diferenciadas a dois grupos de contratos: os *contratos endoprocedimentais* e os *contratos substitutivos de atos administrativos*. Em rigor, o contrato endoprocedimental possui carácter *obrigacional* (e não *decisório*), pelo que a decisão que define a situação jurídica do destinatário em termos finais é formalmente emitida através de ato administrativo. Logo, a

administração convoca para a disciplina da relação jurídica fundamental o regime jurídico aplicável ao ato administrativo, com a particularidade de se tratar de uma definição consensual do ato final do procedimento. Diversamente, quando a administração conclui o procedimento por via de contrato, estamos na presença de um contrato *decisório*, que tem a força jurídica de “habilitar” ou de “autorizar” diretamente o cocontratante no exercício de uma determinada atividade, sendo, além disso, suscetíveis de introduzir diretamente alterações na esfera jurídica de terceiros. A administração convoca, agora, para a disciplina da relação jurídica fundamental o regime do contrato administrativo, daqui resultando diversos traços específicos típicos do contrato com objeto passível de ato administrativo.

## SECÇÃO II – Procedimento de formação

### 49. Da aplicação do regime procedimental previsto no CPA para a emissão de atos administrativos

A celebração de um contrato sobre o exercício de poderes públicos é precedida de um conjunto de exigências procedimentais, às quais se associam importantes requisitos de validade e de eficácia. Para que o contrato fique *perfeito*, é necessário cumprir um conjunto de formalidades específicas que dizem respeito ao seu procedimento de formação. Nos termos da lei, à formação dos *contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos* é aplicável, com as necessárias adaptações, o *regime de formação de atos administrativos*, previsto no CPA. Como é sabido, duas disposições legais apontam claramente nesse sentido. Por um lado, o artigo 201.º, n.º 3, do CPA: “na ausência de lei própria, aplica-se à formação dos contratos administrativos o regime geral do procedimento administrativo estatuído pelo presente Código, com as necessárias adaptações”. Por outro, de acordo com a alínea *b*) do n.º 6 do artigo 5.º do CCP, à formação dos contratos referidos nos n.ºs 1, 2 e 4 são aplicáveis, quando estejam em causa *contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos*, as normas constantes do CPA com as necessárias adaptações. Quando estes contratos se encontrem excluídos do âmbito de aplicação da Parte II do CCP por força do disposto nos n.ºs 1, 2 ou 4, o legislador indica como disciplina de formação dos mesmos as *normas constantes do CPA com as necessárias adaptações*<sup>1834</sup>.

---

<sup>1834</sup> Também PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., p. 476, já defendia esse sentido interpretativo, de acordo com o qual a alínea *b*) do n.º 6 do artigo 5.º do CCP

Isto significa que, no que tange à respetiva formação, aos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos pode ser aplicado: (1) o *procedimento de formação de atos administrativos* previsto no CPA; (2) um *procedimento de seleção concorrencial* (com fase de adjudicação), na medida em que o contrato apresente um *interesse concorrencial*, previsto no CCP ou em lei especial. Esta interpretação encontra-se em sintonia com o preceituado no n.º 1 do artigo 201.º do CPA – “a formação dos contratos cujo objeto abranja prestações que estejam, ou sejam suscetíveis de estar, submetidas à concorrência de mercado, encontra-se sujeita ao regime estabelecido no Código dos Contratos Públicos ou em lei especial” – e no n.º 2 da mesma norma legal – “à formação dos contratos a que se refere o número anterior são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”.

Centraremos, para já, a nossa atenção no horizonte da primeira hipótese aventada, que se reconduz à situação típica<sup>1835</sup>, já que, por norma, o contrato sobre o exercício de poderes públicos não se apresenta como um *contrato público de interesse concorrencial*. Neste ensejo, o procedimento pré-contratual dos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos é, pura e simplesmente, o mesmo que deveria anteceder o ato que substituem ou a cuja emissão ou não emissão vinculam. Compreende-se a solução definida pelo legislador, cujo propósito consiste em *evitar fugas ao regime legal do ato administrativo* em virtude da celebração de um contrato substitutivo de ato administrativo, designadamente no que toca ao afastamento de formalidades essenciais estabelecidas em defesa do interesse público ou das posições jurídicas subjetivas de terceiros (por exemplo, pareceres obrigatórios ou a audiência de interessados<sup>1836</sup>).

Assim sendo, qual o sentido a conferir à remissão efetuada pelo artigo 201.º, n.º 3, do CPA (“na ausência de lei própria, aplica-se à formação dos contratos administrativos o regime geral do procedimento administrativo estatuído pelo presente Código, com as necessárias adaptações”)? Julgamos que a remissão efetuada pelo legislador abrange o *regime comum* e o *regime específico do procedimento do ato administrativo*. Neste ponto,

---

não tem o propósito de reduzir o âmbito objetivo de incidência da Parte II do CCP. Com efeito, do que se trata é, não de excluir da Parte II do CCP os contratos com objeto passível de ato e demais contratos sobre poderes públicos, mas apenas de indicar a disciplina de formação destes contratos, *quando* os mesmos se encontrem excluídos do âmbito de aplicação da Parte II *por força do disposto nos n.ºs 1, 2 ou 4*. Aquela disposição não se aplica ao *contrato com objeto passível de ato administrativo de procura pública com interesse concorrencial*.

<sup>1835</sup> Mais à frente analisaremos a segunda hipótese aventada, a qual se trata de uma necessária decorrência da abertura e da transparência de um procedimento que, por de algum modo suscitar o interesse concorrencial de uma pluralidade de interessados, se pretende sujeitar a um escrutínio da generalidade dos cidadãos.

<sup>1836</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., p. 115.

entendemos que a dita remissão para “o regime geral do procedimento administrativo” é, de facto, pouco rigorosa, já que o CPA consagra um *regime comum* aplicável ao procedimento de formação de atos e de regulamentos administrativos (artigos 53.º e segs.) e não um “regime geral”<sup>1837</sup>. Ademais, porque, se a aplicação desse regime comum poderia considerar-se suficiente para os contratos endoprocedimentais, no caso dos contratos com objeto passível de ato administrativo, não há dúvidas que aquela remissão deve ser lida como abrangendo, além do *regime comum*, o *regime específico do procedimento do ato administrativo* (artigo 102.º e segs.).

Ainda que seja concebível admitir, em determinadas condições, um contrato obrigacional prévio à tramitação do procedimento, tipicamente o contrato sobre o exercício de poderes públicos é celebrado *durante* o procedimento para a emissão de um ato administrativo (contrato procedimental), ocorrendo no quadro de um conjunto de pronúncias (atos jurídicos), que exprimem a *colaboração de diversos órgãos* e a *composição de diferentes interesses públicos e privados*. Neste sentido, a celebração de um contrato no procedimento administrativo não configura um ato isolado, já que as declarações de vontade que se fundem (*proposta e aceitação*) surgem integradas numa série ordenada de atos preparatórios, instrutórios ou decisórios, que suportam o acordo de vontades e, bem assim, por vezes, de outros atos complementares destinados a conferir eficácia jurídica ao contrato.

O procedimento de formação do contrato sobre o exercício de poderes públicos, ainda que excecionalmente integre uma subfase de adjudicação (seleção concorrencial), em termos globais, não segue a tramitação do procedimento de formação de contratos públicos *legalmente regulado* na Parte II do CCP, devendo as autoridades administrativas competentes para intervir na formação do contrato pautar-se pelo *regime comum* e pelo *regime específico do procedimento do ato administrativo* previsto no CPA. Mas note-se que a aplicação das disposições procedimentais do CPA é feita *com as necessárias adaptações*<sup>1838</sup>. Para além disso, nos contratos endoprocedimentais, a latitude conferida ao

---

<sup>1837</sup> Criticando também a ausência de rigor do legislador, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 483.

<sup>1838</sup> A aplicação das regras e dos princípios procedimentais gerais do CPA à formação da vontade administrativa de contratar não pode fazer-se por mera *remissão em bloco e automática*. O que é essencial aqui é aplicar certas regras e princípios fundamentais em matéria de procedimento que tenham cabimento à luz do caso concreto e sejam adequadas às exigências de formação do contrato. Já para a necessidade de se proceder a um exercício metodológico deste tipo advertiam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, cit., p. 830: aplicam-se ao procedimento contratual, por exemplo, as normas respeitantes à colegialidade, aos impedimentos, à competência, mas não se aplicam, sem mais e inadaptadamente, normas que aí vigoram, por exemplo, em matéria de direito de informação e de participação incondicionada de interessados.

*princípio da adequação procedimental* (artigo 56.º do CPA), representando um desvio ao princípio da legalidade procedimental, permite concluir pela abertura a uma *regra de discricionariedade da estruturação do procedimento* a exercer no desenvolvimento concreto do mesmo. Esta circunstância dificulta uma definição, com detalhe, de todos os momentos que constituem a tramitação do procedimento do contrato de vinculação à prática de um ato administrativo, visto que é admitida – com grande amplitude – a discricionariedade administrativa para a adequação procedimental. Ainda assim, como sucede com outros atos públicos, e designadamente com o ato administrativo, podemos afirmar que o *procedimento de formação do contrato sobre o exercício de poderes públicos desenvolve-se, em regra, ao longo de três fases*<sup>1839</sup>:

(i) *Fase preparatória* – Constitui uma fase que integra todos os atos jurídicos preparatórios ordenados à conclusão do contrato e que visam a sua consumação. Inclui-se aqui, em regra: a subfase da *iniciativa do procedimento*, que pode ser desencadeada pelo interessado (artigos 67.º e 68.º do CPA), formulando uma proposta por meio de um requerimento (sujeito às disposições dos artigos 102.º e segs. do CPA) ou por um órgão administrativo através de um ato público de iniciativa, devendo distinguir-se, nesses casos, a *iniciativa do procedimento pública (oficiosa)* da *iniciativa particular* (desencadeada por um pedido ou proposta); a subfase da *instrução*, em que se incluem as *conversações preliminares* (suscetíveis de originar obrigações específicas decorrentes do princípio da boa fé e cuja violação pode desencadear responsabilidade por *culpa in contrahendo* ou culpa na não formação do contrato), as *negociações*, a *individualização, comparação e valoração dos interesses* coenvolvidos na decisão administrativa que o procedimento serve, a *audiência dos interessados para defesa dos interesses dos particulares envolvidos ou terceiros visados* (artigos 121.º e segs. do CPA), e a *subfase de adjudicação*, no caso de contratos sobre o exercício de poderes públicos com interesse concorrencial (subfase regulada na Parte II do CCP ou em lei especial – artigo 201.º, n.º 1, do CPA);

(ii) *Fase principal ou conclusiva* – É nesta fase do procedimento que o contrato se conclui, tornando-se *perfeito*. Note-se que a perfeição ou a conclusão do contrato reclama a sua celebração ou outorga através de uma *forma escrita* (*ex vi* artigo 57.º, n.º 1, do CPA no que tange ao contrato endoprocedimental, e artigo 150.º, n.º 1, do CPA, no que toca ao contrato substitutivo). A outorga por escrito do contrato configura um elemento essencial e constitutivo do contrato sobre o exercício de poderes públicos, pelo que as declarações de vontade terão, em princípio, de se fundir através de uma forma solene;

---

<sup>1839</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 78, referindo-se genericamente às fases típicas dos procedimentos de formação de contratos públicos.



(iii) *Fase integrativa de eficácia ou complementar* – Após a conclusão, o contrato nem sempre fica em condições de produzir, imediatamente, os seus efeitos e de ser objeto de execução: eis o que sucede, por exemplo, quando a lei faz depender a eficácia jurídica do contrato de eventos complementares ou integrativos (v.g., aprovação de um órgão administrativo, atos de aceitação ou consentimento de particulares). Estes atos integrativos de eficácia são aqueles que, não contribuindo para a definição do conteúdo do ato principal, nem operando no plano da validade, visam apenas remover os obstáculos à operatividade efetiva do contrato no que respeita aos efeitos típicos. Nos termos gerais, conforme o artigo 287.º, n.º 1, do CCP, a plena eficácia do contrato depende da emissão dos atos de aprovação, de visto, ou de outros atos integrativos da eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de ato administrativo que eventualmente substitua, no caso de se tratar de contrato com objeto passível de ato administrativo (cfr. os artigos 155.º e segs. do CPA sobre a eficácia dos atos administrativos).

Delineadas, em traços gerais, as normas jurídicas aplicáveis às *fases típicas* do procedimento de formação tendente à celebração de um contrato sobre o exercício de poderes públicos, importa agora indagar sobre os mais relevantes passos da respetiva tramitação, tendo como referentes os contratos endoprocedimentais e os contratos substitutivos. Especiais dificuldades surgem neste contexto, em resultado da existência de dois procedimentos administrativos distintos e com o seu campo próprio – de um lado, o *procedimento de formação do contrato endoprocedimental*, do outro, o *procedimento que visa a adoção do ato administrativo* – e entre os quais terá de haver uma *articulação* ou um *entrosamento*. Poder-se-á considerar, pois, que a conjugação entre os dois procedimentos tem como efeito a emergência de um *procedimento complexo*, porquanto a consecução do resultado final (adoção do ato com um certo conteúdo) pressupõe a confluência de um conjunto de atuações jurídico-administrativas, mais concretamente, um *contrato administrativo* e um *ato administrativo*.

Expendendo um esforço no sentido de sistematizar toda a teia de interferências geradas pelo procedimento de formação do contrato em articulação com o procedimento de emanção do ato administrativo, podemos deparar-nos com duas situações não apenas *cronologicamente* diferenciadas, como assaz distintas na sua *fisionomia* (tramitação temporal e substancial):

(a) o contrato substitutivo de ato administrativo surge como o “ato principal” de um conjunto ou de uma série de atos funcionalmente ligados, que se sucedem segundo uma certa ordem, com vista a produzir um certo resultado, um efeito único. Tratando-se de um

contrato *decisório com caráter substitutivo* (artigo 127.º do CPA), apresenta-se como o *ato jurídico principal, central e decisivo* de um procedimento que se iniciou e desenrolou em vista da prática de um ato administrativo (a sua *finalidade imediata* coincide com a *finalidade última* do procedimento). Quanto ao problema da intervenção de outras autoridades administrativas, resulta do que se disse que o órgão administrativo encontra-se obrigado a obter os *pareceres* ou *outros atos exigidos por lei* para a emissão de um determinado ato administrativo e que constituam condição de validade do mesmo. Note-se que o *ato principal ou típico* pode ser um *ato simples* (singular ou colegial) ou um *ato composto*, com diferentes pronúncias. Deste modo, a situação prevista em geral no artigo 127.º do CPA pode também ocorrer no procedimento administrativo tramitado no âmbito de *conferências procedimentais*. De facto, em matéria de acordos procedimentais que exprimem o exercício de um poder decisório, devemos ter em conta as disposições ao nível das *conferências procedimentais* (artigos 77.º e segs.). Nos termos do artigo 77.º, n.º 4, quando não exista incompatibilidade entre a forma contratual e a matéria a conformar, as conferências deliberativa e de coordenação podem terminar pela celebração de um *contrato* entre os órgãos participantes e o interessado, em substituição do ato ou dos atos cuja preparação se visava. Por outro lado, se a conferência se conclui com um ou vários atos administrativos [artigo 81.º, n.º 2, a)], esse(s) ato(s), que define unilateralmente a situação do respetivo destinatário, resulta de um *acordo* entre os órgãos da conferência procedimental (artigo 81.º, n.º 5);

(b) através do contrato endoprocedimental, a administração compromete-se a exercer o seu poder discricionário em certo sentido, *acordando termos do procedimento* ou *vinculando-se a praticar um ato administrativo em momento sucessivo* (artigo 57.º do CPA). Isto significa que o contrato endoprocedimental não representa o ato final do procedimento, sendo antes um *ato jurídico (preparatório) subordinado* à finalidade última do procedimento, que visa vincular o sentido da decisão final. Tendo em conta o *princípio da adequação procedimental* (artigo 56.º), aos contratos endoprocedimentais ser-lhes-á, desde logo, aplicada a regulação procedimental da fase do procedimento de emanação do ato administrativo em que ocorram: por exemplo, a fase da audiência dos interessados, constituindo um trâmite intermédio entre a fase preparatória e a fase constitutiva, que serve para a defesa dos interesses dos particulares envolvidos e para o bom andamento da função administrativa, pode constituir uma fonte de acordos endoprocedimentais alternativos ao projeto de conteúdo de decisão unilateral da administração apresentado, tendo como fim a

definição consensual do ato administrativo<sup>1840</sup>. A audiência dos interessados constituirá também um trâmite fundamental na decisão de emitir ou não o ato administrativo contratualmente devido.

Por outro lado, encontrando-se a decisão de contratar imbuída de caráter discricionário, as *vinculações formais-procedimentais* a que está sujeito o exercício unilateral do poder discricionário valem igualmente para aquela. Desde logo, sendo o interesse público identificado na norma legal através dos pressupostos e a competência através da fixação de um núcleo mínimo de efeitos jurídicos tipificados, o ente administrativo irá contratar quando esses elementos estiverem preenchidos no caso concreto, o que implica a realização de uma análise ou de um exame com todas as averiguações legalmente exigidas e outras que se mostrem oportunas. Resta saber se, quando administração opta pela celebração de um contrato substitutivo, está obrigada a *fundamentar* essa opção, na medida em que o contrato implica, de certo modo, um desvio à configuração normal dos esquemas de regulação de situações jurídicas<sup>1841</sup>. A lei não impõe a exigência particular de fundamentação expressa, bastando assim a simples indicação da norma legal que autoriza a escolha do contrato (*fundamento numa permissão legal expressa* – artigo 127.º). Hoje, deve entender-se que o 127.º do CPA representa uma habilitação normativa genérica para a celebração de contratos substitutivos de atos administrativos que põem termo ao procedimento, sendo dispensada a exigência de fundamentação específica quando a escolha (discricionária) recaia sobre a forma contratual.

## **50. Da aplicação das regras da contratação pública**

### **50.1. Pluralidade de interessados e fungibilidade do cocontratante**

Como vimos, a celebração dos contratos sobre o exercício de poderes públicos encontra-se por regra submetida à observância de requisitos de validade no plano formal-procedimental estabelecidos no CPA. Subjaz à aplicação desse regime a circunstância de o exercício contratualizado do poder público, por si só, não determinar a subordinação da disciplina da escolha do cocontratante às diretivas europeias em matéria de contratação

---

<sup>1840</sup> PAULO OTERO, *Relatório*, cit., p. 423; e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, cit., p. 453, o que pode implicar a audiência dos interessados não apenas prejudicados, mas também beneficiados pela decisão em preparação.

<sup>1841</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., p. 43, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, cit., p. 817, e FILIPA CALVÃO, “O Contrato”, cit., p. 354, defendiam, na versão anterior do CPA, essa exigência de fundamentação, com base no artigo 124.º, n.º 1, d).

pública, não estando predominantemente envolvidos neste tipo de contratação *valores europeus*, como a proteção das liberdades económicas no mercado comum, dos interesses do mercado ou a não discriminação entre operadores económicos.

Todavia, tomada em sentido amplo, a *legalidade formal* (conformação normativa do *procedimento* de formação) pode impor, em certos casos, o cumprimento de regras mais exigentes a que deve obedecer a adjudicação de contratos sobre o exercício de poderes públicos. Esses *padrões normativos* abrangem sobretudo o respeito pelos princípios constitucionais de procedimento que regem toda a atividade administrativa. Efetivamente, a vinculação das entidades públicas a *exigências e valores constitucionais* pode assumir especial importância nas hipóteses de regulação mais intensa do procedimento de formação destes contratos, por via da sua associação ao *princípio constitucional da igualdade* e aos direitos dos operadores económicos à *igualdade de acesso* aos contratos públicos e à *igualdade de tratamento* (artigos 266.º, n.º 2, da CRP e 6.º do CPA).

Deste modo, cumpre abordar a questão de saber se, por força da *regra* estabelecida no artigo 5.º, n.º 6, *b*), do CCP, estão *liminarmente* excluídos quaisquer procedimentos concorrenciais tendentes à escolha do cocontratante privado ou se, pelo contrário, é possível defender, em determinados contextos, a sujeição de *certos* contratos sobre o exercício de poderes públicos às *normas da contratação pública* constantes da Parte II do CCP.

É consabido que o CCP alargou significativamente, em homenagem ao *princípio da concorrência*, o âmbito dos contratos públicos cuja formação fica submetida aos procedimentos nele regulados, afastando-se de uma *opção minimalista* até então vigente em Portugal<sup>1842</sup>. Na sistematização do CCP importa salientar que, enquanto a Parte III se aplica apenas aos *contratos administrativos*, que aí encontram o seu regime substantivo, a Parte II aplica-se à *contratação pública*, dispondo apenas em matéria de formação dos contratos públicos. De acordo com um *critério subjetivo*, o regime procedimental aplica-se, em princípio, à formação de contratos celebrados por uma das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º do CCP, qualquer que seja a designação atribuída a tais contratos (artigo 1.º, n.º 2), e não excluídas pelo artigo 6.º. Segundo um *critério objetivo*, para determinar a que relações jurídicas pré-contratuais se aplica a Parte II do CCP, é fundamental analisar o artigo 5.º, n.º 1. À luz desta norma legal, “a Parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado,

---

<sup>1842</sup> O conceito de *concorrência* surge no CCP na formulação de um *princípio da contratação pública*: ao lado da *transparência* e da *igualdade*, o artigo 1.º, n.º 4, do Código acolhe a *concorrência* como um dos princípios especialmente aplicáveis à contratação pública.

designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação”<sup>1843</sup>.

Vimos já que aos contratos sobre o exercício de poderes públicos aplicar-se-á, por regra, o regime procedimental previsto para a emissão do ato administrativo e não o constante da Parte II do CCP [*ex vi* artigo 5.º, n.º 6, *b*), do CCP]. Não é difícil explicar essa *regra* estabelecida pelo legislador. Primeiro, numa aceção puramente nominalista, a categoria do contrato sobre o exercício de poder público não se encaixa diretamente nas noções acolhidas nas diretivas europeias de “«contratação pública»” (aquisição, mediante contrato público, de obras, fornecimentos ou serviços por uma ou mais autoridades adjudicantes a operadores económicos selecionados pelas mesmas, independentemente de as obras, os fornecimentos ou os serviços se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público – artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24/EU) e de “contratos públicos” (contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenham por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços – artigo 2.º, n.º 5, da Diretiva 2014/24/EU). Segundo, nos contratos sobre o exercício de poderes públicos, a administração não se posiciona como *cliente*, nem como *participante* no mercado, que tem em vista contratualizar com os particulares a obtenção de uma determinada prestação, consubstanciada na realização de *obras*, no *aprovisionamento público* e na *compra de bens e serviços*<sup>1844</sup>. Terceiro, nos contratos sobre o exercício de poderes públicos, nem sempre se pode levantar um problema de escolha do cocontratante, já que atendendo à posição relativa das partes, observa-se, em regra, a *infungibilidade* do cocontratante da administração: o cocontratante está, quase sempre, individualizado desde o princípio, figurando como destinatário do ato administrativo<sup>1845</sup>. Aliás, por princípio, o ato propulsivo do procedimento que conduz à outorga de um contrato sobre o exercício de poderes públicos não é sequer a *decisão ou a deliberação de contratar*, tomada na sequência de um ato de iniciativa pública, resultando antes de um *pedido* ou de uma *proposta* formulada pelo interessado, em regra, na fase decisória ou constitutiva do procedimento administrativo.

---

<sup>1843</sup> Sobre os *critérios inclusivos e subtrativos* de delimitação objetiva do âmbito do CCP, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, cit., pp. 124-131.

<sup>1844</sup> Sobre os fundamentos da *adjudicação concorrencial* nos *contratos de procura pública*, entre nós, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., pp. 429-478; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos – Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, Lisboa, 2013; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, cit., pp. 175-192; e CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, 2007, pp. 151-153.

<sup>1845</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 690-691.

Todavia, em determinados contextos, pode colocar-se a questão de saber se o *princípio da concorrência*, consagrado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, dispõe de força normativa própria para impor um procedimento de adjudicação concorrencial quando em causa estejam contratos públicos que, de certo modo, possam suscitar “interesse concorrencial”, ainda que não abrangidos pelo âmbito de incidência da Parte II do Código (artigo 5.º do CCP). Importa reter que os *princípios da transparência, da igualdade e da concorrência* (artigo 1.º, n.º 4, do CCP) concretizam *princípios constitucionais* aplicáveis na ação administrativa. Assim, em face da existência possível, potencial ou eventual de uma *pluralidade de interessados*, por força da vinculação aos *princípios constitucionais da igualdade de tratamento e da igualdade de oportunidades* entre operadores económicos, entendemos que a lógica concorrencial pode orientar o sentido da intervenção de uma entidade do setor público, com o objetivo a levar a adjudicar um contrato sobre o exercício do poder público mediante um *procedimento aberto*, que ofereça garantias de *acesso* em condições de igualdade a uma pluralidade de interessados e assegure uma participação de vários proponentes, de modo a encontrar-se a melhor proposta para o interesse público. O que levanta, desde logo, dificuldades de conciliação entre as exigências procedimentais consagradas no CPA (regime legal especificamente previsto para a emissão do ato administrativo que o contrato vem substituir ou cuja emissão fica acordada) e as regras da Parte II do CCP ou de lei especial – *subfase de adjudicação*.

Consequentemente, a exigência de organizar, de forma aberta, um procedimento de “disputa” ou de “competição” entre os potenciais interessados ou concorrentes pode suceder nos seguintes casos típicos<sup>1846</sup>:

---

<sup>1846</sup> Note-se que a fórmula legislativa “contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado” torna claro que a lei atribui à *concorrência* um papel importante na delimitação do âmbito objetivo da Parte II do CCP. A interpretação sistematicamente coerente de todas as indicações normativas que se podem extrair do CCP conduz à conclusão necessária de que a sujeição à sua Parte II só faz sentido em relação a *contratos públicos com interesse concorrencial* – PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., pp. 469 e 477-478, utiliza uma fórmula distinta, referindo-se a *contratos de procura pública* (com interesse concorrencial), defendendo que apenas são atingidos os contratos de procura pública, pelo que os contratos e atos administrativos que suscitem um interesse concorrencial, mas que não envolvam uma procura pública, ficam fora da aplicação da Parte II, sendo, em princípio, regulados por lei especial que fixará o *procedimento aberto ou concorrencial* adequado ao caso. Ora, na ausência dessa disciplina fixada em lei especial, por força da vinculação da administração ao *princípio da concorrência* enquanto concretização do *princípio constitucional da igualdade de oportunidades*, na outorga de *certos* contratos sobre o exercício de poderes públicos, pode a entidade adjudicante encontrar-se obrigada a tramitar um procedimento *aberto* que assegure a realização do princípio da concorrência ou ofereça todas as garantias de imparcialidade e de transparência, nomeadamente a publicidade adequada do início do procedimento, da sua condução e do seu encerramento. Defendendo que *a administração não pode deixar de tramitar um procedimento adjudicatório nos contratos de subordinação relativamente aos quais existe ou pode existir uma pluralidade de interessados em contratar num contexto concorrencial*, cfr. MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 350-355.

(1) Ao nível da regulação dos aspetos da formação, a *contratação urbanística* engloba contratos públicos que, por força da lei, se encontram submetidos a procedimentos de adjudicação concorrencial tipificados (v.g., concessão de urbanização, concessão de reabilitação urbana, empreitada de obras públicas, aquisição de serviços), representando um *encargo financeiro* para a entidade adjudicante, e contratos públicos (sem carácter oneroso para a entidade adjudicante) que proporcionam *benefícios económicos* a contratantes privados<sup>1847</sup>. No que aos contratos sobre o exercício de poderes públicos tange, o critério do *benefício económico* delimita o universo de contratos urbanísticos sob a incidência das regras da contratação pública. Quando o interesse em alcançar este benefício económico é partilhado por vários interessados, pode falar-se, *hoc sensu*, de *interesse concorrencial*<sup>1848</sup>.

No contexto geral dos contratos sobre o exercício do poder regulamentar, os *contratos para planeamento* (artigos 47.º da LBPSOTU e 79.º a 81.º do RJGT) estão, em princípio, subtraídos às normas da contratação pública constantes dos artigos 16.º e segs. do CCP. O novo RJGT eliminou o artigo 6.º-B que constava do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro (na versão do Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de setembro)<sup>1849</sup> e expressamente qualificou os contratos para planeamento como “*contratos sobre o exercício de poderes públicos, com efeitos obrigacionais entre as partes*” (artigo 80.º, n.º 1, do RJGT). Julgamos que a intenção do legislador foi a de tornar mais claro ou evidenciar que os contratos para planeamento não cumprem os condicionalismos determinantes da respetiva submissão às normas da contratação pública naqueles casos em que o interessado é proprietário ou titular de direitos reais sobre os bens imóveis situados na área espacial de intervenção a que o plano respeita (*infungibilidade do cocontratante*). Em razão da

---

<sup>1847</sup> Sobre este problema, cfr. o nosso “A Contratação Urbanística em Portugal à luz do Código dos Contratos Públicos e do Direito da União Europeia”, cit., pp. 27-41.

<sup>1848</sup> Acompanhamos PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., p. 461, quando refere que, na delimitação dos contratos submetidos à Parte II do CCP, a lei segue uma orientação que se revela indiferente ao facto de os mesmos envolverem, ou não, encargos para a entidade adjudicante e reclamarem desta uma contraprestação: por isso, prescinde-se do requisito da *onerosidade*. Há múltiplas situações em que subsiste um *interesse* em celebrar um contrato público, precisamente porque este produz um benefício económico, apesar de não envolver a mobilização de *recursos financeiros públicos*. Neste sentido, o artigo 17.º, n.º 2, do CCP permite enquadrar hipóteses de contratos não onerosos, mas que produzem um benefício económico para o contraente privado, traduzido em “vantagens que decorram diretamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem”.

<sup>1849</sup> De acordo com essa disposição legal, “o regulamento do plano diretor municipal ou do plano de urbanização pode fazer depender de procedimento concursal e da celebração de contrato a elaboração de plano de urbanização ou de plano de pormenor para a respetiva execução”; nestes regulamentos “devem ser estabelecidas as regras gerais relativas ao procedimento concursal e às condições de qualificação, avaliação e seleção das propostas, bem como ao conteúdo do contrato e às formas de resolução dos litígios”. Em tais regulamentos deveriam, assim, ser estabelecidas as *linhas fundamentais* ou os *traços gerais* relativos ao procedimento concursal, bem como o conteúdo do contrato e as formas de resolução dos litígios.

*vinculação situacional* dos terrenos a que o plano se reportará, tais contratos para planeamento enquadram-se na contratação excluída pelo artigo 5.º do CCP. Estamos aqui perante uma hipótese, relativamente à qual a entidade adjudicante só pode contratualizar com o proprietário dos terrenos situados em certa zona de intervenção urbanística do futuro plano (é *sobre aqueles terrenos* que incide a regulação jurídica consensualizada, pelo que somente o proprietário reúne condições para celebrar o contrato) e, por isso, não faz qualquer sentido iniciar um procedimento (de tipo concursal, paradigmaticamente) de abertura a uma concorrência que inexistente no caso concreto<sup>1850</sup>.

Situação distinta ocorre naqueles casos em que se verifica um *potencial interesse* ou uma *legítima aspiração*, comum a vários operadores de mercado (*in casu*, promotores imobiliários interessados na realização de futuras operações urbanísticas situadas na área espacial de intervenção a que o plano respeita) em alcançar o benefício económico decorrente de um contrato para planeamento, *interesse* esse que, por força do *princípio constitucional da igualdade* (designadamente, da *igualdade de acesso* à contratação) pode constituir fundamento para o município tramitar um procedimento adjudicatório. O conteúdo de um contrato para planeamento não abrange apenas cláusulas relativas ao exercício de poderes públicos, indo muitas vezes além disso, já que pode envolver, para o cocontratante, as obrigações de apresentar um projeto de plano de urbanização ou de plano de pormenor, de assegurar os encargos financeiros e elaborar trabalhos, estudos e projetos (de natureza arquitetónica, geológica, paisagística) necessários à formação do plano e à sua aprovação (como é o caso do *Relatório Ambiental* enquadrado no procedimento de Avaliação Ambiental Estratégica) e, por vezes, proceder à execução do plano, sob coordenação do município (circunstância que pode incluir a realização de obras de urbanização, a renúncia da administração a uma receita que poderia cobrar, a cedência de terrenos para o domínio privado do município e a realização de eventuais compensações)<sup>1851</sup>. Ora, os contratos para planeamento que versam sobre um *projeto global*

---

<sup>1850</sup> Como sublinha HUERGO LORA, *Los Convenios Urbanísticos*, cit., pp. 150-153, “nestes casos não teria sentido a abertura de um procedimento concursal [...], pois só o proprietário dos terrenos afetados pela modificação do plano pode ceder uma parte dos mesmos à administração [...] e, portanto, só com esse sujeito se produz a «coincidência de interesses» que faz com o que o contrato tenha sentido e seja celebrado”.

<sup>1851</sup> Sobre o *conteúdo obrigacional* do contrato para planeamento, cfr. o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 235-249; JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, cit., pp. 327-336; e F. PAULA OLIVEIRA, *Contratos para Planeamento – Da consagração legal de uma prática, às dúvidas práticas do enquadramento legal*, Coimbra, 2009, pp. 55-61. Neste aspeto não apenas existe unanimidade na doutrina, como a análise de diversas minutas de contratos para planeamento confirma que, de facto, é a entidade privada, a quem foi atribuída a elaboração de um plano, que suporta os encargos da execução da atividade (“custos do planeamento”). E, para além da *comparticipação privada no financiamento dos encargos com a elaboração do plano*, há, ainda, um conjunto de cláusulas relativas a operações de execução do plano que *potencialmente revestem interesse concorrencial*. Finalmente, existe um outro aspeto



de urbanização de uma área podem consubstanciar *contratos públicos de interesse concorrencial*<sup>1852</sup>. Um caso típico em que existem vários interessados na celebração de um contrato para planeamento com vista à elaboração de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor é aquele em que, através deste, se pretenda definir a *localização específica de empreendimentos turísticos*<sup>1853</sup>. Mas pense-se, por exemplo, também num contrato para planeamento que incide sobre uma área em que é o próprio município o proprietário dos imóveis situados na área de intervenção do futuro plano (v.g., os terrenos da Feira Popular de Lisboa, sítos em Entrecampos). A aplicação das regras da contratação

---

para o qual JOÃO MIRANDA, ob. cit., p. 325, chama à atenção e que tem a ver com o facto de o contrato para planeamento constituir uma forma de a administração viabilizar empreendimentos de elevado impacto territorial, *influenciando o funcionamento do mercado de solos urbanos para habitação*. Neste sentido, o contrato pode servir para comprometer o promotor com certas obrigações quanto ao preço das habitações a comercializar futuramente, bem como quanto aos prazos de realização das mesmas. Do lado do promotor privado, este poderá programar antecipadamente as operações imobiliárias e urbanísticas (aquisição de terrenos, edificação, obras de urbanização, cedências, alienação de imóveis) a empreender.

<sup>1852</sup> Admitindo, também, a submissão de contratos para planeamento à concorrência de mercado quando se registre uma “pluralidade de interessados”, cfr. JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, cit., pp. 341-347; e ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., pp. 522-523, em nota. Em sentido diverso, F. PAULA OLIVEIRA, *Contratos para Planeamento*, cit., pp. 40-42. Razões de índole procedimental estiveram também na base do Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul de 10/11/2011 (Processo n.º 08113/11), relativo a uma providência cautelar formulada contra o Município de Loulé no âmbito de uma ação popular, pedindo os requerentes “a suspensão da deliberação da Câmara Municipal de 27-10-2010, que decidiu aprovar o Relatório de Participação Preventiva Inicial no âmbito do processo de elaboração do Plano de Urbanização Caliços-Estevar e que aprovou a Minuta de Contrato para Planeamento a celebrar com o Grupo IKEA”.

<sup>1853</sup> Recorde-se que foi a convicção de que esta é uma matéria claramente submetida a uma *lógica concorrencial* que levou o Plano Regional de Ordenamento do Território do Algarve (PROTAL) a criar um mecanismo de concurso público promovido pelas câmaras municipais, destinado à seleção de propostas com vista à criação de Núcleos de Desenvolvimento Turístico (NDT). Na linha expandida foi o *sistema de turismo* instituído pelo PROTAL, na sua versão revista, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 102/2007, de 3/08 (retificada pela Declaração de Retificação n.º 85-C/2007, de 2/10), alterada pela Resolução do Conselho de Ministros 188/2007, de 28/12. Um dos mecanismos de concretização dos designados investimentos estruturantes dizia respeito aos Núcleos de Desenvolvimento Turístico (NDT), isto é, áreas onde se podiam instalar empreendimentos turísticos fora dos perímetros urbanos, previstos no PROTAL. Concretamente, no caso específico dos NDT, devido ao facto de o PROTAL adotar o princípio geral de que as áreas destinadas à concretização destes investimentos estruturantes não possuem a sua localização previamente determinada em instrumento de gestão territorial, era esta concretizada mediante *concurso público* promovido pelo município. Portanto, segundo este regime, a decisão é tomada no âmbito de um concurso público, dependendo a concretização do NDT da prévia elaboração de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor para a respetiva área.

O NDT submetido a concurso compreende um determinado número de camas, que se contém na dotação da Unidade Territorial correspondente. O procedimento de concurso elaborado pelo município – promovido pela câmara municipal em conformidade com um caderno de encargos aprovado pela assembleia municipal – deve ter por referência os princípios gerais definidos no PROTAL, devidamente detalhados e densificados, de modo a integrar a estratégia local assumida pelo PDM. A proposta selecionada é objeto de um acordo base entre a câmara municipal e o promotor, com vista à elaboração de plano de pormenor ou de plano de urbanização para a implementação do NDT e posterior concretização do empreendimento. Quer isto dizer que o PROTAL definia *critérios de qualificação* a cumprir pelos projetos que serão apresentados a concurso e *critérios de avaliação* para a escolha das propostas, de natureza urbanística, económica, social e ambiental.

pública a esses contratos para planeamento colhe o seu fundamento na existência de uma *concorrência efetiva* ou *potencial* entre vários operadores económicos em alcançar o benefício económico (a aprovação do plano urbanístico com um determinado conteúdo), sendo, por isso, necessário assegurar que o interesse público urbanístico é satisfeito de acordo com a proposta mais vantajosa (*rectius*, a melhor proposta de ocupação territorial) fornecida pelo mercado<sup>1854</sup>.

(2) O objeto de um contrato sobre o exercício de poderes públicos pode consistir na atribuição de uma *subvenção pública* ao cocontratante (artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de agosto). Não existe no direito português uma regra geral de concessão de subvenções ou de auxílios financeiros de qualquer ordem através de procedimentos de seleção concorrencial. O mencionado Decreto-Lei n.º 167/2008, sobre o regime jurídico aplicável à concessão de subvenções públicas, não determina uma tal exigência, embora estabeleça que a concessão de subvenções públicas está sujeita aos princípios gerais da atividade administrativa, bem como a exigências de publicidade. Além disso, o artigo 5.º, n.º 4, c), do CCP exclui da aplicação da Parte II os “contratos cujo objeto principal consista na atribuição [...] de subsídios ou de subvenções de qualquer natureza”.

Naturalmente, tal disposição está sobretudo pensada para a atribuição de subvenções ou auxílios públicos na generalidade das hipóteses em que os beneficiários preenchem, ou não, os requisitos fixados na lei para a sua atribuição (v.g., considerações *intuitu personae*, interesse público na atribuição) e em que o acesso e a ponderação de interesses são feitos em abstrato pelo legislador (v.g., concessão de uma bolsa de investigação, de apoios sociais, de auxílios a empresas). A atribuição da subvenção depende, nos termos da lei, de requerimento particular e o *contrato de subvenção ou subsidiação* (endoprocedimental/substitutivo) é celebrado com o destinatário ou interessado

---

<sup>1854</sup> Poder-se-ia chegar a um resultado idêntico através da aplicação do direito europeu da contratação e da doutrina que emana de diversos arestos do TJ. Sucede, porém, que, como já defendemos noutra lugar, toda essa jurisprudência incide sobretudo sobre os *contratos de execução de planos urbanísticos* e não sobre os *contratos para planeamento* – sobre essa jurisprudência, cfr. o nosso *Contratos Urbanísticos*, cit., pp. 190-194, e “A Contratação Urbanística em Portugal à luz do Código dos Contratos Públicos e do Direito da União Europeia”, cit., pp. 27-41; e LICÍNIO LOPES, *O Contrato de Empreitada*, cit., pp. 63-98. A própria *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos* (2006/C 179/02, de 01.08.2006) não se refere diretamente aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, exigindo, contudo, para os contratos não abrangidos pelas diretivas, a adoção de *métodos abertos e concorrenciais de adjudicação*, com a finalidade de atrair um leque alargado de potenciais concorrentes e de obter propostas economicamente mais vantajosas.

no ato<sup>1855</sup>. Todavia, em muitas outras situações, este modelo pode revelar-se desapropriado, quando se verifique uma *escassez* de recursos financeiros públicos e não seja possível garantir a suficiência desses recursos para todos os interessados que cumpram os requisitos definidos em abstrato na lei. A decisão administrativa de alocação de um recurso escasso a um contratante privado exclui a atribuição do mesmo benefício a qualquer outro que, do mesmo modo, poderia ter a pretensão, igualmente legítima ou atendível, de alcançar o referido benefício<sup>1856</sup>. No fundo, a decisão de adjudicação gera uma *vantagem económica* para o operador selecionado, vantagem que se apresenta *única e irrepetível*.

Neste sentido, o respeito pelo princípio da concorrência reclama, aqui, que a atribuição das subvenções nas hipóteses enunciadas seja feita mediante *procedimentos de seleção abertos e com igualdade de oportunidades* para os candidatos<sup>1857</sup>. A dúvida que poderá persistir reside em saber *se* a entidade pública que atribui subvenções num contexto concorrencial com pluralidade de interessados se encontra obrigada a seguir a aplicação da Parte II do CCP<sup>1858</sup> ou, em alternativa, a adotar um procedimento fora desse contexto, mas que assegure a efetiva realização do princípio da concorrência<sup>1859</sup>.

---

<sup>1855</sup> No entendimento de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, cit., p. 156, a restrição da alínea c) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP respeita à atribuição de subsídios ou de subvenções “que poderíamos definir genericamente como correspondendo à realização gratuita de prestações pecuniárias com cláusula de afetação obrigatória aos fins estabelecidos por lei ou pela entidade que os atribui”.

<sup>1856</sup> No quadro da “administração de escassez”, estas hipóteses estão próximas do que PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., pp. 200-224, designa como “alocação pública de recursos escassos” (limitação do número de autorizações ou de títulos disponíveis a atribuir, que está na origem de uma *situação concorrencial autêntica* e determina a adoção de um procedimento de seleção público e aberto no qual possam concorrer, em condições de igualdade, todos os eventuais interessados), embora ressalvando que os atos administrativos de alocação de recursos escassos não estão diretamente submetidos à Parte II do CCP, por aplicação do artigo 1.º, n.º 3, do CCP. Porém, convém sublinhar que é inquestionável que a alocação de recursos escassos se encontra umbilicalmente ligada aos problemas da concorrência e da contratação pública. Sintomático dessa ligação é o regime estabelecido pelo artigo 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho: “quando a escassez de recursos naturais ou das capacidades técnicas disponíveis o justifiquem, a lei pode limitar o número de permissões administrativas a conceder para uma atividade de serviços, através de um procedimento de seleção entre os potenciais candidatos, nos termos do Código dos Contratos Públicos”.

<sup>1857</sup> São essas razões que levaram o legislador a estabelecer nos artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 55/2012, de 6 de setembro (“princípios de ação do Estado no quadro do fomento, desenvolvimento e proteção da arte do cinema e das atividades cinematográficas e audiovisuais”), um procedimento concorrencial de atribuição de subvenções e de apoios financeiros públicos. Cenário idêntico regista-se no Decreto-Lei n.º 196/2008, de 6 de outubro, em matéria de apoio à criação, à produção e à difusão das artes (“apoios concedidos pelo Ministério da Cultura, através da Direção-Geral das Artes”), prevendo-se mesmo no artigo 14.º a celebração de um contrato para a formalização do apoio financeiro.

<sup>1858</sup> Neste sentido, MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 352-355.

<sup>1859</sup> Nesta linha, PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., p. 478, em nota.

(3) Certos contratos sobre o exercício de poderes públicos podem apresentar uma acentuada *heterogeneidade*, neles se vislumbrando uma *coligação* ou *junção* de cláusulas e prestações contratuais com uma natureza marcadamente diversa, *inter alia*, relativas à emissão de um regulamento com um determinado conteúdo (prestação típica de um *Normsetzungsvertrag*) ou à prática de um ato administrativo com um determinado conteúdo (o deferimento da licença de construção), em conjugação com a realização de empreitadas de obras públicas em sentido funcional (a realização de obras de urbanização ou a construção de equipamentos e de infraestruturas), à prestação de serviços *tout court* (a coordenação técnica e a gestão integrada de operações de reabilitação ou a contratação de equipas multidisciplinares para a elaboração de planos urbanísticos) – realidade especialmente visível na área da contratação pública, onde avultam *contratos mistos*, *contratos complexos e complexos contratuais*, *contratos-programa*, *contratos de parceria*, *programas de ação territorial*, etc., integrados ou entrelaçados em procedimentos administrativos complexos e multipolares.

A questão da submissão deste tipo de contratação a procedimentos de seleção concorrencial colocou-se, primeiramente, na Alemanha. Uma vez que a tramitação procedimental aplicável ao contrato sobre o exercício de poderes públicos é a que se encontra prevista para o ato administrativo na *VwVfG* (§9 da *VwVfG*), e não a tramitação da seleção concorrencial aplicável à formação de contratos de compras públicas (*öffentliche Aufträge*), logo se colocou a questão de saber se, ao incluir, um componente (v.g., empreitada de obras públicas, aquisição de serviços) tipicamente submetido por lei às regras da contratação pública, o contrato sobre o exercício de poderes públicos deveria, também, ele ficar submetido às regras de seleção concorrencial. A resposta generalizada é em sentido afirmativo: trata-se de evitar o risco da “fuga para o regime do ato administrativo” ou da “fuga para o direito público” (*keine Flucht ins öffentliche Recht*)<sup>1860</sup>.

Nestas hipóteses, pode também entrar em jogo a *noção europeia de contrato público* ou o *conceito funcional de contrato público*, para efeitos de subordinação à concorrência de mercado, independentemente da concreta designação ou qualificação de um contrato no âmbito do direito nacional. Se a utilização da forma do “contrato sobre o exercício de poderes públicos” visar encobrir ou ocultar a existência de um vasto conjunto de prestações contratuais, que, isoladamente, estariam, *ipso iure*, submetidas à Parte II do

---

<sup>1860</sup> Cfr. S.-U. PIEPER, “Keine Flucht ins öffentliche Recht - Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentlich-rechtlichen Vertrag”, *DVBl*, 2000, pp. 161-165; ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., p. 331, em nota; e, entre nós, sufragando tal doutrina, PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., p. 474; e JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, “A bipartição do direito alemão da contratação de compras públicas”, cit., pp. 69-70.

CCP, a ideia de unidade do sistema jurídico é convocada para evitar a *fuga a vinculações concorrenciais* e a criação de *situações de emulação* com fins de causar prejuízos a terceiros. Tais prestações ou cláusulas contratuais, de *per se*, poderiam ser objeto de uma relação jurídica contratual autónoma e, por conseguinte, neste grupo de contratos, cuja fase da formação não foi precedida de procedimento adjudicatório, as prestações que lhe estão associadas devem ficar sujeitas às regras da contratação pública (*piercing the veil*)<sup>1861</sup>.

## 50.2. Os atos administrativos substitutivos de contratos administrativos

O tema dos atos administrativos praticados em substituição da celebração de contratos públicos<sup>1862</sup> demonstra que não existe, na ótica do legislador português, qualquer óbice ou entrave de natureza jurídica suscetível de impedir a conjugação entre o *exercício do poder público de autoridade* e a *lógica da concorrência* (procedimentos adjudicatórios de seleção concorrencial). Efetivamente, o n.º 3 do artigo 1.º do CCP dispõe que a Parte II do Código aplica-se também a atos administrativos praticados “em substituição da celebração de contratos públicos”<sup>1863</sup>. A fórmula utilizada pelo legislador neste preceito pode suscitar algumas dúvidas, sendo passível de duas leituras: o ato administrativo está sujeito à Parte II do CCP apenas *se e quando* o contrato público que o mesmo substitui estivesse, também ele, sujeito ao Código; ou o ato administrativo está sujeito à Parte II do CCP, quando atribua vantagens ou benefícios que ficam dependentes da realização de contrapartidas pelos seus destinatários, num esquema similar ao contratual.

A segunda leitura constituiria uma “interpretação arrojada” do disposto no n.º 3 do artigo 1.º do CCP, já que permitira colocar sob o regime procedimental da Parte II do Código uma série de atos administrativos de enorme projeção económica e dimensão concorrencial (v.g., licenças de utilização de frequências rádioelétricas, de exploração de redes de telefones móveis, de cartórios notariais, de alvarás de farmácia, atribuição de isenções e benefícios fiscais), o que daria ao preceito uma alcance prático relevantíssimo,

---

<sup>1861</sup> Sobre essa doutrina, cfr. o nosso “A Contratação Urbanística em Portugal à luz do Código dos Contratos Públicos e do Direito da União Europeia”, cit., pp. 27-41.

<sup>1862</sup> Sobre o tema, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., pp. 46-47; PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., pp. 472-476; MARK KIRKBY, “Atos administrativos sujeitos a procedimentos adjudicatórios de contratação pública – o artigo 1.º, n.º 3, do CCP”, *RCP*, n.º 4, 2012, CEDIPRE, pp. 103-111; LICÍNIO LOPES, *O Contrato de Empreitada*, cit., pp. 98-101; e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, cit., pp. 121-122.

<sup>1863</sup> “A parte II do presente Código é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos destinados à atribuição unilateral, pelas entidades adjudicantes referidas no artigo seguinte, de quaisquer vantagens ou benefícios, através de ato administrativo ou equiparado, em substituição da celebração de um contrato público”.

por esta via ampliando o âmbito objetivo de incidência da Parte II do CCP em setores económicos vitais da atividade administrativa. Sucede, porém, que essa interpretação não tem qualquer apoio na letra da lei, podendo distorcer a sistemática e a lógica do CCP enquanto lei fundamental da contratação pública. As autorizações ou licenças administrativas e, em geral, os atos administrativos de alocação de recursos escassos não são praticados em substituição de um contrato público cujo procedimento de formação fosse abrangido diretamente pela Parte II do CCP.

Quanto a nós, este regime, concretizando o princípio da intercambialidade entre contrato e ato, está tipicamente pensado para as situações em que a entidade adjudicante goza de *autonomia* para, em substituição da celebração de um contrato, praticar um ato administrativo produtor de vantagens ou benefícios. O legislador restringiu a aplicação do preceito àqueles casos em que é a própria lei a dispor que um determinado efeito ou resultado, podendo ser alcançado através de um contrato público, também o pode ser, alternativamente, através de um ato administrativo produtor de vantagens para o particular. Por conseguinte, o ato administrativo há de estar sujeito à Parte II do CCP apenas *se e quando* o contrato público que o mesmo substitui estivesse, também ele, sujeito ao Código<sup>1864</sup>. Logo, a Parte II do CCP não se apresenta exigível se, atento o respetivo conteúdo, o ato administrativo não *substituir* um contrato público sujeito à Parte II do Código. A menção legal à garantia de uma concorrência efetiva visa evitar que a entidade adjudicante siga a via de *aproveitamento da forma de ato administrativo* para *fugir aos procedimentos da contratação pública*.

Ora, *prima facie*, revelam-se escassas as hipóteses em que o legislador, privilegiando a via contratual, admite especificamente a sua *substituição* por um ato administrativo. Todavia, poderemos deparar com diversas aplicações práticas abrangidas pelo teor do n.º 3 do artigo 1.º do CCP. Por exemplo, se a administração, através de cláusulas modais (artigo 149.º do CPA), impuser ao destinatário do ato administrativo (*v.g.*, uma autorização-licença) a obrigação de realizar determinadas obras (arruamentos, espaços verdes, equipamentos, infraestruturas, etc.) em terrenos da entidade pública, deverá submetê-las à concorrência. O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, se, mediante ato administrativo, a administração conceder uma bolsa com a contrapartida de o bolseiro prestar determinados serviços técnicos à entidade pública.

---

<sup>1864</sup> É esta também a leitura de PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., pp. 472-473: “submetem-se aos procedimentos da Parte II do CCP os atos administrativos (ou atos equiparados) que substituam *contratos de procura pública com interesse concorrencial*, no caso das entidades do artigo 2.º, n.º 1, ou *contratos do artigo 6.º, n.º 1*, no caso das entidades do artigo 2.º, n.º 2”.

## 51. Competência

Encontrando-se a decisão de contratar imbuída de caráter discricionário, as vinculações legais a que está sujeito o exercício unilateral do poder discricionário valem igualmente no âmbito da utilização do contrato sobre o exercício de poderes públicos. Desde logo, o órgão administrativo outorgante deve dispor de *competência* para determinar a produção de todos os efeitos jurídicos gerados pelo contrato. Não basta, portanto, ter *capacidade de direito público para empregar a forma contratual* (de acordo com o princípio da autonomia pública contratual), já que a determinação do conteúdo do contrato encontra-se associada à *competência material* para produzir efeitos de direito administrativo.

Ora, o que acabou de se dizer vale como *regra*: a *decisão ou competência para contratar*, isto é, a competência para celebrar o contrato, deve ser tomada pelo órgão material e territorialmente competente. Assim, pelo menos no que toca aos contratos substitutivos de atos administrativos, *a competência para celebrar o contrato pertence ao órgão titular da competência material*. Quer isto significar que, coincidindo a capacidade para celebrar *contratos substitutivos* com o âmbito da capacidade para praticar atos administrativos, a capacidade para empregar a forma contratual é aqui inerente à competência material para produzir um efeito jurídico mediante o exercício de um poder unilateral<sup>1865</sup>. Já no que concerne aos *contratos obrigacionais*, a doutrina admite alguns desvios àquela regra, desde logo sempre que a lei autoriza um determinado órgão administrativo a manifestar um compromisso da pessoa coletiva em que se integra.

Assim, especiais dificuldades se colocam no contexto de determinados contratos obrigacionais, em que se produz uma *assimetria* entre o órgão com competência para a emissão do ato administrativo e o órgão com competência para contratar ou para celebrar o contrato. Há, deste modo, que considerar várias hipóteses em que, em princípio, não se gera um vício de incompetência: (i) se o contrato obrigacional for celebrado por um órgão hierarquicamente inferior, pode o mesmo requerer a respetiva ratificação ao órgão hierarquicamente superior com competência para a prática do ato administrativo correspondente (v.g., quando a organização interorgânica ou gestonária dos serviços o permita); (ii) se o contrato obrigacional celebrado por determinado órgão administrativo carecer da *aprovação* de um outro órgão da administração (mecanismos de controlo intra-

---

<sup>1865</sup> No mesmo sentido, cfr. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 355-356, advogando que “é competente para celebrar o contrato o órgão que detinha o poder para praticar o ato administrativo substituído pelo contrato”. Deste modo, esta regra funciona tendencialmente em procedimentos singulares, mas também em procedimentos complexos: quando forem várias as entidades com competência para a prática do ato administrativo final, devem as mesmas figurar como partes no contrato.

procedimentais da administração pública), o mesmo permanece válido, mas ineficaz até à aprovação do respetivo órgão (artigo 287.º, n.º 1, do CCP); (iii) se a lei atribuir competência para celebrar um contrato obrigacional a um órgão distinto daquele que é o órgão competente para a prática do ato administrativo ou para a aprovação do regulamento administrativo, não se produz qualquer vício de incompetência quando: o órgão que celebrou o contrato integra a mesma pessoa coletiva pública que o órgão com competência para a prática do ato ou para a aprovação do regulamento e aquele órgão se encontra autorizado por lei para a respetiva celebração (solução, recentemente, consagrada no artigo 79.º, n.º 2, do RJGIT, no que ao contrato para planeamento tange); ou quando a celebração do contrato se refere unicamente à sua formalização e o órgão com competência material para a prática do ato ou para a aprovação do regulamento participou coconstitutivamente no procedimento de formação do contrato (v.g., aprovando as linhas fundamentais do conteúdo do contrato a celebrar). Nestas hipóteses, excepcionalmente, julgamos que se pode admitir que um órgão sem competência decisória na matéria determine previamente – por meio de contrato obrigacional – em que termos vai ser exercida a competência de outro órgão que integra a mesma pessoa coletiva pública<sup>1866</sup>.

No ordenamento jurídico italiano, note-se que, a partir de 2005, o artigo 11.º, 4-bis, da *Legge sul Procedimento Amministrativo* consagrou uma solução flexibilizadora, com o objetivo de superar eventuais assimetrias entre a *competência para decidir* e a *competência para contratar*. Assim, aquele preceito normativo veio permitir que a celebração de acordos procedimentais seja precedida de uma determinação do órgão titular da competência para a emissão do ato, com isso admitindo que órgãos sem competência legal para produzir certos efeitos jurídicos por decisão unilateral o possam fazer com autorização do órgão competente (*supra*, 33.1.). Contudo, o acordo endoprocedimental já não poderá comportar a assunção de obrigações por parte da administração face às quais carece de competência para cumprir por si ou só por si.

## 52. Tutela procedimental de terceiros e atos integrativos de eficácia

Neste ponto importará tratar algumas questões relacionadas, por um lado, com a aplicação da exigência de participação dos interessados e do consentimento de terceiros potencialmente afetados com a celebração do contrato e, por outro, com a intervenção

---

<sup>1866</sup> Nesta linha, cfr. a exposição de HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 358-360.



prevista na lei de outras entidades administrativas, que sujeita a eficácia jurídica do contrato à verificação de eventos complementares ou integrativos.

Mesmo conservando o seu caráter parcial e produzindo efeitos jurídicos apenas para as partes, o contrato sobre o exercício de poderes públicos pode envolver uma lesão de direitos ou interesses de terceiros. No capítulo das exigências procedimentais, há que atender, de forma particular, ao cenário em que clausulado do contrato *visa produzir ou implica a produção de efeitos desfavoráveis para terceiros*. O problema tem especial interesse, convocando uma plêiade de questões fundamentais que importa resolver, relacionadas com o *círculo de titulares com legitimidade procedimental* para intervir no procedimento relativo à formação dos contratos em apreço, a *forma de manifestação do consentimento* e os *mecanismos de tutela e de reação contenciosa* dos terceiros relativamente ao exercício do poder administrativo, independentemente do modo por que este é exercido<sup>1867</sup>.

---

<sup>1867</sup> No ordenamento jurídico alemão, o §58.1 da VwVfG dispõe que a eficácia de um contrato administrativo que afete direitos de terceiros fica dependente do consentimento destes: “*um contrato de direito administrativo que prejudique os direitos de um terceiro somente produz efeitos se esse sujeito der a sua aprovação por escrito*”. Ora, sabendo que, potencialmente, podem ser terceiros todos os administrados cujos direitos subjetivos ou interesses legítimos tenham uma conexão com a situação jurídica que a administração pretende regular através do contrato, coloca-se a questão de saber qual o *círculo* de proteção de terceiros que possam ser afetados por contratos administrativos. São terceiros os portadores de *interesses difusos* afetados pela regulação contratual? Podem os terceiros invocar um qualquer *interesse* direto ou indiretamente ligado à situação jurídica regulada pelo contrato?

Como referem WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 221, a intervenção do terceiro justifica-se quando “a sua posição jurídica se deteriorou em razão da celebração do contrato (*status quo minus*)”. O preceito não é geralmente interpretado com um sentido largo ou amplo, isto é, de o contrato dever merecer a concordância de todos aqueles que são titulares de direitos subjetivos ou interesses que de alguma forma estejam ligados à situação regulada pelo contrato. Sustenta-se, antes, que o contrato celebrado entre as partes *não pode dar origem a obrigações* para terceiros sem o consentimento destes. Trata-se de um problema de *lesão de direitos e de geração de obrigações para terceiros* (e não de uma pronúncia de quaisquer terceiros com legitimidade para intervir no procedimento sobre o mérito do contrato). Na ausência de tal consentimento, o contrato não produz eficácia externa. Para WALTER KREBS, ob. cit., pp. 66-67, a “*proteção de terceiros* reconhecida no §58.1 [...] corresponde ao princípio civil de proibição de celebração de contratos em prejuízo de terceiros” – segundo a máxima latina *res inter alios acta*. A ilegitimidade das estipulações contratuais em prejuízo de terceiros é manifesta quando, por força do contrato, se dá a lesão de direitos ou a imposição de obrigações a terceiros. Para o Autor, a “*inclusão jurídico-material de terceiros no contrato tem que ter «efeitos contratuais prévios» traduzidos na proteção procedimental de terceiros*. E daqui pode concluir-se que as normas procedimentais sobre a obrigatoriedade de audiência de um terceiro (§13.2, inciso 2) devem ser conjugadas com o §58.1. Sempre que as obrigações contratuais da administração prevejam o consentimento de terceiros naquelas regulações que lhes possam ser prejudiciais, devem estes ser parte nos trâmites prévios à celebração do contrato”. Na ausência desse consentimento, pode o terceiro recorrer à tutela jurisdicional (meramente declarativa) e invocar a ineficácia do contrato.

Por outro lado, coloca-se a questão de saber se o contrato deve ser aprovado por todo aquele sujeito que esteja legitimado para impugnar um ato com conteúdo idêntico. Este problema prende-se com a questão de saber se, para além dos *contratos substitutivos*, o §58.1 se aplica também aos *contratos obrigacionais*. Uma parte significativa da doutrina responde em sentido afirmativo (cfr., por todos, BONK, STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, cit., p. 1313; HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 388; e H. MEYER, Meyer/Borgs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 534-536), considerando que os

Neste âmbito, dispõe o n.º 3 do artigo 287.º do CCP: “o contrato que constitui situações subjectivas passivas para terceiros ou do qual resultem efeitos modificativos, impeditivos ou extintivos de direitos de terceiros só se torna eficaz nessa parte mediante consentimento dos titulares dos direitos ou obrigações visados”. O preceito visa regular o problema da lesão de direitos e interesses de terceiros, aplicando-se à celebração de contratos com cláusulas que *se destinam a produzir* ou que *implicam a produção de efeitos desfavoráveis para terceiros*<sup>1868</sup>. Cumpre aqui notar que o cumprimento desta exigência não é condição de validade, mas antes de *eficácia do contrato*. A falta de consentimento do terceiro não implica a ineficácia jurídica global do contrato, mas a ineficácia do mesmo na *parte relativa* aos efeitos para esse terceiro. Contudo, dependendo do circunstancialismo jurídico que rodeia o caso concreto, o facto de a eficácia do contrato ficar dependente numa determinada parte do *consentimento ou autorização* do titular dos direitos ou obrigações visados pode, no limite, inquinar ou retirar qualquer efeito útil ao contrato celebrado.

O artigo 287.º, n.º 3, do CCP aplica-se, quanto a nós, apenas aos *contratos substitutivos de atos administrativos* e não aos *contratos obrigacionais*. Isto porque apenas os primeiros são suscetíveis de introduzir diretamente alterações na esfera jurídica de terceiros, ao passo que os segundos são meramente obrigacionais e o efeito lesivo, na

---

contratos obrigacionais representam a *base* para uma posterior alteração da situação jurídica do terceiro, já que constituem um *fundamento determinante* para a emissão do ato. Contudo, há quem considere que a grande vantagem em celebrar um contrato obrigacional face a um contrato substitutivo reside justamente em evitar a aplicação do §58.1 (a regra da ineficácia), já que, uma vez praticado o ato administrativo e esgotado o prazo legal de impugnação judicial, o beneficiário do ato não veria a sua situação jurídica alterada ou afetada pela aplicação do disposto no §58.1 – assim, cfr. WOLFGANG BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Subventionsverhältnisse*, cit., pp. 75-76. Segundo esta perspetiva, uma vez esgotado o prazo legal de impugnação, o ato administrativo adquiriria força jurídica (*Bestandskraft*) e apenas deixaria de produzir efeitos se contra ele fosse aduzida qualquer causa de nulidade.

Cumpre, ainda, notar que a *ratio legis* do §58.1 vai além da proteção de terceiros, tutelando também a posição jurídica do contraente público, já que permite evitar que este assumia obrigações que não poderia cumprir (isto é, cujo cumprimento não fosse possível) e ficasse obrigado ao pagamento de eventuais indemnizações. Quanto ao modo de operacionalização da disciplina jurídica estatuída no §58, BONK, STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, cit., pp. 1312-1313, perspetiva os atos de adesão ou aceitação de efeitos jurídicos por terceiro (e, bem assim, os atos de controlo preventivo praticados por autoridades administrativas) como *eventos integrativos de eficácia*, referindo que, na fase de pendência da aprovação do terceiro ou da autorização de um órgão administrativo (§58.2 da VwVfG), o contrato vincula as partes, mas não produz efeitos jurídicos em relação a terceiros na parte em que constitui situações subjectivas para terceiros ou do qual resultem efeitos modificativos, impeditivos ou extintivos de direitos de terceiros. Tanto a aprovação do terceiro, como a autorização de um órgão administrativo podem ser posteriores à conclusão do contrato (*fase integrativa de eficácia*), mas, em todo o caso, produzem efeitos *ex tunc*, quando emitidas. Se a aprovação ou a autorização forem negadas por escrito, o contrato tornar-se-á definitivamente ineficaz.

<sup>1868</sup> Nestes termos, sobre o conceito de terceiro, ínsito no artigo 287.º, n.º 3, do CCP, cfr., também, MARK KIRKBY, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., p. 360; e FILIPA CALVÃO, “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, cit., p. 363.

verdade, só surgirá com o ato administrativo<sup>1869</sup>. No limite, poderá dizer-se que os contratos obrigacionais vinculam a administração à prática de um ato administrativo com um certo conteúdo, pelo que, produzindo a decisão efeitos desfavoráveis para terceiros, poderá a administração ter em consideração esse aspeto fundamental na decisão final de emitir ou não o ato. Dizendo de outro modo, se os direitos e interesses de terceiros são sempre considerados e salvaguardados em sede de audiência dos interessados – podendo a tutela dos mesmos conduzir a uma decisão desfavorável ao requerente –, o facto de o cocontratante obter, durante o procedimento, a *autorização ou o consentimento* de terceiro(s) potencialmente afetado(s) – ainda que tal não configure uma exigência legal – poderá revelar-se um elemento primordial para a produção de uma decisão (final) administrativa favorável<sup>1870</sup>.

Questão problemática prende-se com a *forma* através da qual se manifesta o referido consentimento, podendo tratar-se de um *consentimento expresse* – realizado por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade – ou de um *consentimento tacitamente formulado* – quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, o revelam. O facto de o contrato sobre o exercício de poderes públicos revestir, *em regra*, a *forma escrita* aponta para a extensão dessa forma à manifestação de vontade do terceiro, devendo, por conseguinte, tal consentimento ser manifestado, por norma, de forma escrita. O carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que o consentimento se deduz (*ex vi* artigo 217.º, n.º 2, do Código Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 280.º, n.º 3, do CCP) ou porque se atribui relevância jurídica a declarações, atos jurídicos ou comportamentos concludentes.

Por outro lado, como vimos, a lei não impõe o consentimento de todos os titulares de direitos subjetivos com legitimidade procedimental para intervir no procedimento relativo à formação dos contratos em apreço. Todavia, por exemplo, em procedimentos relativos a matérias que envolvam direitos reais sobre imóveis, a organização de audiências orais pode conferir maior eficácia, previsibilidade e celeridade à ação administrativa e, ao

---

<sup>1869</sup> Em sentido idêntico, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., p. 44; L. VILHENA DE FREITAS, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, cit., p. 375; FILIPA CALVÃO, “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, cit., pp. 361-363; e, no direito italiano, CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 414. Em sentido contrário, cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos - Parte Geral*, Lisboa, 2014, p. 216, exigindo o consentimento de terceiros nos termos do artigo 287.º, n.º 3, do CCP, como requisito de eficácia dos contratos obrigacionais.

<sup>1870</sup> Acompanhamos aqui a argumentação de HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 388.

mesmo tempo, permitir vincular outros interessados e contrainteressados a um acordo endoprocedimental (nesse sentido aponta o n.º 2 do artigo 57.º do CPA).

Finalmente, no que tange à *intervenção de outras autoridades administrativas*, o artigo 287.º, n.º 1, do CCP estabelece que a plena eficácia do contrato depende da emissão dos atos de aprovação, de visto, ou de outros atos integrativos da eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de ato administrativo que eventualmente substitua, no caso de se tratar de contrato com objeto passível de ato administrativo. Assim, quando a lei faz depender a eficácia jurídica de *eventos complementares ou integrativos*, o contraente público está obrigado a obter os atos de aprovação, de visto, ou outros atos integrativos exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de ato administrativo que eventualmente substitua<sup>1871</sup>. Ainda no que diz respeito à *problemática da eficácia*, note-se que, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 287.º, “as partes podem atribuir eficácia retroativa ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos: a) não seja proibida por lei; b) não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e c) não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à de formação do contrato”. Pode dizer-se que o regime do CCP se revela mais permissivo em favor da retroatividade, quando comparado com o regime da eficácia retroativa do ato administrativo (cfr. os condicionalismos impostos pelo artigo 156.º do CPA).

### 53. Celebração e formalização do contrato

O CPA regula diretamente no artigo 57.º, n.º 1, a *forma do contrato endoprocedimental*. É exigida a *forma escrita*, o que significa que a fusão ou o encontro das duas declarações de vontade não se apresenta suficiente para se considerar concluído ou *perfeito* o contrato. Torna-se necessária a respetiva celebração ou *outorga por escrito*, o que significa que só com a formalização por escrito passa a existir contrato. No que concerne aos contratos substitutivos, em conformidade com as considerações que temos vindo a tecer, é defensável a aplicação analógica do artigo 150.º, n.º 1, do CPA. Se não tiver sido tomada expressamente, o momento em que a administração comunica ou convoca o interessado para outorgar o contrato traz implícita a *decisão administrativa de contratar*.

A exigência da forma escrita cumpre uma dupla função: por um lado, é essa a forma que melhor tutela os interesses das partes contratuais, protegendo-as de conclusões precipitadas quanto ao sentido, âmbito e extensão dos vínculos correspondentes (função de

---

<sup>1871</sup> No direito alemão, cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 389.

advertência ou *Warnfunktion*); por outro, é essa a forma que reproduz mais fielmente o conteúdo e o fim do contrato (função de prova ou *Beweisfunktion*)<sup>1872</sup>, em conformidade com a vontade das partes, permitindo o afastamento da sua qualificação como atuação administrativa informal.

### Secção III – Conteúdo prestacional

#### 54. Condições de validade específica do conteúdo prestacional. Poderá o consentimento do particular representado no contrato alargar o conteúdo admissível no ato administrativo correspondente (*volenti non fit iniuria*)?

Quando se fala no conteúdo prestacional dos contratos sobre o exercício de poderes públicos tem-se essencialmente em vista o problema da definição dos “*termos*” em que se contrata, designadamente ao nível das prestações, das condições gerais e das garantias (*conteúdo discricionário*). Além do limite geral que proíbe a assunção de obrigações contratuais cujo cumprimento conduza qualquer uma das partes a um comportamento *contrário ao direito*, tendencialmente a doutrina nacional estabelecia como padrão de legalidade do conteúdo acordado no contrato sobre o exercício de poderes públicos as *regras (legais) relativas à sujeição da administração a cláusulas acessórias*. Sustentava-se que a administração não poderia exigir contraprestações ao particular através do contrato que não pudesse fixar unilateralmente a título de cláusula modal<sup>1873</sup>. A explicação residia no fundado receio de que a utilização do contrato servisse para obter do particular contrapartidas que não lhe poderiam ser exigidas no ato administrativo (pense-se na licença de loteamento), constringendo-o ou pressionando-o a aceitar, contratualmente, encargos que através do ato administrativo não lhe poderiam ser assacados<sup>1874</sup>. Neste sentido, defendia-se que o *contrato substitutivo de ato administrativo* estaria, quanto aos respetivos pressupostos, conteúdo e consistência, sujeito às mesmas limitações ou vinculações que impendiam sobre o ato. O consentimento do destinatário apenas jogava um papel relevante no *momento constitutivo*, isto é, como *elemento propulsor* da criação do instrumento contratual, sendo que, no plano obrigacional, a sua declaração de vontade apenas serviria como fundamento legitimador de um conteúdo prestacional que pudesse, de forma idêntica, ser incluído numa cláusula acessória ao ato administrativo.

---

<sup>1872</sup> Cfr. HEIKO FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 277; e HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 387-388.

<sup>1873</sup> Cfr. a síntese de PAULO OTERO, *Relatório*, cit., p. 425.

<sup>1874</sup> Assim, cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., p. 562.

Não obstante num primeiro momento de vigência da figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos ser necessário assegurar que não saíssem comprometidas ou diluídas as *exigências de proteção do particular* – que está colocado numa situação jurídica em que a realização dos seus interesses próprios depende de uma decisão da administração –, parece-nos que, atualmente, já não é defensável sufragar uma posição que vincule estritamente o conteúdo do contrato às condições de aposição de cláusulas acessórias, posição essa que poderia ter o efeito de esvaziar ou tornar o recurso ao contrato despiciendo e inútil, já que o ato administrativo também pode conhecer uma definição consensual. Importa, por isso, averiguar em que medida o *conteúdo contratual pode extravasar o conteúdo possível num ato administrativo correspondente* e, bem assim, se a liberdade de escolha da forma contrato administrativo pode ter implicações ao nível do próprio *conteúdo* da relação jurídica, *maxime* no plano obrigacional. A questão de saber em que termos o objeto dos contratos sobre o exercício de poderes públicos pode incidir sobre o *quid* do exercício do poder administrativo de decisão unilateral, designadamente influenciando sobre o conteúdo prestacional, reclama, assim, as seguintes considerações:

(1) À administração pública é reconhecido pelo legislador um poder próprio para desenhar certos aspetos do concreto *conteúdo* da relação jurídica, incluindo a definição do *an*, do *quando* da produção de efeitos jurídicos legais e, bem assim, quando for titular de um poder discricionário, a faculdade de estipular o *conteúdo administrativo extra-típico de um contrato*. Havendo *margem* de decisão, a discricionariedade diz respeito, nos casos mais frequentes, aos efeitos jurídicos, podendo incidir, desde logo, sobre o *se* ou o *quando* da produção de efeitos jurídicos predeterminados por lei. Aliás, admite-se que as partes estabeleçam, através do instrumento contratual, um *programa de intervenção* sobre a realidade subjacente à relação jurídica em causa (*v.g.*, entrega e modo de execução das prestações, estipulação de prazos, cumprimento e não cumprimento das obrigações, definição do regime indemnizatório)<sup>1875</sup>.

Ora, fora do contexto de decisões administrativas *devidas* ou *vinculadas quanto ao seu conteúdo*, a administração pode negociar a entrega de contraprestações pelo particular, desde que, como veremos, se verifiquem certos requisitos<sup>1876</sup>. Desde logo, a administração

---

<sup>1875</sup> Já quando não houver qualquer espaço para o exercício discricionário do poder administrativo, tem aqui inteiramente validade a regra que vincula o conteúdo do contrato aos limites materiais e ao conteúdo possível de um ato administrativo análogo (que vincula ou substitui). No direito alemão, essa regra encontra-se prevista no §56.2 da VwVfG: se o particular tiver direito à prestação pública (que lhe é *devida* ou *reconhecida* por lei), só poderá ser acordada uma contraprestação que possa corresponder ao conteúdo de uma cláusula acessória ao ato administrativo.

<sup>1876</sup> Assim, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., pp. 216-217, analisando os requisitos constantes do §56.1 da VwVfG, relativos ao conteúdo prestacional.

contratante pode acordar com o particular a entrega de contraprestações pré-definidas na norma de habilitação para cumprimento do *fim de interesse público específico* previsto<sup>1877</sup>. Mas a contraprestação do particular pode ser acordada noutros termos: quando seja a única forma de garantir o preenchimento do pressuposto fixado na norma de habilitação ou, ainda, quando possa garantir uma conformação positiva pela administração de determinada pretensão jurídica do particular, que, na ausência dessa prestação, conduziria ao indeferimento total ou parcial do pedido formulado pelo interessado. Por exemplo, quando o particular requer à administração uma licença que produz impactos urbanísticos e ambientais significativos ou constitui uma sobrecarga incomportável para as infraestruturas ou serviços gerais existentes, esta pode, à luz de uma apreciação discricionária, em vez de indeferir o pedido, determinar aquilo que o particular terá que realizar e prestar para ver concedida essa licença<sup>1878</sup>. Assim, o critério que orienta a intervenção da administração no desenho do conteúdo do contrato afigura-se, na maior parte das vezes, idêntico ao que orienta o exercício da discricionariedade quanto à prática de atos administrativos, mas não se esgota na aposição de cláusulas acessórias (artigo 149.º do CPA)<sup>1879</sup>.

(2) Sabemos já que da circunstância de a conformação do conteúdo do contrato envolver, do lado do contraente público, o exercício do poder discricionário não resulta que este beneficie de uma regra de atuação segundo uma exigência mínima de *compatibilidade*. Desde logo, porque o *interesse público* é identificado na norma legal que atribui o exercício do poder através dos pressupostos e a *competência* é identificada através da fixação de um núcleo mínimo de efeitos jurídicos tipificados. Logo, a administração só pode contratar se

---

<sup>1877</sup> Cfr. os artigos 24.º, n.º 2, b), e 5, e 25.º, n.ºs 1, 3, 4 e 6, do RJUE, onde a lei prevê que pode haver *deferimento do pedido*, desde que o requerente, na audiência prévia, *se comprometa a realizar os trabalhos necessários ou a assumir os encargos inerentes à sua execução, bem como os encargos de funcionamento das infraestruturas por um período mínimo de 10 anos*.

<sup>1878</sup> Refere, por isso, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 741, que as contraprestações são “exigíveis à luz de considerações de conveniência segundo as quais o ato não será oportuno sem elas”. Neste sentido, a contraprestação pode prender-se com uma *discricionariedade de decisão* ou com uma *discricionariedade de escolha* (ob. cit., p. 746).

<sup>1879</sup> Isto justifica-se porque a construção do *conteúdo principal* e do *conteúdo acessório* na teoria do ato administrativo segue de perto a teoria do negócio jurídico e, em particular, a construção clássica do direito privado que distinguia entre *essentialia, naturalia e accidentalia negotii*. No plano dos contratos, o conteúdo, entendido como substância do negócio, integra os *elementos essenciais* do negócio jurídico (as condições ou requisitos gerais para a validade do negócio) e as *cláusulas ou estipulações contratuais* (contidas nas respetivas declarações de vontade), que se referem ao conjunto de prestações e contraprestações acordadas pelas partes. Na teoria do ato administrativo, o conteúdo abrange as *determinações que decorrem da tipicidade do ato* e ainda todas as outras introduzidas por lei ou pela administração, desde que se projetem em momentos constitutivos do ato. Assim, o *conteúdo acessório* reconduz-se aos domínios da eficácia do ato, à introdução de encargos ligados à subsistência do conteúdo principal e à possibilidade de introduzir encargos ou futuramente revogar o ato – cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, cit., pp. 284-286; e C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2005, pp. 383-384.

estes elementos legalmente fixados estiverem preenchidos no caso concreto<sup>1880</sup>. Não se verificando esses pressupostos, o *consentimento* do particular não pode substituir a base legal relativa aos efeitos jurídicos a produzir na decisão administrativa, nem constituir fundamento para a entrega de prestações pelo particular contrárias à lei ou sem conexão material com o objeto do contrato (contraprestações destituídas de *causa*). Isto significa que o *consentimento* do particular (segundo a máxima *volenti non fit iniuria*) não pode substituir a base legal da decisão administrativa ou permitir a estipulação de efeitos que não decorram da estatuição normativa<sup>1881</sup>. Portanto, a relevância positiva atribuída ao princípio consensualista há-de ser outra.

(3) Uma vez que o contraente público deve inserir no contrato os efeitos jurídicos de direito administrativo concretamente previstos na lei, pode dizer-se que o clausulado do contrato está, por princípio, limitado ao conteúdo admissível no ato administrativo análogo<sup>1882</sup>. Por outras palavras, decorre do ordenamento jurídico-administrativo um princípio geral que vincula o conteúdo do contrato aos *limites materiais* de um ato administrativo análogo. Esse princípio geral representa um corolário do *princípio da primazia da lei*, já que contrato administrativo e ato administrativo constituem técnicas *alternativas* de execução do poder administrativo: a administração não pode alargar o domínio reservado pela lei à sua atuação, através de estipulações contratuais. Contudo, o facto do recurso ao contrato dever respeitar, por princípio, o conteúdo do ato que substitui ou vincula não significa que, em caso algum, não o possa superar. Neste ensejo, a questão mais delicada que aqui se levanta consiste em saber em que termos pode a administração *alargar* os efeitos jurídicos no conteúdo do contrato, relativamente ao que seria admissível no ato administrativo correspondente, com fundamento no princípio consensualista.

Na Alemanha, uma parte da doutrina *admite que o conteúdo contratual extravase o conteúdo possível num ato administrativo*. Como referem E. SCHMIDT-ASSMANN/WALTER KREBS, o normal será que as partes *preferam* a forma contratual para ampliar o conteúdo do

---

<sup>1880</sup> Lembrando SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 640-641, quer quanto ao *fim*, quer quanto aos *pressupostos*, como quanto aos *efeitos de direito*, o regime da legalidade do contrato com objeto passível de ato administrativo não poderá afastar-se do regime de legalidade do ato administrativo com o mesmo objeto e idêntica regulamentação da situação concreta.

<sup>1881</sup> Isto é doutrina assente desde o célebre estudo de MICHAEL SACHS, “Volenti non fit iniuria – Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht”, *VerwArch*, n.º 76, 1985, pp. 398-426, segunda a qual o *consentimento do particular não substitui a legalidade administrativa*, nem confere à administração o poder de determinar efeitos que não se possam reconduzir a uma norma legal de competência. Um outro aspeto em que não vale a regra *volenti non fit iniuria* diz respeito a cláusulas inseridas com base no consentimento, mas que sejam manifestamente desproporcionadas e lesivas dos direitos do particular. Nessa hipótese, a *Koppelungsverbot* prevalece sobre a regra *volenti non fit iniuria*.

<sup>1882</sup> Neste sentido, cfr. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 329.



ato unilateral, desse modo incluindo cláusulas relativas a prestações que seriam ilegais sem o consentimento do particular, desde que em conexão direta com o interesse público (geral) e não sejam reconduzidas à proibição de acoplamento (§56.1 da VwVfG)<sup>1883</sup>. Portanto, reconhece-se à declaração de vontade do particular uma força jurídica constitutiva que legitima a produção de determinados efeitos jurídicos e defende-se a possibilidade de, mediante acordo daquele, se afastarem normas legais previstas exclusivamente para tutela dos interesses privados e a cuja proteção o particular possa renunciar, desde que ainda se prossiga o interesse público<sup>1884</sup>.

Em Espanha, HUERGO LORA, preconizando um abrandamento das vinculações decorrentes do princípio da legalidade quando a conformação jurídica efetuada pela administração se desenvolva no quadro de instrumentos contratuais em que a vontade do particular intervém de forma coconstitutiva, defende que o contrato pode ir mais além do que seria admissível num ato unilateral. Segundo LORA, deve admitir-se que o conteúdo contratual extravase o conteúdo possível num ato administrativo quando, mediante acordo do particular, se afastem normas legais (dispositivas) previstas exclusivamente para tutela de interesses privados (ou em seu benefício) e a cuja proteção o cocontratante possa

---

<sup>1883</sup> *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, cit., p. 173. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., coloca, nas pp. 384-385, a questão de saber se, quando é utilizado o contrato administrativo, o consentimento do particular permite que a administração adote uma regulação jurídica que não seria possível através de ato administrativo. A essa interrogação, responde, nas pp. 389-391, com a provocante tese da *ampliação do conteúdo obrigacional com base no consentimento ou no acordo do particular*. Segundo MAURER, se a administração se encontra sujeita a todas as vinculações de direito público mesmo quando utiliza a forma contratual, já do lado do particular, quando este celebra um contrato, produzem-se alterações significativas, uma vez que este pode, *inter alia*: autorizar certas intervenções da administração na sua esfera jurídica; renunciar a posições jurídicas que detém (direitos disponíveis); e, ainda, vincular-se a entregar voluntariamente prestações legalmente não exigidas. O Autor enquadra essas hipóteses no conceito de “renúncia” e oferece variados exemplos em que a renúncia é também admissível por mera declaração unilateral do particular. No contexto contratual, haverá que indagar qual a *medida* da renúncia exercida pelo cocontratante: (1) assim, o particular pode renunciar a uma posição jurídica *disponível* que tenha sido desenhada no seu próprio benefício ou interesse (desde logo, patrimonial, como a renúncia a um crédito ou a vantagens patrimoniais); (2) e a renúncia do particular não pode infringir a proibição de acoplamento. Um exemplo sugestivo diz respeito à indemnização devida ao expropriado na fase da designada *expropriação amigável*. Diversamente do ato administrativo, a utilização do contrato permite que o expropriado renuncie à indemnização pecuniária e negocie com a entidade expropriante um outro tipo de compensação que ainda seja compatível com o fim de interesse público visado com a expropriação. A *renúncia* através de contrato, em geral, deverá ter como *limites* a *disponibilidade de direitos/interesses* e a *tutela das regras da concorrência*, não podendo configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência.

<sup>1884</sup> E. SCHMIDT-ASSMANN/WALTER KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, cit., pp. 173 e 177-181, configurando a *Koppelungsverbot* um princípio geral que estabelece um limite inultrapassável, proibindo a associação entre atos de poder e a exigência de sacrifícios económicos aos destinatários injustificados e desrazoáveis. Em sentido idêntico, cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 389-391; e WALTER KREBS, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., p. 69. Contra, v. J. BURMEISTER, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., pp. 218-219, que sustenta que o âmbito competencial do órgão administrativo não pode ser ampliado por virtude do contrato e com base no consentimento do particular.

renunciar. Além disso, o Autor sustenta, ainda, que o conteúdo do contrato possa estar ao serviço direto de interesses públicos gerais (distintos do interesse público específico da norma habilitadora), desde que em conexão com o objeto contratual – *causalidade* das prestações financeiras<sup>1885</sup>. Sem prejuízo de se observarem divergências na doutrina nacional sobre esta matéria<sup>1886</sup>, julgamos que esta tese é perfeitamente admissível à luz do direito português<sup>1887</sup>, podendo afirmar-se que, no contrato sobre o exercício de poderes públicos, a contraprestação a realizar pelo particular poderá servir um *fim de interesse público geral, diretamente relacionado ou compatível* com o fim visado pela norma que atribui o poder discricionário à administração, conquanto se observe a *conexão material com o objeto do contrato*. Esta posição visa justamente salvaguardar aqueles casos em que a ponderação de interesses feita pelo legislador é manifestamente insuficiente em face das circunstâncias concretas (motivando o preenchimento de uma *lacuna intra-legal* – v.g., ponderação de interesses privados e de interesses públicos urbanísticos, ambientais, energéticos na apreciação de um pedido de licenciamento) ou aquelas hipóteses em que, sem a contraprestação do particular, não ficaria sequer salvaguardada a consecução do fim de interesse público específico visado pela norma. Naturalmente, o conteúdo discricionário do contrato tem de conservar uma *conexão material direta com o conteúdo legal típico* e não pode dar origem à imposição de *contrapartidas desproporcionadas* (artigo 281.º do CCP).

---

<sup>1885</sup> *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 330-344. No mesmo sentido, cfr. F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., p. 195; L. PAREJO ALFONSO, “La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración”, cit., p. 164; e ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 286-293. Esta tese tem, sobretudo, validade no domínio da *contratação urbanística e ambiental* (onde o contrato pode preencher uma lacuna intra-legal) e no âmbito das *transações extra-judiciais que regulem aspetos patrimoniais de relações jurídicas já constituídas*.

<sup>1886</sup> Parece-nos adotar uma posição favorável nesta matéria, MARK KIRKBY, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 376-377; e ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, cit., p. 167; já, em sentido contrário, rejeitando que se possa alcançar com o contrato uma regulação que, se integrasse o conteúdo de um ato administrativo, se revelaria inadmissível, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 746; e FILIPA CALVÃO, “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, cit., pp. 356-357.

<sup>1887</sup> Entre nós, um exemplo sugestivo pode ser visto no tocante aos *contratos para planeamento*, regulados nos artigos 79.º a 81.º do RJIGT. Quase sempre o particular que apresenta ao município um projeto de plano de urbanização ou de plano de pormenor que incida sobre uma determinada área territorial assume todos os encargos financeiros inerentes à elaboração, alteração ou revisão do plano, designadamente elaborando trabalhos, estudos e projetos (de natureza arquitetónica, geológica, paisagística, etc.) necessários à formação do plano e estudos complementares ao plano necessários à sua aprovação, como é o caso do *Relatório Ambiental* enquadrado no procedimento de Avaliação Ambiental Estratégica. Além disso, na maior parte das vezes, as partes estipulam formas de execução do plano urbanístico, sob coordenação do município, o que, claramente, aponta para a execução de prestações pelo cocontratante para a realização de *fins de interesse geral* (v.g., realização de obras de urbanização) relacionados com a execução do plano urbanístico, as quais seriam impossíveis mediante imposição unilateral, sendo aqui o consentimento do particular imprescindível.

A isto acresce o facto de a administração, enquanto parte no contrato, se encontrar sujeita aos *limites jurídicos do poder administrativo discricionário*;

(4) O conteúdo contratual está não apenas ao serviço direto do interesse público que a administração deve prosseguir com a competência que está a exercer, como também em conexão direta com o fim do contrato (exigência de *congruência lógica*). Nos termos do artigo 281.º do CCP, “o contraente público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material direta com o fim do contrato”<sup>1888</sup>. A negociação e a entrega de *prestações* (quer sejam favoráveis ou desfavoráveis) encontram-se sujeitas ao princípio da proporcionalidade e da conexão material das prestações, limitações que se aplicam a ambos os contraentes (públicos e privados), sob pena de violação da lei<sup>1889</sup>. Por um lado, exige-se que a contraprestação tenha uma ligação direta ao fim do contrato, ou seja, que tenha com este uma relação de pertinência. Por outro, exige-se um juízo de *razoabilidade*, que aponta para uma equivalência objetiva entre o valor (económico) da prestação e a ponderação dos interesses em causa. Fora das hipóteses enunciadas, a administração pode vincular-se, através de contrato, a emitir um ato administrativo com um certo conteúdo, sem ser necessário o particular efetuar contraprestações para a realização de um fim público.

(5) A *sinalgmaticidade* não configura uma condição de validade específica dos contratos sobre o exercício de poderes públicos bilaterais, os quais podem ser “contratos obrigacionais” ou “contratos compositivos ou transacionais”. Aliás, a própria ideia de sinalgmaticidade do conteúdo prestacional é objeto de crítica pela doutrina. GIANDOMENICO FALCON recusa qualquer ideia de obrigações recíprocas pelas partes que estejam entre si unidas numa relação de *interdependência*: “a prestação do privado não constitui, nem poderia constituir, um *correspetivo* da prestação da administração, assim como, do outro lado, o exercício do poder administrativo não constitui em sentido técnico um *correspetivo* da prestação do privado”<sup>1890</sup>. Os deveres públicos de prestação resultantes dos contratos (endoprocimentais ou substitutivos) bilaterais não estão ligados aos deveres de prestar impostos ao interessado pela relação de *reciprocidade* própria do *sinagma*.

---

<sup>1888</sup> Disposição similar já se encontrava no artigo 179.º, n.º 2, na anterior versão do texto do CPA, tendo surgido em anexo ao diploma que o reviu (o Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de janeiro), embora fosse muito discutida na doutrina a vigência do mencionado preceito.

<sup>1889</sup> Digna de registo, a este respeito, é a posição de SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 496-497, em nota, para quem a violação da conexão material entre prestações que se traduza em fazer depender o exercício do poder discricionário de uma contraprestação patrimonial que não se justifique em face do fim para cuja satisfação aquele foi atribuído (registando-se, nessa medida, a *Koppelungsverbot*) gera um vício de “uso indevido da discricionariedade”, que configura ainda uma violação à vinculação ao fim de interesse público da norma autorizativa.

<sup>1890</sup> *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, cit., pp. 256-257.

Assim, a emanação da licença administrativa não pode ser vista como um “preço” a pagar pelo particular. Pelo contrário, a contraprestação que este realiza serve o interesse público situado no contexto de uma pretensão jurídica (v.g., projeto urbanístico) submetido à apreciação da administração, podendo figurar ou como uma forma de “compensação” pelo aproveitamento legítimo da pretensão do particular ou como forma de assegurar a verificação futura de pressupostos legais ainda não preenchidos no momento da prática do ato. Neste ensejo, entendemos que os contratos sobre o exercício de poderes públicos *bilaterais* devem ser qualificados como “*contratos bilaterais ou sinalagmáticos imperfeitos ou acidentalmente bilaterais*”, que geram obrigações para uma das partes, mas dos quais brotam acidentalmente ou reflexamente obrigações para a outra no desenvolvimento da relação contratual, sem que entre as obrigações de um e outro dos contraentes se estabeleça, todavia, o nexo psicológico-jurídico próprio do *sinalagma*<sup>1891</sup>. Não se deverá aplicar, deste modo, um dos traços fundamentais do regime dos contratos bilaterais, que constitui um corolário do *sinalagma funcional*, e que consiste na *exceção de não cumprimento (exceptio non adimpleti contratus)*, regulada nos artigos 297.º, b), e 327.º do CCP. Contudo, se o particular já tiver realizado a respetiva contraprestação, assiste-lhe o direito de *exigir a sua restituição* nos termos do *enriquecimento sem causa* (artigo 795.º, n.º 1, do Código Civil, aplicável por força do disposto no artigo 280.º, n.º 3, do CCP).

### **55. Condições de validade específica do conteúdo prestacional dos contratos involuntários (*unfreiwillige Vertrag*)**

Noutra sede, já tivemos oportunidade de referir que o regime jurídico do contrato sobre o exercício de poderes públicos, além de impor a *proteção do interesse público* e o respeito pelos limites de estipulação do conteúdo, é também informado pela necessidade de *tutela dos direitos subjetivos dos particulares* que, em determinados contratos, se podem encontrar numa posição fragilizada perante a administração. A alusão aos *contratos administrativos involuntários* remete para um tópico novo. Em causa está agora uma construção que percebe e apresenta a *ausência de liberdade efetiva do particular* como indicador suscetível de emergir em determinados “ambientes contratuais”. Se a administração mantém sempre a possibilidade de decidir por via unilateral, então o

---

<sup>1891</sup> Sobre este conceito na doutrina civilista, cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, cit., p. 398. Para mais desenvolvimentos sobre o conteúdo prestacional do contrato administrativo, cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 472-480; e ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 286-293.

interessado ficaria obrigado a celebrar o contrato segundo as condições ditadas pela administração. A doutrina alemã há já algum tempo que vem chamando a atenção para o problema da “ambiência contratual”, reportando-se a certos contratos substitutivos de atos administrativos como “contratos administrativos involuntários” (*unfreiwillige Verwaltungsverträge*), “impositivos” ou “ditados” (SCHILLING)<sup>1892</sup>. Nestes contratos, o conteúdo não é imposto legalmente, mas em termos “fáticos”, na medida em que as cláusulas contratuais já se encontram preestabelecidas pela administração, indiciando a clara ausência de negociação.

Verdadeiramente, nestes contratos ditos “involuntários”, o particular contratante não se encontra em condições de fazer qualquer escolha entre celebrar ou não celebrar o contrato, já que está colocado diante da necessidade de optar entre aceitar a oferta da administração e a renúncia à satisfação de um interesse seu que a ordem jurídica protege. Metaforicamente, VOLKER SCHLETTE descreve o cenário assinalado como se tratando de “contratos celebrados por debaixo da espada de Dâmocles”<sup>1893</sup>. No entanto, SCHLETTE defende que o argumento da falta de liberdade contratual constitui mais uma *reserva teórica* à admissibilidade do contrato no direito administrativo do que um óbice prático à sua celebração. Tratar-se-ia, ao fim e ao cabo, de reeditar a discussão teórica segundo a qual o contrato sobre o exercício de poderes públicos emerge num contexto em que o particular está colocado numa situação jurídica de desigualdade ou de subordinação, pelo facto de a produção do efeito que procura se encontrar dependente de uma *decisão da administração*. Nesse sentido, advoga que carece de fundamento a tese que sustenta que um contrato substitutivo de ato administrativo é celebrado mais ou menos involuntariamente em razão

---

<sup>1892</sup> Assim, cfr. THEODOR SCHILLING, “Der «unfreiwillige» Vertrag mit der öffentlichen Hand”, *VerwArch* 87 (1996), pp. 191-211; J. BURMEISTER, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., p. 222, fala de “compulsão na contratação” (“*kontrahierungszwang*”); ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, cit., p. 334, e “Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen”, cit., p. 777; e KATJA LEHR, *Staatliche Lenkung durch Handlungsformen*, cit., p. 223.

<sup>1893</sup> *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 44. Reza uma lenda da antiga Grécia que um cortesão, de nome Dâmocles, vivia bajulando um tirano, apelidado de Dionísio, o Velho. Passava o tempo a afirmar que Dionísio era um grande homem, poderoso e afortunado pelas suas riquezas. Sucede que, certo dia, esgotado de tantos elogios ouvir da parte do cortesão, Dionísio ofereceu-se para trocar de lugar e de papel com Dâmocles. Os olhos de Dâmocles brilharam e então este passou a ser servido, de forma requintada, com os melhores vinhos e as maiores iguarias pelas mais belas escravas. Todas as luxúrias lhe foram proporcionadas. Contudo, enquanto desfrutava de pompa e sumptuosidade, rapidamente Dâmocles se apercebe que sobre a sua cabeça estava pendurada uma *espada* apenas por um finíssimo fio (um fio da crina de um cavalo). Todo o prazer e regozijo foi engolido a seco. De um momento para outro, as raras iguarias, os néctares dos vinhos, o macio recosto e as exóticas flores perderam a sua utilidade e importância. Dâmocles pensou em sair rapidamente de baixo daquela espada afiada, cujo fio que a sustentava poderia rebentar, causando um ferimento fatal. O seu êxtase foi trocado pela insegurança e fragilidade. A expressão “a espada de Dâmocles” passou, assim, a significar a *contraface do poder*, traduzida numa posição de fragilidade e de perigo eminente como decorrência de se ter adquirido vantagens, privilégios ou benefícios individuais.

do perigo (eminente) de emanção de um ato desfavorável<sup>1894</sup>. Por um lado, porque mesmo existindo uma “ambiência negocial” típica de um contrato de adesão, o particular mantém a liberdade contratual, uma vez que sempre pode recusar a celebração do contrato. Por outro, recusando a celebração do contrato, o particular não fica “desprotegido” diante da administração, porque o ato administrativo encontra-se subordinado às vinculações garantísticas decorrentes do princípio da legalidade administrativa.

Logo, sob o ponto de vista formal, não existe aqui nenhum contrato involuntário, havendo antes um *acordo de vontades* que resulta da fusão das declarações do particular e da administração. A *liberdade jurídica de entrar em relação* continua, na verdade, a existir enquanto traço essencial da figura do contrato (*caráter voluntário do contrato administrativo*, cuja subscrição é concebida como um *ato livre*). O que o problema dos designados “contratos involuntários” afinal evidência concerne a contornos menos consensuais no domínio da *fixação ou da estipulação do conteúdo contratual*, impostos por um espaço de conformação relativamente apertado. Efetivamente, no plano da relação intersubjetiva das partes, é inegável que determinados contratos substitutivos de atos administrativos podem ser concluídos através da aceitação (*adesão*) do particular a *condições gerais ou cláusulas contratuais prévia e unilateralmente* formuladas pela administração. E, também, é verdade que a circunstância de a realização dos interesses próprios do particular depender de uma decisão da administração sobre a produção desse efeito poderá levá-lo a aceitar encargos desproporcionados ou perdas excessivas com a finalidade de obter os benefícios pretendidos (v.g., um contrato substitutivo de licença condicionado à satisfação de prestações desproporcionadas ou sem conexão direta com as operações a realizar; um contrato de urbanização em que o município “imponha” a execução de obras de urbanização cujo valor suplante em muito o valor razoável ou que não tenham qualquer relação com a área a lotear).

Importa, de modo mais preciso, esclarecer que, ao nível do conteúdo, este tipo de contratos poderá favorecer a inserção de *cláusulas abusivas* (v.g., um dos casos mais frequentes diz respeito à “imposição” da renúncia ao direito de indemnização pelo cocontratante, no caso de incumprimento contratual imputável ao contraente público; ou à renúncia pelo cocontratante à invocação da invalidade do contrato). Em rigor, o particular encontra-se numa situação jurídica em que carece da prestação da administração para satisfazer um interesse determinado e, porque as estipulações constantes dos designados “contratos involuntários” não são verdadeiramente negociadas com o particular – antes pré-definidas ou pré-formadas pela administração –, assim terá que se colocar neste domínio um

---

<sup>1894</sup> *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 45.

problema de aplicação de regras para defesa da parte mais fraca, com o fim de “temperar” os *perigos* que envolve este novo modo de contratação.

Receia-se que, por essa via, o recurso ao contrato possa ser transformado numa forma de aumentar o poder da administração relativamente a elementos não diretamente ligados ao objeto do procedimento, designadamente exigindo prestações pecuniárias arbitrárias. Justamente porque as posições jurídico-subjetivas dos particulares se podem degradar nos “contratos involuntários” (por relação àquelas de que gozam quando a administração atua por via unilateral), há que equacionar qual o *critério jurídico* adotado para que a administração possa “impor” cláusulas contratuais aos particulares, especialmente as cláusulas de *conteúdo agressivo ou desvantajoso*. Para além da aplicação da regra fundamental da conexão material e da proporcionalidade das prestações contratuais (artigo 281.º do CCP), propõe-se que a imposição de cláusulas que contenham um conteúdo *agressivo ou desvantajoso* para o particular só possa ser feita nos termos gerais em que se admite a sujeição dos atos administrativos a cláusulas acessórias (artigo 149.º do CPA)<sup>1895</sup>.

Já no plano da formação do contrato, para evitar o perigo de o particular desconhecer o teor de cláusulas que irão integrar o conteúdo do contrato ou a fim de combater o risco de *desconhecimento* de aspetos significativos do contrato, propõe-se a observância de um *dever de informação prévia*, e na *íntegra*, do clausulado contratual que a administração pretenda fazer inserir no contrato, devendo ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis que tenham sido solicitados pelo interessado. No limite, havendo má fé, não se consideram *integradas* no contrato as cláusulas contratuais que contenham um conteúdo *agressivo ou desvantajoso* para o particular e sejam consideradas “abusivas” ou que não respeitam os requisitos de informação prévia e de esclarecimento ao interessado<sup>1896</sup>. Além disso, no exercício de uma atividade de controlo, haverá que apurar se o clausulado

---

<sup>1895</sup> Uma parte da doutrina alemã defende essa solução (remissão do §56 para o §36 da VwVfG), mas reconhece que a mesma terá sobretudo aplicabilidade em sede de controlo judicial – sobre este ponto, cfr. SCHILLING, “Der «unfreiwillige» Vertrag mit der öffentlichen Hand”, cit., p. 204; e J. BURMEISTER, “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, cit., pp. 218-219. Para uma panorâmica geral do problema, cfr. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 44-49, 444-445 e 472-480. Note-se que não se verifica um óbice à celebração do contrato, já que se entende que o particular reserva sempre o direito de não o celebrar, caso considere as obrigações propostas pela administração excessivas.

<sup>1896</sup> Poderão ser pertinentes neste domínio as investigações levadas a cabo no direito civil – cfr., a este propósito, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, *ROA*, I, Ano 62, Jan. 2002, Lisboa, pp. 111-142. Efetivamente, é preciso ter em conta que, por força do artigo 280.º, n.º 3, do CCP, são subsidiariamente aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas, com as necessárias adaptações, as normas de direito civil. Também VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 239, defende que o direito civil há-de valer, com as devidas adaptações, no que respeita aos “aspetos substanciais do objeto e conteúdo contratual (por exemplo, proibição de cláusulas abusivas nos contratos de adesão), mesmo nos contratos que envolvam o exercício de poderes administrativos”.

corresponde a um *efetivo e real acordo* sobre todos os aspetos da regulamentação contratual e qual a *natureza da renúncia do particular* a direitos (disponíveis ou indisponíveis) subjetivos públicos, isto é, a direitos que advenham de normas de direito administrativo.

#### **Secção IV – Vicissitudes da relação jurídica contratual**

##### **56. Da aplicação das regras substantivas da Parte III do CCP à relação jurídica contratual**

Já tivemos oportunidade de tomar posição sobre as indicações e os dados fornecidos pelo legislador português no que tange ao *regime substantivo* aplicável aos contratos sobre o exercício de poderes públicos. A este nível, o CCP dedica em especial algumas das suas normas aos contratos sobre o exercício de poderes públicos: cfr. os artigos 285.º, n.º 1, 287.º, n.º 1, 313.º, n.º 3, 336.º e 337.º. Note-se que as *previsões específicas* dos tipos de contratos sobre o exercício de poderes públicos, para além de estarem consagradas no CPA (artigos 57.º e 98.º, n.º 2, sobre os contratos endoprocedimentais, e 77.º, n.º 4, e 127.º do CPA, no que toca aos contratos substitutivos), podem, ainda, encontrar-se em legislação especial (por exemplo, no caso dos contratos para planeamento urbanístico, os artigos 47.º da LBPSOTU e 79.º a 81.º do RJIGT). Não se apresenta clara a referência legal, no contexto do CPA, ao *regime jurídico substantivo* dos contratos sobre o exercício de poderes públicos. Assim, dispõe o n.º 1 do artigo 202.º do CPA que “as relações contratuais administrativas são regidas pelo Código dos Contratos Públicos ou por lei especial, sem prejuízo da aplicação subsidiária daquele quando os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa”. O legislador do CPA, ao demitir-se de fixar a *disciplina essencial* do regime jurídico substantivo desses contratos, parece pressupor a existência de um regime específico dos contratos sobre o exercício de poderes públicos no CCP ou na lei especial.

A solução comporta dois erros: por um lado, como já sublinhámos, o CCP, no Título I da sua Parte III, não deu resposta adequada à necessidade de estruturar um regime normativo próprio para os contratos sobre o exercício de poderes públicos, os quais, sendo provenientes de uma tradição completamente diferente da francesa, colocam questões específicas de regime; por outro lado, de acordo com o n.º 1 do artigo 202.º do CPA, quando os tipos dos contratos afastem as razões justificativas da disciplina em causa, o operador jurídico fica sem quaisquer coordenadas quanto o regime jurídico aplicável. Somente se



aplica o regime substantivo da lei especial? É que, nestas matérias, raramente a lei especial estabelece um regime jurídico substantivo *completo, denso ou suficiente*. Que regime se aplicará a contratos atípicos e às vicissitudes da relação jurídica contratual? Caso se aplique diretamente a lei especial (e se afaste a disciplina subsidiária do CCP), isso significa que não há lugar à aplicação por analogia das disposições do CPA relativas ao ato administrativo? E quem deverá interpretar com força obrigatória quais os tipos contratuais que, concretamente, afastam ou não as razões justificativas da disciplina em causa? A administração? O interessado? Em rigor, o n.º 1 do artigo 202.º do CPA constitui um preceito legal que adensa a *incerteza e a insegurança jurídica* em matéria de direito substantivo dos contratos da administração pública. Fruto da indeterminação do regime jurídico aplicável, o interessado não obtém uma garantia de “estabilidade jurídica”, “segurança de orientação”, “calculabilidade” e “previsibilidade”.

Assim, correto teria sido o legislador regular devidamente a figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos na lei geral do procedimento administrativo, revogando os artigos 285.º, n.º 1, 287.º, n.º 1, 313.º, n.º 3, 336.º e 337.º do CCP, ou, simplesmente, remeter o regime jurídico substantivo de tais contratos para o CCP e para a lei especial, eliminando-se quaisquer referências adicionais (designadamente, referências do tipo “sem prejuízo da aplicação subsidiária daquele quando os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa”), passíveis de originar *inoportunas situações de vazio normativo*.

Vamos, pois, assumir que a lei remeteu o regime substantivo dos contratos sobre o exercício de poderes públicos para a Parte III do CCP (diploma que se aplica *diretamente* aos tipos contratuais) e para a lei especial ou setorial eventualmente aplicável. De acordo com o artigo 280.º, n.º 2, do CCP, o disposto no Título I da Parte III do CCP (*regime comum do contrato administrativo*) aplica-se às relações jurídicas contratuais reguladas em especial no Código, sempre que os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa. Como veremos, a solução legal é fonte de muitos problemas, já que o intérprete ou aplicador terá que assumir alguma cautela ou prudência na aplicação de determinadas regras do *regime comum* do contrato administrativo, que acolhem uma disciplina claramente idealizada para os contratos administrativos de colaboração (v.g., artigos 282.º, 283.º-A e 291.º a 335.º) – aliás, nesse sentido parece apontar o próprio artigo 280.º, n.º 2, do CCP, com isso significando que nem todas as normas do regime comum do contrato administrativo serão aplicáveis aos contratos sobre o exercício de poderes públicos.

## 57. Modificação, resolução, caducidade e extinção

### 57.1. Preliminares

Iremos, agora, analisar o regime jurídico aplicável ao contrato e à relação jurídica que do mesmo emerge, em especial quanto aos termos da respetiva *modificação e extinção*. Tais matérias estão, por natureza, sujeitas a uma regulação mais intensa da lei (*exigência de conformidade do conteúdo do contrato à lei*), o que significa que a estipulação do conteúdo do contrato não pode contrariar determinadas vinculações administrativas a imperativos constitucionais e a regimes legais imperativos, sob pena de se *desfigurar* o princípio da intercambialidade entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais. Ciente da especial vinculação dos contratos com objeto passível de ato administrativo à legalidade substantiva<sup>1897</sup>, o legislador do CCP optou por fixar no artigo 336.º um regime que parece atribuir às partes contratantes amplos poderes de “fixar livremente o respetivo prazo de vigência e os pressupostos da sua modificação, caducidade, revogação ou resolução”. Deste modo, a regra da *negociabilidade da vigência dos vínculos contratuais* instituída no artigo 336.º do CCP apenas esbarra na parte final do preceito normativo – “salvo quando se trate de direitos ou interesses legalmente protegidos indisponíveis, ou quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do poder exercido através do contrato”. Cumpre, por isso, também analisar como se processa a (necessária) compatibilidade entre a regra da livre negociabilidade e os poderes de conformação da relação jurídica do contraente público.

Por seu turno, no tocante às *causas específicas de caducidade*, ao contrário do preceito que o antecede, o artigo 337.º do CCP distingue os *contratos com objeto passível de ato administrativo* dos *contratos obrigacionais*. Quanto aos primeiros, estabelece no n.º 1 que “os contratos com objeto passível de ato administrativo extinguem-se por força da verificação dos factos determinantes da caducidade dos atos administrativos que aqueles substituem”. No que tange ao segundo tipo de contratos, o n.º 2 do artigo 337.º dispõe que “os contratos pelos quais o contraente público se vincula a praticar, ou não praticar, um ato administrativo com certo conteúdo extinguem-se por força da alteração ou da impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado”.

Além da *caducidade específica* dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, outras vicissitudes podem determinar a *extinção* do contrato administrativo,

---

<sup>1897</sup> Recorde-se a tese de SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 787: os *contratos com objeto passível de ato administrativo* “carecem de predeterminação normativa, não apenas do seu fim direto, mas também de um mínimo dos respetivos pressupostos e efeitos de direito em termos iguais àqueles em que se requereriam tais parâmetros para um ato administrativo com o mesmo objeto e idêntica regulamentação da situação concreta”.

segundo o disposto no artigo 330.º do CCP: a) o *cumprimento* ou a *impossibilidade* definitiva e todas as restantes causas de extinção das obrigações reconhecidas pelo direito civil; b) a *revogação por acordo* (acordo extintivo – cfr. artigo 331.º); c) a *resolução*, por via de decisão judicial ou arbitral ou promovida por uma das partes.

### **57.2. Limites à negociabilidade dos termos da modificação e extinção do contrato**

Sob a epígrafe *negociabilidade da vigência dos vínculos contratuais*, o artigo 336.º do CCP estabelece que “nos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as partes têm a faculdade de fixar livremente o respetivo prazo de vigência e os pressupostos da sua *modificação, caducidade, revogação ou resolução*” (it. nosso). Ao nível da liberdade de estipulação do conteúdo, a norma parece confiar às partes uma ampla autonomia na definição do prazo de vigência do contrato e do regime jurídico aplicável à modificação e extinção do contrato sobre o exercício de poderes públicos. Simplesmente, extrair daquele preceito um sentido interpretativo suscetível de eliminar qualquer sentido útil ao regime do CPA sobre os condicionalismos da revogação de atos constitutivos de direitos (que dificultam fortemente uma eventual alteração ou cessação dos efeitos dos atos administrativos por motivos de interesse público – artigos 167.º e 173.º do CPA), quanto a nós, contraria as vinculações administrativas a imperativos constitucionais e a regimes legais imperativos, desfigurando o princípio da intercambialidade entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais. Trata-se, por isso, de evitar que a escolha da forma contratual, alicerçada no princípio da intercambialidade, redunde numa defraudação inaceitável das normas garantísticas que a lei associa à atuação administrativa por via unilateral.

Como já defendemos *supra* (36.2.2.), a regra da livre negociabilidade dos termos da modificação e extinção dos contratos sobre o exercício de poderes públicos não deve valer para os contratos que substituam atos constitutivos de direitos. Deste modo, propõe-se que aos *contratos sobre o exercício de poderes públicos que substituam atos administrativos constitutivos de direitos* não se aplique a regra da liberdade de fixação dos pressupostos da modificação e da revogação, aplicando-se, ao invés, o regime da modificação e da revogação dos atos administrativos substituídos, com fundamento no artigo 336.º do CCP *in fine* (“salvo quando se trate de direitos ou interesses legalmente protegidos indisponíveis, ou quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do poder exercido através do contrato”). Isto significa que, nas matérias assinaladas, o contrato substitutivo de ato administrativo deve reproduzir as disposições da lei do procedimento

(*exigência de conformidade do conteúdo do contrato à lei*), previstas nos artigos 167.º e 173.º CPA, que se aplicam haja ou não declaração de vontade dos sujeitos nesse sentido<sup>1898</sup>. De forma ainda mais evidente, a exploração da mesma via de recurso do artigo 336.º (*salvo quando outra coisa resultar da lei*) impede que a livre negociabilidade das causas de caducidade afaste os fundamentos de caducidade imperativamente previstos no artigo 337.º, n.º 1, do CCP.

Por outro lado, no que tange aos contratos endoprocedimentais, o artigo 336.º prevê a possibilidade de as partes estipularem o regime da *modificação e extinção* do contrato que celebram. *Prima facie*, a regra da livre negociabilidade do artigo 336.º aparenta permitir às partes o afastamento do poder unilateral do contraente público de impor *modificações ou a resolução do contrato por razões de interesse público*, já que torna, para os contratos desta natureza, supletivas as disposições do CCP sobre a modificação e extinção do contrato, ao atribuir às partes *poder dispositivo* nessa matéria. Contudo, não nos parece que aquela referência legal possa ser interpretada como abertura para a exclusão contratual do âmbito dos poderes unilaterais de conformação da relação jurídica contratual indicados na lei com caráter definitivo, como são os casos do *poder de modificação ou de resolução unilateral*. Em rigor, tal resultado corresponderia, em termos práticos, a uma *renúncia* ao exercício de competências administrativas (artigo 36.º, n.º 2, do CPA). Assim, como veremos, pode haver lugar à *modificação unilateral* do contrato por via administrativa, à luz do artigo 311.º, n.º 2, do CCP, ou por *acordo entre as partes*, nos termos que vierem a ser previstos no próprio acordo modificativo [artigo 311.º, n.º 1, *a*), do CCP]. Além disso, o contrato pode ser objeto de *resolução* nos termos do regime geral do contrato administrativo, incluindo a *resolução sancionatória* (artigo 333.º do CCP) e a *resolução por razões de interesse público* (artigo 334.º do CCP). Finalmente, não poderão deixar de ser observadas as *causas específicas de caducidade* imperativamente fixadas no artigo 337.º, n.º 2, do CCP.

Em síntese, entendemos que o alcance do artigo 336.º do CCP é bem mais restrito do que à primeira vista aparenta. Metaforicamente falando, o que o legislador *dá com uma mão*, logo de imediato *o retira com a outra*. Esta conclusão não pretende esvaziar a norma de qualquer sentido útil ou prático. As partes poderão fixar livremente o respetivo prazo de vigência do contrato e modelar/concretizar os pressupostos da sua *modificação, caducidade, revogação ou resolução*, conquanto se deva reconhecer que, por força da lei, tal é

---

<sup>1898</sup> PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 488, e FILIPA CALVÃO, “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, cit., p. 366, sustentam esta conclusão, embora com uma argumentação substancialmente diferente da nossa. Em sentido diverso, cfr. MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 430-431.

admissível somente dentro de um âmbito de incidência restrito e condicionado. Veremos que, por exemplo, em matéria de causas específicas de caducidade, as partes podem acordar *outras causas de caducidade* para além das previstas no artigo 337.º do CCP, mas já não podem suprimir as causas de caducidade que se encontram tipificadas.

### **57.3. Poderes unilaterais de conformação da relação jurídica contratual**

#### **57.3.1. Preliminares**

As características da relação contratual administrativa implicam, como se sabe, um regime substantivo de execução dos contratos, de acordo com o qual são atribuídos ao contraente público *poderes de autoridade* ou *poderes unilaterais de conformação da relação contratual*, com as correspondentes *garantias* dos direitos e interesses dos cocontratantes privados<sup>1899</sup>. Inserido no Capítulo IV da Parte III, com a epígrafe “conformação da relação jurídica contratual”, o artigo 302.º do CCP estabelece que, “salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei, o contraente público pode, nos termos do disposto no contrato e no presente Código: *a)* Dirigir o modo de execução das prestações; *b)* Fiscalizar o modo de execução do contrato; *c)* Modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público; *d)* Aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato; *e)* Resolver unilateralmente o contrato”. Os poderes “exorbitantes” do contraente público, embora previstos como poderes gerais, são estruturalmente adequados ao regime substantivo dos *contratos administrativos de colaboração e de delegação de funções ou serviços*. Deverá sustentar-se a sua aplicação *em bloco* aos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos? A

---

<sup>1899</sup> Sobre os poderes unilaterais de conformação da relação jurídica contratual, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 477-497; PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 523-536; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, cit., pp. 3-16; MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 403-449; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., pp. 140-157; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., pp. 614-635; CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos, *Estudos de Contratação Pública*, I, cit., pp. 519-567; ALEXANDRA LEITÃO, “O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais”, Intervenção no V Encontro de Professores de Direito Público, 2012, *Publicações ICJP*, pp. 1-25; LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, cit., pp. 386-457; e PEDRO MATIAS PEREIRA, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2011. Especificamente sobre o *factum principis (fait du prince)*, cfr. CLÁUDIA S. PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos*, Coimbra, 2012.

*estrutura* deste tipo de contratos é compatível com os poderes em apreço? É possível autonomizar uma *fase de execução* do contrato ou um poder administrativo de *gestão do contrato* que assegure o seu cumprimento e a permanente adequação do mesmo às exigências de cada momento do interesse público?

Aqueles poderes de que dispõe o contraente público destinam-se a regular matérias que tipicamente contêm aspetos da *fase de execução* e representam uma solução prevista na lei para que aquele possa assegurar o *cumprimento do contrato* e o *controlo sobre a adequação do interesse público*. Efetivamente, o legislador, tendo regulado no CCP modelos de contratos administrativos assaz distintos, não deixou de objetivamente estabelecer no artigo 302.º do CCP uma ressalva à aplicação dos poderes de autoridade do contraente público – “salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei” –, uma vez que a previsão desses poderes poderia revelar-se incompatível com a lógica de determinados contratos administrativos, como é o caso dos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos. Com efeito, os poderes do contraente público serão naturalmente *menos intensos* na generalidade dos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, quer porque nem sempre se descortina uma *fase de execução* que coincide com um poder de *gestão do contrato administrativo*, quer porque o contrato pode nem sequer prever a assunção de *obrigações de prestação* (v.g., prestações regulares, contínuas ou sucessivas) pelos particulares<sup>1900</sup>. Ademais, sendo tais contratos celebrados *durante* o procedimento administrativo (de autoridade), importa reter que a *direção do procedimento* já cabe ao órgão competente para a decisão final, nos termos dos artigos 55.º e 56.º do CPA.

Entendemos, por isso, que os *poderes de direção* do modo de execução das prestações do cocontratante, de *fiscalização* técnica, financeira e jurídica da execução do contrato e de *aplicação de sanções* não são, por princípio, compatíveis sob ponto de vista *estrutural e funcional* com a natureza dos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, com fundamento no artigo 302.º do CCP (“salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei”). Estas prerrogativas de autoridade foram concebidas de raiz para a intervenção administrativa na fase de execução dos contratos administrativos de colaboração de matriz francesa<sup>1901</sup>. Por exemplo, as mesmas não se aplicam aos contratos endoprocedimentais

---

<sup>1900</sup> Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 374.

<sup>1901</sup> Em sentido contrário, defendendo que nos contratos de subordinação “existe uma fase de execução das obrigações do particular que pode justificar o exercício dos poderes de direção, fiscalização e de aplicação de sanções, bem como dos poderes de rescisão e de modificação unilateral”, cfr. MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., p. 408.

(especialmente, aos contratos sobre o exercício da discricionariedade procedimental), mas também aos contratos substitutivos da emanção de atos administrativos. Quando a administração celebra um contrato substitutivo com o destinatário do ato intencionado, o particular é *autorizado* ou *habilitado* a desenvolver uma certa atividade (v.g., económica, urbanística, ambiental) por contrato. Contudo, ao exercer essa atividade o particular não está verdadeiramente a *executar* o contrato (pelo menos, em termos idênticos ao que sucede num contrato de empreitada de obras públicas ou de concessão de serviço público), pelo facto de não existir neste uma pretensão de execução, mas antes uma *pretensão de cumprimento*. Em rigor, o contrato pelo qual um particular é autorizado a desenvolver uma certa atividade delimita, *em conjugação com a lei*, os termos e as condições do exercício da atividade<sup>1902</sup>. Por essa razão, a administração conserva sempre *poderes extra-contratuais de fiscalização*, decorrentes da lei (deveres de *ordem pública*), constituindo *poderes irrenunciáveis* sobre o modo como essa atividade privada está a ser exercida em conformidade com as regras do ordenamento jurídico em vigor.

Claro está que aqueles poderes são exercitáveis pelo contraente público quando expressamente previstos no clausulado contratual, mas, na ausência de estipulação contratual sobre essas matérias, não devem considerar-se aplicáveis à relação jurídica contratual. O mesmo já não sucede no que toca aos *poderes de modificação unilateral* das cláusulas relativas ao conteúdo ou ao modo de execução das prestações, por razões de interesse público, decorrentes de necessidades novas ou de uma reponderação das circunstâncias existentes (artigos 311.º, n.º 2, e 313.º do CCP), e ao *poder de resolução unilateral* do contrato, seja por razões de interesse público (artigo 334.º do CCP), seja a resolução sancionatória (artigo 333.º do CCP), seja mesmo a resolução do contrato por alteração anormal ou imprevisível das circunstâncias (artigo 335.º do CCP). Isto porque importa reconhecer que, quando o interesse público conflitue com obrigações contratuais assumidas pela administração, esta não pode deixar de conservar um poder de modificação ou de resolução do contrato, conquanto observe o dever de reposição do reequilíbrio económico financeiro ou de indemnização do cocontratante. Sabendo que os contratos sobre o exercício de poderes públicos podem ser utilizados em alternativa ao ato administrativo, o “regime contratual”, nas dimensões assinaladas, deverá oferecer à administração contratante poderes que, por um lado, assegurem a *adequação do contrato às exigências de interesse público* e, por outro lado, que garantam, verificado que esteja determinado circunstancialismo, a *autolibertação* da administração. Consequentemente, os poderes de

---

<sup>1902</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 487.

modificação e de resolução do contraente público revelam-se, quanto a nós, claramente compatíveis com a natureza dos contratos sobre o exercício de poderes públicos<sup>1903</sup>.

Note-se que as declarações do contraente público podem ser classificadas, de acordo com o artigo 307.º do CCP, como *atos administrativos* ou como *declarações negociais*. O n.º 1 do citado artigo 307.º estabelece a regra segundo a qual “as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução são meras declarações negociais, pelo que, na falta de acordo do cocontratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à ação administrativa comum”. A qualificação expressa das declarações do contraente público sobre *interpretação e validade* do contrato como meras declarações negociais (tal como as relativas à execução que não sejam qualificadas por lei como atos administrativos) traduz, como veremos, a *exclusão* dos poderes de interpretação e invalidação unilateral das cláusulas contratuais por ato administrativo – essas declarações, na falta de acordo, têm valor meramente *opinitivo* e só produzem efeitos através de decisão judicial, por meio da ação administrativa comum. Todavia, no que respeita à execução do contrato, aquela regra conhece exceções, em particular as declarações através das quais se exercem os poderes do contraente público, as quais revestem a natureza de ato administrativo. Assim, dispõe o CCP no n.º 2 do artigo 307.º que “revestem a natureza de ato administrativo as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam em: a) Ordens, diretivas ou instruções no exercício dos poderes de direção e de fiscalização; b) Modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público; c) Aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato; d) Resolução unilateral do contrato”. Cumpre, por isso, notar que os *poderes de modificação e de resolução* do contraente público a que fizemos referência são exercidos através de atos administrativos dotados de *executividade própria*. Efetivamente, o regime especial dos *atos administrativos contratuais* assenta em determinadas regras específicas quanto ao respetivo *procedimento de formação* (artigo 308.º do CCP)<sup>1904</sup>, quanto à *força jurídica* de que dispõem (artigo 309.º do CCP)<sup>1905</sup>, bem como quanto à sua substituição por *acordos endocontratuais* (artigo 310.º do CCP)<sup>1906</sup>.

---

<sup>1903</sup> Em sentido próximo, cfr. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 373-374; e L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 959-960.

<sup>1904</sup> A formação dos atos administrativos emitidos no exercício dos poderes do contraente público não está sujeita ao regime da *marcha do procedimento estabelecido pelo CPA*. A exceção, quanto ao trâmite da audiência dos interessados, é constituída pelos atos que aplicam sanções contratuais, ainda que seja possível, nos termos do n.º 3 do artigo 308.º, dispensar a audiência do cocontratante.

<sup>1905</sup> Os atos administrativos contratuais são dotados de *executividade*, constituindo títulos executivos. Note-se que o CCP permite, desde que observados determinados condicionalismos, que seja o próprio contraente público a promover a execução coerciva, sem recurso prévio aos tribunais (*executoriedade*



### 57.3.2. Poder de modificação

Os contratos sobre o exercício de poderes públicos não estão imunes à *alteração dos pressupostos de facto* em que se fundaram a decisão de contratar e o conteúdo contratual e, bem assim, à *modificação do equilíbrio ou reponderação* dos interesses envolvidos. Nem sempre a verificação destas hipóteses se materializará na cessação dos efeitos do contrato (v.g., resolução ou caducidade), podendo haver lugar, quando preenchidos os respetivos pressupostos, à *modificação do contrato* (modificação objetiva do contrato). O *poder unilateral de modificação por razões de interesse público* não configura o único meio de introduzir modificações no contrato. De acordo com a disciplina do CCP, as cláusulas contratuais podem ser objeto de modificações quanto ao *conteúdo* ou quanto ao *modo de execução das prestações*, modificações estas que podem resultar: de *acordo* escrito entre as partes [*acordo endocontratual* – artigo 311.º, n.º 1, a)]; de *decisão judicial ou arbitral* [artigo 311.º, n.º 1, b)]; ou por *ato administrativo do contraente público*, no uso do respetivo poder contratual, com fundamento em razões de interesse público (artigo 311.º, n.º

---

das obrigações decorrentes de atos administrativos contratuais), “quando se trate de atos que determinem, em geral, a resolução do contrato ou, em especial, o sequestro e o resgate de concessões, bem como outras situações previstas na lei”. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 220-221, manifesta algumas críticas à opção legislativa: por um lado, defende que o regime previsto no artigo 308.º apresenta o perigo de uma *rigidificação* e de um *autoritarismo administrativo*, muitas vezes, desnecessário, inadequado ou excessivo; por outro lado, não entende que seja razoável que a lei qualifique, de forma indiferenciada, como ato administrativo a *resolução unilateral* de quaisquer contratos, sendo a razoabilidade ainda menor quando se atribui a todos esses atos de resolução, para além de força de título executivo, *força executória*, permitindo a sua execução coativa pelos meios administrativos sem recurso aos tribunais.

No direito alemão, recusa-se que, por princípio, o contrato administrativo possa ter uma *função tituladora*, exigindo-se, em caso de incumprimento, um título judicial. Recorde-se o que dissemos a respeito da interpretação do §61 da VwVfG (*supra*, 32.3.), disposição legal que remete para o acordo das partes a possibilidade de o cocontratante se submeter voluntariamente à execução imediata das prestações contratuais. A *regra* nesse ordenamento é, contudo, a de que a execução coativa das prestações não dispensa um *título judicial*. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, cit., p. 228, e E. SCHMIDT-ASSMANN/WALTER KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, cit., p. 213, advertem para o facto de que, quando a administração conclui um contrato administrativo, encontra-se privada do privilégio de *autotutela executiva* e, em caso de litígio, terá que submeter-se aos tribunais administrativos a execução forçada das prestações contratuais, em posição claramente inferior ao que sucederia, por via de regra, se uma tal competência decisória tivesse revestido a forma de ato administrativo. VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., pp. 627-629, adverte que essa solução é a única que se mostra compatível com a lógica do contrato, sendo incongruente que, na ausência de aceitação do cocontratante em submeter-se à execução, o contraente público dispusesse de poderes de autotutela executiva para reagir perante o incumprimento do cocontratante.

<sup>1906</sup> Segundo o artigo 310.º, salvo se outra coisa resultar da natureza dos efeitos jurídicos pretendidos, as partes no contrato podem celebrar entre si, sob forma escrita, acordos pelos quais substituam a prática de atos administrativos pelo contraente público em matéria de execução do contrato ou que tenham por objeto a definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo de tais atos administrativos. Os acordos endocontratuais sobre a modificação do contrato dependem dos pressupostos e estão sujeitos aos limites estatuídos no capítulo da modificação do contrato (artigos 311.º e segs.). Para mais desenvolvimentos, *vide supra*, 45.2.3..

2). Quanto aos *fundamentos da modificação*, estabelece o artigo 312.º que o contrato pode ser modificado: a) quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato; b) por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

Por outro lado, a modificação do contrato, seja qual for o autor, está sujeita aos limites fixados no artigo 313.º, destacando-se no n.º 3 do citado preceito a enunciação de um *limite específico* aos contratos sobre o exercício de poderes públicos: nos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar [fundamento a que se refere o artigo 312.º, a)] *não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral*, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa. Deste modo, o artigo 313.º, n.º 3, concretizando o princípio da separação de poderes e a ideia de *limitações funcionais da justiça administrativa*, proíbe ou condiciona a modificação do contrato por *decisão judicial* (v.g., a solicitação do particular) quando isso ponha em causa a margem de livre decisão (discricionariedade de ação) ou os espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa (discricionariedade de avaliação/decisão)<sup>1907</sup>.

Chegados aqui, impõe-se sintetizar em breves notas os termos em que se admite a modificação do contrato sobre o exercício de poderes públicos. Do ponto de vista prático-normativo, tudo está em saber se o regime jurídico aplicável aos *contratos substitutivos da emanção de atos administrativos* e aos *contratos endoprocedimentais de conteúdo obrigacional* é idêntico ou se, pelo contrário, se verificam diferenças de relevo entre ambos.

Com efeito, em consonância com aquilo que escrevemos, quando a administração abdica da unilateralidade decisória e celebra um contrato substitutivo (artigo 127.º do CPA), a regra da livre negociabilidade dos termos da modificação (artigo 336.º do CCP) não deve ser aplicada aos contratos que substituam atos constitutivos de direitos. Assim, propusemos que, em relação a estes contratos, se aplique, em primeira linha, o *regime da modificação ou alteração dos atos administrativos substituídos* (artigos 173.º e 167.º do CPA). Ora, esses condicionalismos já não se verificam quando a administração conclui um contrato obrigacional *durante* o procedimento e se compromete a praticar um ato administrativo com

---

<sup>1907</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 226.

um certo conteúdo (artigo 57.º, n.º 3, do CPA)<sup>1908</sup>. Podemos afirmar que estamos aqui diante de instrumentos que corporizam o *exercício antecipado do poder discricionário*, através dos quais a administração se vincula, perante o interessado, ao *an* e ao *quomodo* do exercício do poder público, observando-se um *lapso temporal* entre a conclusão do contrato e a prática do ato administrativo pela administração, no decurso do qual podem surgir razões justificativas que conduzam à modificação do conteúdo do contrato. Consequentemente, existem aqui diferentes cenários ou hipóteses a considerar:

(1) Desde logo, pode haver modificação do contrato por *acordo entre as partes*, nos termos que vierem a ser previstos no próprio acordo modificativo [artigo 311.º, n.º 1, a), do CCP];

(2) Quando preenchidos os respetivos pressupostos, pode haver lugar à *modificação unilateral do contrato* por razões de interesse público, nos termos dos artigos 311.º, n.º 2, 312.º b), 313.º e 314.º, n.º 1, b), do CCP. A modificação do contrato neste contexto tem como fundamento *razões de interesse público*, decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes, que justifica o recurso, pelo contraente público, ao seu poder de modificação unilateral do contrato, através da prática de um ato administrativo. A modificação unilateral imposta pelo contraente público implicará, em princípio, do ponto de vista do cocontratante, a *reposição do equilíbrio financeiro do contrato*, segundo o disposto no artigo 314.º, n.º 1, b) [cfr. o artigo 282.º].

Devem considerar-se compreendidos neste domínio os casos em que a administração, após a celebração do contrato endoprocedimental, avalia a melhor forma de alcançar a prossecução do interesse público a que se encontra adstrita e conclui que a emissão do ato administrativo nos termos prometidos não se coaduna com o interesse público atual, em virtude de uma *nova* ponderação das circunstâncias *existentes*. A finalidade do poder de modificação em tais hipóteses é, portanto, adequar o contrato às mutações do interesse público verificadas em momento posterior à sua celebração, quer em

---

<sup>1908</sup> Na delimitação do regime jurídico dos contratos sobre o exercício de poderes públicos e, em particular no que toca aos poderes unilaterais de conformação da relação jurídica contratual, não podemos deixar de referir que nos afastamos de algumas das posições defendidas por MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 431-449. Ao nível substancial, após uma exposição dos institutos que em geral permitem introduzir alterações objetivas às relações jurídico-contratuais (*poder de modificação unilateral, fait du prince, teoria da imprevisão e alteração das circunstâncias*), o Autor limita-se, “na abordagem efetuada no âmbito do CCP”, a concluir que “o poder de modificação unilateral, o instituto do *fait du prince* na *versão* mitigada que acima analisámos e o instituto da alteração das circunstâncias aplicam-se, igualmente, aos contratos administrativos de subordinação, ali onde a estrutura destes contratos o justificar” (p.448), sem elencar hipóteses ou concretizar em que termos ocorre essa aplicação específica aos contratos de subordinação. Sob ponto de vista sistemático, na nossa interpretação, não é possível tratar as matérias da resolução/revogação e modificação dos contratos substitutivos e dos contratos endoprocedimentais de forma indiferenciada ou uniforme, justificando-se soluções distintas para ambas as categorias de contratos em resultado do modo diverso como opera o contrato diante do regime do ato que vincula ou substitui.

virtude de uma alteração da realidade, quer em virtude de uma reformulação do interesse público, quer ainda por se tratar do conhecimento superveniente de razões de interesse público posteriores à celebração do contrato (v.g., a oposição deduzida por outros interessados em sede de audiência prévia determina uma modificação do conteúdo do contrato endoprocedimental de vinculação à prática de um ato administrativo);

(3) O contrato pode também ser modificado com fundamento na *alteração das circunstâncias* [artigos 312.º, *a*), 313.º, n.º 3, 314.º, n.º 1, *a*), e n.º 2, do CCP]. Existem dois cenários aqui a considerar. No primeiro cenário, admite-se, de acordo com a *teoria da imprevisão*, a modificação do contrato “quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” [artigo 312.º, *a*), do CCP]. Assim, por razões alheias às partes (“alteração anormal e imprevisível”), o cumprimento do contrato torna-se mais oneroso, pelo que a modificação se traduzirá numa *revisão financeira* do contrato e na atribuição de uma compensação financeira à parte onerada. Nestas hipóteses, é admitida a modificação, por *acordo modificativo, decisão judicial ou arbitral*<sup>1909</sup>, a pedido do contraente público ou do cocontratante, conforme a parte lesada, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. Assim sendo, a parte lesada tem direito à *modificação* do contrato, *segundo critérios de equidade*, ou a uma *compensação financeira* nos termos do n.º 2 do artigo 314.º do CCP<sup>1910</sup>.

Pode, contudo, suceder que a alteração anormal e imprevisível de circunstâncias se deva a comportamentos do contraente público adotados fora do contrato, mas que tenham repercussões no contrato (*factum principis* ou *fait du prince*). Trata-se de um poder estadual, exercido pelas entidades públicas, passível de causar a modificação das circunstâncias contratuais em razão do exercício de *poderes normativos gerais* (seja, em geral, no exercício de poderes legislativos, seja por via regulamentar). Dito de outra forma,

---

<sup>1909</sup> Recorde-se que só a *modificação por decisão unilateral* do contraente público é qualificada como *ato administrativo* quando o fundamento sejam razões de interesse público [artigos 302.º, *c*), 307.º, n.º 2, *b*), e 311.º]. A modificação por alteração das circunstâncias está subtraída à autotutela declarativa, só podendo resultar de acordo modificativo, de decisão judicial ou arbitral (artigo 311.º, n.º 1).

<sup>1910</sup> Note-se que o artigo 437.º do Código Civil se refere apenas à *alteração anormal* das circunstâncias, sem referência expressa à respetiva imprevisibilidade. Cfr., sobre este regime, C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 605-613. Ao contrário do que sucede no direito civil, onde a alteração das circunstâncias é encarada essencialmente como fundamento que permite a uma parte exigir a resolução do contrato (artigo 437.º, n.º 1, do Código Civil), no direito administrativo, a verificação de uma situação de alteração das circunstâncias conduz, em primeira linha, à *modificação do contrato*. Só quando da alteração das circunstâncias resulte a *impossibilidade definitiva de cumprimento do contrato*, haverá lugar à *resolução do contrato* (artigo 335.º, n.º 1, do CCP).

a alteração anormal e imprevisível não se deve a um facto alheio a ambas as partes, antes resulta de uma decisão do contraente público, adotada fora do contrato, mas com repercussões específicas do contrato. A lei equipara o exercício deste *poder extracontratual* do contraente público com reflexos no contrato (*fait du prince*) a uma modificação unilateral por razões de interesse público (alteração das circunstâncias imputável ao contraente público), atribuindo ao cocontratante o direito à *reposição do equilíbrio financeiro do contrato*: “a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante” – artigo 314.º, n.º 1, *a*), do CCP. No entanto, quando esteja em causa uma alteração legislativa, tal só valerá quando o contraente público for o próprio Estado, o que torna mais reduzido o leque de hipóteses em que o órgão administrativo com poder para tomar a decisão final é, também, o órgão responsável pela alteração na qual se funda a modificação.

### **57.3.3. Poder de resolução**

Nos termos gerais do CCP, o contraente público tem o poder de decidir unilateralmente a resolução do contrato em dois tipos de situações: como sanção, para responder ao incumprimento definitivo ou faltas do cocontratante – dita *resolução sancionatória* (artigo 333.º) – e por imperativo de interesse público – designada *resolução por razões de interesse público* (artigo 334.º), à luz da qual o poder de resolução exige a invocação de motivos de interesse público devidamente fundamentados. No caso dos *contratos substitutivos da emanção de atos administrativos* (artigo 127.º do CPA), como escrevemos em páginas anteriores, a regra da livre negociabilidade dos termos da extinção (artigo 336.º do CCP) não deve aplicar-se aos contratos que substituam atos constitutivos de direitos. Esta liberdade eliminaria qualquer sentido útil ao regime do CPA sobre os condicionalismos da revogação de atos constitutivos de direitos (artigo 167.º do CPA) e poderia representar um meio para as partes contornarem o regime jurídico da revogação de atos constitutivos de direitos. Como referimos, neste capítulo, é imperativo assegurar que a posição jurídica dos particulares não resulte degradada por relação àquela de que gozariam caso a administração optasse por agir por via unilateral, defraudando-se o regime garantístico associado à prática de atos administrativos (o qual, recorde-se, não obstante a evolução verificada, dificulta fortemente a modificação ou cessação dos efeitos de atos

administrativos por motivos de interesse público)<sup>1911</sup>. Assim propusemos que, em relação a estes contratos, se aplique, em primeira linha, o *regime da revogação dos atos administrativos substituídos* (artigo 167.º do CPA).

Já no que concerne aos *contratos obrigacionais*, deverão, em princípio, ser aplicadas as regras do CCP relativas à *resolução* do contrato. Desde logo, porque a estabilidade e a produção de efeitos dos contratos obrigacionais podem ser afetadas por causas determinantes da resolução unilateral por razões de interesse público. Note-se que a resolução por iniciativa do contraente público é configurada como um poder que se exerce através de *ato administrativo*, dotado de força executiva e, além disso, também executória, de acordo com o artigo 309.º, n.º 2. Este regime garante ao contraente público autotutela declarativa, mas também autotutela executiva [artigos 307.º, n.º 2, *d*) e 309.º]. Nestes termos, a *resolução por iniciativa do contraente público* pode ter lugar em três situações:

(1) Nos termos do artigo 334.º, pode ter lugar a *resolução unilateral por imperativo de interesse público*, que assenta num fundamento de invocação exclusiva pelo contraente público e implica o pagamento ao cocontratante de justa indemnização. Assim, ao poder do contraente público de resolução por imperativo de interesse público corresponde o consequente dever de *indemnização integral* do cocontratante, seja por “danos emergentes”, seja pelos “lucros cessantes, devendo, quanto a estes, ser deduzido o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos” (artigo 334.º, n.º 2).

Nestes casos, a adequação do contrato à mutação ocorrida no interesse público não pode ser obtida através da simples modificação unilateral, tornando-se necessária a sua resolução unilateral. Por essa razão, o artigo 334.º, n.º 1, exige que o imperativo de interesse público subjacente à resolução seja *fundamentado*. Devem considerar-se compreendidos neste domínio os casos em que a administração, após a celebração do contrato endoprocedimental, avalia a melhor forma de alcançar a prossecução do interesse público a que se encontra adstrita e conclui que a emissão do ato administrativo nos termos prometidos não se coaduna com o interesse público atual, por alteração da realidade ou reformulação do interesse público, seja por terem ocorrido *alterações supervenientes* do

---

<sup>1911</sup> Em sentido próximo, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 488; FILIPA CALVÃO, “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, cit., p. 366; e MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., pp. 159-160. Sobre este problema na doutrina espanhola, cfr. ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 472-478.

interesse público, seja por se tratar do *conhecimento superveniente* de razões de interesse público em momento posterior à celebração do contrato<sup>1912</sup>.

(2) Segundo o disposto no artigo 333.º, pode haver a *resolução sancionatória*, exercida por força da verificação de situações legais típicas de incumprimento ou de violação grave das obrigações assumidas pelo cocontratante e especialmente previstas no contrato. O contraente público tem direito a indemnização nos termos gerais da responsabilidade contratual – mora, cumprimento defeituoso ou incumprimento definitivo – e pelos prejuízos decorrentes da adoção de novo procedimento de formação de contrato (artigo 333.º, n.º 2);

(3) De acordo com a disciplina do artigo 335.º, n.º 1, o contraente público pode tomar a iniciativa de resolver o contrato com fundamento na *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*, nos termos do disposto na alínea a) do artigo 312.º. Quando a resolução do contrato decorra da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, como a exigência do cumprimento das obrigações assumidas pela parte lesada afetaria gravemente o princípio da boa fé e não está coberta pelos riscos próprios do contrato, não haverá lugar a indemnização de qualquer das partes<sup>1913</sup>. No entanto, segundo o disposto no artigo 335.º, n.º 2, quando a resolução do contrato por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias seja imputável a decisão do contraente público adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual (*fait du prince*), o cocontratante tem direito ao pagamento de uma indemnização integral, nos termos estabelecidos para a resolução por motivos de interesse público (artigo 334.º). O contraente público pode, assim, tomar a iniciativa de resolver o contrato, mas note-se que a resolução com aquele fundamento também pode partir da iniciativa do cocontratante<sup>1914</sup>.

---

<sup>1912</sup> Aplicando também o *regime da resolução unilateral por imperativo de interesse público* do CCP aos *contratos obrigacionais sobre o exercício do poder regulamentar*, cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., p. 531.

<sup>1913</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 230. No âmbito da *resolução do contrato por alteração das circunstâncias promovida pelo contraente público*, deve permitir-se ao cocontratante tomar conhecimento dos concretos pressupostos factuais que conduziram à cessação da eficácia do contrato. Como já escrevemos em páginas anteriores, da alínea d) do n.º 2 do artigo 307.º parece decorrer que a resolução unilateral (qualquer que seja o seu fundamento) assume a forma de ato administrativo, ao contrário do que sucede com a modificação. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., p. 155, consideram que seria incoerente tratar a modificação e a resolução com regimes diferenciados nesta matéria, de tal forma que propõem que a resolução do contrato nos termos descritos não deve ocorrer por mera declaração do contraente público ao cocontratante, carecendo de *decisão judicial ou arbitral ou do acordo das partes*. Para MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, cit., p. 15, aquela declaração traduz-se numa *declaração unilateral recetícia*.

<sup>1914</sup> Uma vez que esta solução, pelo menos no que toca a alterações legislativas, não fará sentido senão para aqueles casos em que o contraente público é o Estado, em aberto fica a possibilidade de o

Por seu turno, o direito de *resolução por iniciativa do cocontratante* é exercido por *via judicial (ação administrativa comum sobre contratos) ou mediante recurso a arbitragem*, tendo como fundamento as situações previstas nas alíneas do n.º 1 do artigo 332.º. O contraente público está numa condição jurídica de sujeição em face do poder – *direito postestativo* – de resolução que o artigo 332.º atribui ao cocontratante, configurando-se esse direito potestativo de resolução como um direito dependente de *exercício judicial ou mediante recurso à arbitragem* (n.º 3). Subjacente à maioria das hipóteses previstas no n.º 1 do mencionado preceito, encontra-se a lógica de uma *resolução sancionatória* que, no entanto, julgamos revelar-se pouco adequada aos contratos sobre o exercício de poderes públicos (contratos obrigacionais). Já se mostrará muito mais adequada a este modelo contratual a hipótese enunciada na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 332.º, tendo o cocontratante o direito de resolver o contrato por força da *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias* (cfr., contudo, as limitações constantes do n.º 2 do artigo 332.º). Um tal pedido pode ser apresentado na sequência de uma modificação contratual introduzida pelo contraente público ao abrigo dos seus poderes de autoridade (desde que essa modificação provoque uma “alteração anormal e imprevisível”), bem como na sequência de um ato de poder (*fait du prince*) do qual resulte a perda de sentido do contrato. Observe-se, contudo, que o efeito resolutório do contrato não decorre de uma declaração do cocontratante, mas de uma decisão judicial, que confirmará a concretização dos pressupostos do direito de requerer a resolução.

#### 57.4. Caducidade

O artigo 337.º do CCP, sobre *causas específicas de caducidade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos*, distingue os *contratos com objeto passível de ato administrativo* dos *contratos obrigacionais*. O regime jurídico da caducidade representa mais um exemplo prático da necessidade de se observarem soluções diferenciadas no que toca aos contratos substitutivos e aos contratos obrigacionais. Vejamos de seguida em que termos se concretizam as causas específicas de caducidade<sup>1915</sup> consagradas na lei.

---

cocontratante requerer, ao abrigo do artigo 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, na versão da Lei n.º 31/2008, de 17/07, uma *indenização pelo sacrifício* pelos prejuízos causados.

<sup>1915</sup> Afigura-se possível questionar se, em rigor, o conceito de “caducidade” é aqui empregue em sentido técnico-jurídico pelo legislador (não constituindo uma caducidade preclusiva, tratar-se-á de uma caducidade-sanção ou caducidade por incumprimento?). FERNANDA MAÇAS, “A Caducidade no Direito Administrativo: Breves Considerações”, *Estudos em Homenagem do Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra, 2005, p. 125, sublinha que, “além de a inserção sistemática do instituto [da caducidade] não ser pacífica, a sua complexidade é acrescida pelo facto de a própria doutrina, a jurisprudência



*Lato sensu*, a caducidade corresponde a um esquema comum de cessação de situações jurídicas e/ou de cessação dos efeitos do contrato, mercê da superveniência de um facto a que a lei ou outras fontes atribuem um efeito extintivo. Note-se que não podem as partes afastar as causas de caducidade estabelecidas no artigo 337.º, embora a essas possam acrescentar outras, ao abrigo do artigo 336.º do CCP. Por outras palavras, a exploração da via de recurso do artigo 336.º do CCP (*salvo se outra coisa resultar da lei*) impede que a livre negociabilidade das causas de caducidade, admitida pelo artigo 336.º, afaste os fundamentos da caducidade imperativamente fixados no artigo 337.º, embora não se revele contrária à junção de outras causas de caducidade pelas partes no contrato, para além das previstas no artigo 337.º.

#### 57.4.1. Contratos obrigacionais

O n.º 2 do artigo 337.º dispõe que “os contratos pelos quais o contraente público se vincula a praticar, ou não praticar, um ato administrativo com certo conteúdo extinguem-se por força da alteração ou da impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado”. O preceito normativo visa regular os termos em que é possível manter a obrigação de exercer o poder administrativo discricionário no sentido convencionado. Ao dispor que a vinculação contratual é assumida sob reserva da subsistência dos pressupostos considerados no momento da celebração do contrato, a norma parece apontar no sentido de que os contratos obrigacionais se encontram sujeitos a uma condição resolutiva implícita, similar a uma cláusula *rebus sic stantibus*, que submete a eficácia daqueles à não alteração da situação de facto, existente à data da celebração do contrato, alteração esta insuscetível de antecipação ou previsão pelo contraente público e que acarreta a *caducidade*<sup>1916</sup>.

Por outras palavras, a obrigação contratual assumida pela administração só subsiste na estrita medida em que não haja uma alteração dos *pressupostos de direito* (lei aplicável) e *de facto* (situação concreta) que existiam no momento da celebração do contrato e que justificaram o exercício (antecipado) do poder discricionário nos termos convencionados. Uma alteração dessa natureza corresponde à verificação de uma *condição resolutiva implícita no próprio tipo de obrigação assumida*, a favor da desvinculação da

---

e mesmo o legislador nem sempre fazerem uso inequívoco do termo caducidade”. No n.º 2 do artigo 337.º emerge a dúvida de saber se em causa está uma caducidade *ope legis* ou se é necessária a *declaração* do contraente público, quanto à verificação de alteração das circunstâncias, e, em caso afirmativo, qual a natureza jurídica dessa declaração.

<sup>1916</sup> Doutrina defendida por SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., pp. 752-753: “um tal compromisso é assumido sob reserva de manutenção dos elementos da «*facti species*» considerada”. Cfr., também, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 856.

administração pública<sup>1917</sup>. Também a doutrina italiana estabelece como limite à subsistência dos contratos endoprocimentais a manutenção dos pressupostos considerados no momento da celebração do contrato, bem como a valoração que a administração fez da situação concreta à luz do interesse público. Assim, nas palavras de M. NIGRO, a obrigação principal decorrente da contratualização do poder administrativo discricionário “é sempre assumida *rebus sic stantibus*”<sup>1918</sup>.

Ora, à luz do n.º 2 do artigo 337.º do CCP, o contrato endoprocimental *caduca* por força da alteração ou da impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade no sentido convencionado. A caducidade depende de uma alteração da situação pressuposta pelo contraente público quando se obrigou. Assim, quanto ao âmbito objetivo, estaremos na presença de uma situação de caducidade nas hipóteses de *alteração dos pressupostos factuais existentes à data da celebração do contrato* e, bem assim, de *modificação dos pressupostos de direito*. Quanto a este último aspeto, há já algum tempo que se vem defendendo na doutrina nacional que os contratos obrigacionais “são sempre celebrados sob reserva de alteração do regime normativo aplicável e das circunstâncias sobre as quais assentam, sob pena de se admitir a vinculação da administração à prática ou à omissão de um ato administrativo que, no momento da sua emissão, pode ser ilegal por contrariar o bloco de legalidade, por falta de habilitação legal ou por falta de pressuposto de facto”<sup>1919</sup>. Assim, por exemplo, no caso de o ato administrativo a cuja prática a administração se autovinculou contratualmente, mercê de uma modificação do ordenamento jurídico em vigor, vier a revelar-se inválido à data em que a decisão deve ser tomada, o contrato obrigacional *caduca* ao abrigo do artigo 337.º, n.º 2.

Por conseguinte, a subsistência de tais instrumentos contratuais depende da manutenção dos pressupostos factuais existentes à data da celebração do contrato e dos pressupostos de direito em que assentou a decisão de contratar. Contudo, cumpre aqui notar que as *alterações de circunstâncias ou modificações supervenientes de facto* que impedem o contraente público de praticar o ato com o conteúdo contratualmente prometido (artigo 337.º, n.º 2) não se encontram submetidas ao preenchimento dos condicionalismos mais exigentes do regime geral da alteração das circunstâncias aplicável aos demais contratos administrativos [artigos 312.º, *a*), e 335.º, n.º 1]. Quer isto significar que a caducidade dos

---

<sup>1917</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 753; e PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 99.

<sup>1918</sup> “Convenzioni Urbanistiche e Rapporti fra Privati”, cit., p. 1311. Cfr., também, G. SALA, “Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive”, cit., pp. 241-242.

<sup>1919</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., p. 44. Cfr., também, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 99.

contratos obrigacionais, em caso de alteração das circunstâncias, prescinde do carácter anormal de tal alteração, bem como da determinação do grau de afetação da boa fé e da apreciação da sua cobertura eventual pelos riscos próprios do contrato. A *ratio legis* subjacente à opção do legislador prende-se, naturalmente, com a necessidade de facilitar ou simplificar a repercussão na eficácia do contrato da alteração dos pressupostos factuais que basearam a decisão de contratar, por comparação com o regime estabelecido nos artigos 312.º, a), e 335.º, n.º 1.

Repare-se que o artigo 337.º, n.º 2, apresenta-se como uma *regra especialmente* aplicável aos contratos sobre o exercício de poderes públicos (*contratos obrigacionais*), pelo que o regime da caducidade aplicar-se-á direta e imediatamente aos mesmos. Na verdade, esse regime mostra-se passível de “cobrir” diversas hipóteses de alterações, de facto ou de direito, que fundamentam a extinção do contrato. Em rigor, a ampliação das hipóteses do funcionamento da caducidade traz como contraface a redução do âmbito do poder de resolução por razões de interesse público e por alteração das circunstâncias<sup>1920</sup>. Subsidiariamente, o contrato obrigacional pode ser resolvido em conformidade com as hipóteses expostas *supra* (57.3.3.), o que significa que, por exemplo, pode ser *resolvido por razões de interesse público*, em virtude quer da emergência ou do conhecimento de necessidades novas, quer de uma nova ponderação das circunstâncias existentes. Por isso, não subsistem, quanto a nós, dúvidas de que a administração pública conserva amplos poderes de *desvinculação ou de autolibertação* quando celebra um contrato endoprocedimental.

Por outro lado, é ao contraente público que compete apreciar a verificação da alteração ou da impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditaram o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado, juízo esse que comporta alguma indeterminação ou margem de livre apreciação sobre o grau de alteração dos mesmos. No âmbito da *caducidade do contrato por alteração das circunstâncias*, deve permitir-se ao cocontratante tomar conhecimento dos concretos pressupostos factuais cuja modificação conduziu à cessação da eficácia do contrato. Esta regra decorre dos princípios gerais em matéria de autovinculação administrativa contratual,

---

<sup>1920</sup> Em sentido idêntico, no âmbito dos contratos obrigacionais sobre o exercício do poder regulamentar, ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., p. 532, entende que, nos casos em que o surgimento de novas necessidades decorra da alteração superveniente dos pressupostos de facto subjacentes ao contrato, o instituto a convocar é o da *caducidade* (artigo 337.º, n.º 2), e não o da resolução por razões de interesse público. Ora, tal conclusão apresenta uma consequência prática: ao contrário da resolução por razões de interesse público – que confere sempre ao cocontratante o direito a uma indemnização –, a caducidade só atribui direitos indemnizatórios quando a alteração dos pressupostos de facto seja imputável ao contraente público.

em especial dos *princípios da segurança jurídica*, da *boa fé* e da *lealdade*<sup>1921</sup>. Discute-se, contudo, na doutrina nacional, a natureza jurídica dessa declaração de caducidade emitida pelo contraente público. Para FILIPA CALVÃO<sup>1922</sup> e ANA RAQUEL MONIZ<sup>1923</sup>, essa declaração assume *natureza meramente negocial*.

Não obstante esta leitura se afeiçoar melhor a uma interpretação semântico-gramatical dos dados normativos, *maxime* quando conjugada com a letra do artigo 307.º, n.º 2, que fixa, de forma taxativa, o elenco de declarações do contraente público que assumem a natureza de ato administrativo, entendemos que a declaração do contraente público que aprecia a verificação da mencionada alteração ou impossibilidade de concretização dos pressupostos não se reconduz a uma mera declaração negocial, antes assume a natureza de um *ato administrativo*. Em rigor, o ato pelo qual aquela competência venha a ser exercida é *ainda um ato de poder* (que, por exemplo, pode ser impugnado nos termos gerais). Sustentamos a nossa posição com base em dois argumentos.

Primeiro, porque em causa está um *contrato sobre o exercício de poderes públicos*, obrigando-se a administração contratualmente ao exercício da discricionariedade através de um ato administrativo subsequente. A natureza *positiva* ou *negativa* do exercício da discricionariedade reclama que a administração conserve o *poder de definir unilateralmente* quando desaparecem ou não se verificam os pressupostos que fundam a tomada de uma decisão que é da sua competência ou responsabilidade exclusiva. Por essa razão, quem defende que tal pronúncia do contraente público configura uma mera declaração negocial, terá concomitantemente de aceitar que o cocontratante possa discordar dos fundamentos dessa declaração, apenas restando, nesse cenário, ao contraente público o recurso aos tribunais administrativos para obter os efeitos pretendidos. Ora, nos contratos em apreço, afigura-se destituído de sentido que o contraente público tenha que recorrer à via judicial para que um tribunal aprecie a ponderação de elementos típicos de uma

---

<sup>1921</sup> Esta asserção afasta, quanto a nós, a discussão em torno de saber se a caducidade *ope legis* do contrato, não sendo feita pela administração mediante declaração expressa ao particular, o poderia ser tacitamente, quando ela pratica um ato contrário ao contrato ou decide em termos diversos ao ato que se comprometeu a emitir. Apesar de não excluirmos em tese a *resolução tácita* do contrato sobre o exercício de poderes públicos, na nossa interpretação, antes de emitir um ato contrário ao contrato obrigacional com fundamento no artigo 337.º, n.º 2, o contraente público deve *declarar* em que termos se modificaram os pressupostos que estão na base da caducidade do contrato. Nessa declaração deverá constar a *fundamentação*, que explicita os motivos pelos quais o órgão competente se aparta da conduta contratualmente assumida.

<sup>1922</sup> “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, cit., p. 367, defendendo a declaração do contraente público, pelo menos quanto à verificação da alteração das circunstâncias, por se tratar de um conceito impreciso que implica um juízo sobre o grau de alteração das mesmas.

<sup>1923</sup> *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., p. 530, em nota, para quem basta a verificação da “alteração ou da impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditaram o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado” para desencadear o efeito caducante, sem prejuízo da segurança jurídica postular a necessidade de declaração à contraparte.

competência discricionária da administração. Por um lado, a administração ficaria privada de emitir qualquer decisão enquanto o tribunal não se pronunciasse sobre a avaliação que faz da concretização ou da não concretização dos pressupostos do exercício da discricionariedade no caso concreto. Por outro, uma vez que a administração dispõe aqui de um “espaço de avaliação” ou de uma “prerrogativa de avaliação”, parece-nos duvidoso que o juiz possa conhecer dessa matéria e proceder ao reexame, na medida em que se trata de um *espaço de valoração autónomo do poder administrativo* – doutrina que, como vimos, foi acolhida no artigo 313.º, n.º 3, do CCP, no que respeita aos limites à modificação.

Segundo, o n.º 2 do artigo 337.º confere ao contraente público um *poder jurídico* – a definição unilateral dos pressupostos que estão na base da caducidade do contrato sobre o exercício de poderes públicos – semelhante ao poder de resolução unilateral por motivos de interesse público (artigo 334.º) e ao poder de resolução quando se verifica uma situação de alteração das circunstâncias (artigo 335.º, n.º 1). Tal como quando se verifica uma situação de alteração das circunstâncias assiste ao contraente público o poder de, através de ato administrativo unilateral, resolver o contrato (artigo 335.º, n.º 1) com base numa ponderação sobre a possibilidade ou conveniência de manter o mesmo em face da alteração supervenientemente ocorrida, também num contrato sobre o exercício de poderes públicos assiste ao contraente público o *poder* de definir unilateralmente se se mantêm ou não os pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade, para efeitos de caducidade do contrato obrigacional<sup>1924</sup>.

Finalmente, a *caducidade* do contrato nos casos vertidos encontra-se rodeada de *cautelas*, não deixando o cocontratante desprotegido em face da extinção dos efeitos daquele. Da vinculação contratual emerge um direito do cocontratante à prática de um ato administrativo com um determinado conteúdo, pelo que, quando a alteração dos pressupostos de facto seja *imputável ao contraente público*, o cocontratante tem direito a uma indemnização pelos prejuízos resultantes da não adoção de uma decisão com certo conteúdo, nos termos do artigo 334.º, n.º 2. Assim, a indemnização a que o cocontratante tem direito corresponde aos danos emergentes e aos lucros cessantes, devendo, quanto a estes, ser deduzido o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos.

Esta solução constitui uma decorrência do princípio geral de que a extinção do contrato, sendo imputável a uma das partes, confere à outra o direito a uma indemnização: se a impossibilidade superveniente for devida a facto imputável a uma das partes, esta

---

<sup>1924</sup> Assim, ALEXANDRA LEITÃO, “O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais”, cit., p. 22, para quem a referida competência é exercida através de ato administrativo.

constituir-se-á na responsabilidade pelo ressarcimento dos prejuízos sofridos pela outra<sup>1925</sup>, colocando-se o lesado na situação em que se encontraria caso o contrato não tivesse caducado. A invocação do preceito relativo à resolução por razões de interesse público justifica-se porque, sendo a alteração dos pressupostos de facto *imputável ao contraente público*, a declaração de caducidade aproxima-se, substantivamente, da resolução por razões de interesse público. Além disso, o contrato obrigacional nasce em si mesmo *funcionalizado*, na medida em que a lei o configura como uma forma jurídica de individualização e realização concreta do interesse público, de molde que a verificação do facto determinante da caducidade faz com que o contrato fique “*desprovido de causa*”<sup>1926</sup>. Como escrevemos, isto mostra que a ampliação das hipóteses do funcionamento da caducidade traz como contraface a redução do âmbito do poder de resolução por razões de interesse público e por alteração das circunstâncias.

#### 57.4.2. Contratos substitutivos

No que tange aos contratos substitutivos, estabelece no n.º 1 do artigo 337.º que “os contratos com objeto passível de ato administrativo extinguem-se por força da verificação dos factos determinantes da caducidade dos atos administrativos que aqueles substituem”. Compreende-se a opção do legislador ao remeter para as normas que prevejam a caducidade dos atos administrativos, em vez de estabelecer diretamente os termos da respetiva caducidade. De facto, como temos vindo a defender, atenta a materialidade subjacente, o contrato substitutivo encontra-se, em diversos aspetos do regime jurídico, dependente das soluções preconizadas no CPA para o ato administrativo substituído. Naturalmente, pressupõe-se que os efeitos gerados pelo contrato substitutivo permanecem por um período de tempo. Assim, aquele contrato extingue-se, tal como o ato administrativo, por verificação de um termo ou condição resolutiva (v.g., decurso do prazo estabelecido para a produção dos efeitos). O mesmo se diga, por exemplo, quanto ao contrato substitutivo que determine a adoção de medidas provisórias (artigo 89.º, n.º 4, do CPA), o qual caduca de acordo com a disciplina estabelecida no artigo 90.º do CPA.

Por conseguinte, apesar de se tratar de um contrato (de natureza substitutiva), submetido às causas de extinção tipificadas no artigo 330.º do CCP, o regime aplicável é, por força do disposto no n.º 1 do artigo 337.º, o *regime do ato administrativo*. Deste modo, verificados que estejam determinados pressupostos, quando um ato administrativo caduca

<sup>1925</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, Coimbra, 2009, pp. 94 e 273-283.

<sup>1926</sup> Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., p. 953.

nos termos da lei (geral ou especial), o contrato que o substitui também caduca nas mesmas circunstâncias. Contudo, no que se refere à regulação da caducidade na lei geral do procedimento administrativo, observa-se que o CPA faz apenas alusões meramente pontuais ao *instituto da caducidade*: é verdade que a caducidade surge enquadrada no regime substantivo do regulamento administrativo (artigo 145.º do CPA), mas não tem assento próprio ou autonomia no regime jurídico do ato administrativo.

Logo, a remissão contida no n.º 1 do artigo 337.º do CCP, a propósito dos factos determinantes da caducidade dos atos administrativos que os contratos substituem, surge rodeada de diversas perplexidades. O legislador do CCP devolve, por remissão, a regulação da caducidade para o direito administrativo geral, ou seja, para o CPA, mas neste diploma o intérprete ou aplicador não encontrará os *factos determinantes da caducidade dos atos administrativos que aqueles contratos substituem*. Há, por isso, quem já tenha designado este curioso fenómeno de desarticulação de regimes entre o CCP e o CPA como “*remissão para o vazio*”<sup>1927</sup>. Efetivamente, o artigo 337.º, n.º 1, do CCP, quanto à caducidade, remete para o vazio, de tal forma que se pode legitimamente perguntar porque não foi este aspeto devidamente contemplado na recente reforma do CPA? Há aqui uma desarticulação tal de regimes que dificilmente se pode compreender, sobretudo quando se tem em conta o papel relevantíssimo atribuído pelo legislador do CPA ao conjunto de remissões efetuadas para o CCP em matéria de “contratos da administração pública” (artigos 200.º a 202.º do CPA).

O mesmo já não se pode dizer quando estivermos diante de regimes jurídicos administrativos de natureza especial. Se um ato administrativo caducar nos termos da lei especial, o contrato que o substitui também caduca nas mesmas circunstâncias. Há, portanto, que realizar um tratamento jurídico integrado do instituto da caducidade nas áreas especiais do direito administrativo. A título de exemplo, vejam-se os artigos 71.º e 72.º do RJUE, a respeito da *caducidade da licença ou comunicação prévia para a realização de operação de loteamento*, e o artigo 20.º, n.º 6, do RJUE, sobre a *caducidade do ato de aprovação dos projetos de arquitetura de obras de edificação*<sup>1928</sup>.

## 58. Regime de invalidade

A *validade* respeita a momentos *intrínsecos* do contrato, já que depende do cumprimento do respetivo padrão normativo de formação e denota a *aptidão* do mesmo

---

<sup>1927</sup> A expressão é de SARA MATOS, “Eficácia e Caducidade no Direito Administrativo Comum”, *Comentários ao Novo código do Procedimento Administrativo*, cit., pp. 606 e 609.

<sup>1928</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. III, Coimbra, 2010, pp. 298-303.

para produzir efeitos. Assim, a validade do contrato sobre o exercício de poderes públicos revela a aptidão deste modo de ação administrativa para em concreto produzir os efeitos jurídicos que a lei lhe faz corresponder. Para tanto, o contrato terá que obedecer aos pressupostos a que a lei subordina a produção desses efeitos (v.g., objeto, competência, procedimento, conteúdo prestacional), encontrando-se submetido aos princípios jurídicos fundamentais e às vinculações constitucionais e legais permanentes da atividade administrativa. Por essa razão, se diz que a *invalidade do contrato* decorre da desconformidade ou não observância dos requisitos a que a lei subordina a sua celebração, sejam eles de natureza *orgânico-subjetiva, formal-procedimental ou substancial*. O desrespeito das mencionadas exigências pode originar um *vício* do contrato e determinar a respetiva *invalidação*.

O Capítulo II da Parte III do CCP ocupa-se do *regime jurídico da invalidade do contrato administrativo* nos artigos 283.º a 285.º. De acordo com estas disposições, os contratos administrativos são inválidos quando inválido for algum dos seus atos preparatórios ou de adjudicação, ou quando ocorram violações de normas de direito administrativo relativas à formação e ao conteúdo do contrato. Nestes termos, a disciplina jurídica relativa à invalidade do contrato administrativo desdobra-se na *invalidade derivada* (consequente de atos procedimentais inválidos) e na *invalidade própria do contrato*<sup>1929</sup>.

No que concerne ao *regime jurídico de invalidade*, o artigo 285.º, n.º 1, do CCP estabelece que “aos contratos com objeto passível de ato administrativo e outros contratos sobre o exercício de poderes públicos é aplicável o regime de invalidade previsto para o ato com o mesmo objeto e idêntica regulamentação da situação concreta”. Observa-se, por conseguinte, aqui um conjunto de problemas jurídicos complexos na tarefa de aferição da invalidade do contrato, que resultam não apenas do processo de conjugação do *regime comum do CCP* em matéria de invalidade do contrato com o *regime de invalidade do ato administrativo previsto no CPA*, mas, ainda, dos termos em que opera a aplicação do *Código Civil à falta e vícios da vontade*.

---

<sup>1929</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 231-240; PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 489-492; MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 381-403; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., pp. 129-133; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., pp. 604-608; JOÃO PACHECO DE AMORIM, “A invalidade e a ineficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos da Contratação Pública – I, CEDIPRE*, Coimbra, 2008, páginas 627-644; RAQUEL CARVALHO, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Coimbra, 2010, pp. 331-338, e “A invalidade derivada nos contratos administrativos: para além da aparência...: Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (1.ª Secção) de 15.4.2010”, *CJA*, n.º 84 (Novembro/Dezembro 2010), pp. 32-45; e JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Anotado*, cit., pp. 669-680.



### 58.1. Invalidez derivada e consequencial

Os artigos 283.º e 283.º-A do CCP dispõem em matéria de *invalidade consequente ou derivada* do contrato administrativo. De acordo com essa disciplina, o contrato será inválido, não por causa de vício próprio, mas em consequência da invalidade dos atos procedimentais que tenham preparado a sua celebração. As decisões adotadas pelo órgão adjudicante após a decisão de contratar constituem *atos procedimentais em que assenta a celebração do contrato*. Ora, as ilegalidades cometidas nas várias decisões pré-contratuais (decisão de contratar, escolha errada do procedimento, admissão indevida de concorrentes, adjudicação da proposta com preço anormalmente baixo), adotadas nos subprocedimentos que integram o procedimento de adjudicação, e, bem assim, os vícios de conteúdo dos documentos concursais (programa de concurso, caderno de encargos) podem ter como efeito ou consequência a invalidade do próprio contrato.

Todavia, o regime da invalidade derivada estabelecido nos artigos 283.º e 283.º-A do CCP – que afeta o contrato administrativo por nele se repercutirem ilegalidades cometidas no procedimento pré-contratual – constitui um regime próprio aplicável tipicamente a contratos administrativos cuja formação ocorre num procedimento complexo, que inclui “*atos procedimentais*” praticados em vista da celebração do contrato, alguns deles com autonomia funcional e estrutural, que podem ser objeto de impugnação judicial autónoma na condição de verdadeiros atos administrativos (v.g., adjudicação). Efetivamente, a solução legal acolhe o princípio fundamental da *autonomia do contrato administrativo*, enquanto acordo de vontades, em face do *procedimento de adjudicação*, sendo a invalidade do contrato *derivada ou consequente* da invalidade de atos procedimentais. Por isso, salvo nas hipóteses (mais raras) em que o contrato sobre o exercício de poderes públicos se formou no âmbito de um procedimento de seleção concorrencial, não haverá lugar à aplicação do disposto nos artigos 283.º e 283.º-A do CCP<sup>1930</sup>. A eventual existência de vícios procedimentais-formais (v.g., vícios do requerimento particular, inobservância da forma escrita) relevará em sede de *invalidade própria do contrato* (artigo 284.º do CCP).

Em aberto fica, contudo, a questão de saber qual o regime aplicável em caso de invalidação de *atos antecedentes* de um contrato sobre o exercício de poderes públicos. Dizendo de outra forma, poderá equacionar-se a existência de *invalidade consequencial* do

---

<sup>1930</sup> O regime da *invalidade derivada* previsto nos artigos 283.º e 283.º-A do CCP configura um *regime próprio* dos contratos cujo procedimento de formação pressupõe a existência de atos procedimentais ordenados à celebração do contrato, sendo esse procedimento tipicamente composto por uma fase de escolha do parceiro contratual e culminando no ato de adjudicação. É esta, também, a posição de PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 489-490, e de RAQUEL CARVALHO, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, cit., p. 478.

contrato sobre o exercício de poderes públicos, justamente quando esse contrato for *consequente* de um ato administrativo anterior. Ora, isso pode ocorrer em duas hipóteses:

(1) Quando o ato anterior (“ato procedimental”) foi ordenado à celebração do contrato no quadro de um procedimento de formação complexo com seleção concorrencial – regime jurídico que, como vimos, nos termos do disposto nos artigos 283.º e 283.º-A do CCP, somente se aplicará ao contrato sobre o exercício de poderes públicos *na medida* em que se trate de um *contrato concorrencial*;

(2) Quando o contrato sobre o exercício de poderes públicos foi antecedido de um ato administrativo que serviu de *suporte* ou de *causa* à sua celebração (v.g., uma deliberação de um órgão colegial). Esta hipótese surge fora do contexto das adjudicações e reconduz-se, igualmente, a uma situação de invalidade consequential. Pode, por isso, perguntar-se qual o regime aplicável em caso de *invalidação de um ato antecedente* de um contrato sobre o exercício de poderes públicos. Apesar de não gozar de poderes genéricos para intervir sobre o contrato com fundamento em invalidade, a administração não pode, neste caso, *renunciar ao cumprimento de deveres que lhe são impostos pelo legislador*. Acompanhamos, assim, PEDRO GONÇALVES, quando refere que a lei geral, nos artigos 172.º, n.º 2, do CPA, e 173.º, n.º 2, do CPA, desenha um regime pensado para casos em que o ato consequente é um ato administrativo, atribuindo à administração o dever de anular (remover), reformar ou substituir esse ato<sup>1931</sup>, solução aplicável, apenas neste contexto particular, ao contrato substitutivo de ato administrativo<sup>1932</sup>.

Finalmente, a aplicação de um regime de *invalidade derivada ou consequential* aos contratos sobre o exercício de poderes públicos não se esgota, quanto a nós, nas hipóteses enunciadas. Isto porque, se um contrato endoprocedimental padecer de um vício de anulabilidade e for jurisdicionalmente invalidado (anulado), tendo, entretanto, a administração praticado o ato administrativo com um determinado conteúdo favorável ao cocontratante, também aqui se pode colocar uma relação entre *ato antecedente* e *ato*

---

<sup>1931</sup> *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 490. Recorde-se que, nos termos do n.º 2 do artigo 172.º do CPA, a administração pode ficar constituída “no dever de anular, reformar ou substituir os atos consequentes sem dependência de prazo, e alterar as situações de facto entretanto constituídas, cuja manutenção seja incompatível com a necessidade de reconstituir a situação que existiria se o ato anulado não tivesse sido praticado”. E, visando salvaguardar a proteção da confiança legítima, o n.º 3 do mesmo artigo dispõe que “os beneficiários de boa-fé de atos consequentes praticados há mais de um ano têm direito a ser indemnizados pelos danos que sofram em consequência da anulação, mas a sua situação jurídica não pode ser posta em causa se esses danos forem de difícil ou impossível reparação e for manifesta a desproporção existente entre o seu interesse na manutenção da situação e o dos interessados na concretização dos efeitos da anulação”.

<sup>1932</sup> Aliás, pode bem conceber-se a situação inversa, de acordo com a qual o contrato substitutivo surge como ato antecedente e o ato administrativo como o ato consequente. Já advertindo para a possibilidade de “o contrato substitutivo prever e disciplinar a sucessiva emanação de atos administrativos unilaterais pela administração”, cfr. BRUTI LIBERATI, *Consensus e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., p. 78.

*consequente*. A diferença, neste caso, é que o ato antecedente é um *contrato endoprocedimental*, que serviu de *suporte ou de causa* ao ato consequente.

Ora, sendo o contrato anulado e demonstrando-se que o mesmo foi determinante para a prática do ato, também aqui, segundo o disposto no n.º 2 do artigo 172.º do CPA, a administração pode ficar constituída “no dever de anular, reformar ou substituir os atos consequentes sem dependência de prazo, e alterar as situações de facto entretanto constituídas, cuja manutenção seja incompatível com a necessidade de reconstituir a situação que existiria se o ato anulado não tivesse sido praticado”. Neste sentido, visando salvaguardar a proteção da confiança legítima do cocontratante, o n.º 3 do mesmo artigo dispõe que “os beneficiários de boa-fé de atos consequentes praticados há mais de um ano têm direito a ser indemnizados pelos danos que sofram em consequência da anulação, mas a sua situação jurídica não pode ser posta em causa se esses danos forem de difícil ou impossível reparação e for manifesta a desproporção existente entre o seu interesse na manutenção da situação e o dos interessados na concretização dos efeitos da anulação”.

Isto vem demonstrar que quer o conceito, quer o regime da invalidade consequential são, de facto, elementos fundamentais no plano de uma *relação (lógico-sequencial)* que se estabelece entre contrato endoprocedimental e ato administrativo consensual ou contratualmente devido.

## 58.2. Invalidade própria

A validade do contrato constitui uma condição para que o contrato sobre o exercício de poderes públicos se configure como um parâmetro de vinculação da decisão administrativa. Em oposição à invalidade derivada, que afeta o contrato por nele se repercutir a invalidade de um ato procedimental, prévio à formação do contrato, a *invalidade própria*, regulada no artigo 284.º do CCP, consubstancia uma *invalidade originária*, pois tem como *causa* vícios estruturais do próprio contrato<sup>1933</sup>.

As invalidades contratuais referem-se à desconformidade dos requisitos de legitimidade jurídica relativos aos momentos estruturais específicos do contrato (*sujeitos contratantes, objeto e conteúdo, fim, procedimento e forma*), que não constituam meras irregularidades, devendo proceder-se à localização dos eventuais vícios, para avaliar das

---

<sup>1933</sup> Embora a lei não faça esta distinção, uma parte da doutrina distingue, no capítulo das invalidades próprias, as *invalidades que são exclusivas do contrato* (incluem, além de vícios ocorridos ou decorrentes do procedimento de pós-adjudicação, como, por exemplo, na negociação e aprovação da minuta, os demais vícios estruturais específicos do contrato) e as *invalidades que são comuns a vícios de atos de suporte* (resultam de vícios substanciais que já se verificavam na decisão adjudicatória ou nos documentos contratuais, mas que se *repetem* no clausulado do contrato) – assim, cfr. RAQUEL CARVALHO, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, cit., pp. 508-512.

respetivas consequências, que podem implicar a invalidade *total* ou apenas *parcial* do contrato<sup>1934</sup>. Nestes termos, constituirão causas de invalidade própria do contrato, por exemplo, a falta de competência do órgão para decidir contratar ou a falta de legitimação, a assunção do compromisso de emitir um ato administrativo com um conteúdo contrário à lei ou cujo objeto seja juridicamente impossível, a contradição entre as cláusulas contratuais e normas imperativas ou, ainda, a assunção de prestações contratuais em violação da regra da proporcionalidade e da conexão objetiva<sup>1935</sup>.

O CCP estabelece no artigo 285.º o regime de invalidade aplicável aos contratos administrativos, distinguindo entre os *contratos com objeto passível de ato administrativo e outros contratos sobre o exercício de poderes públicos* e os *restantes contratos*. Nos termos do artigo 285.º, n.º 1, do CCP, “aos contratos com objeto passível de ato administrativo e outros contratos sobre o exercício de poderes públicos é aplicável o regime de invalidade previsto para o ato com o mesmo objeto e idêntica regulamentação da situação concreta”. Tal como sucedia na anterior versão do CPA [artigo 185.º, n.º 3, *a*), do CPA], o legislador parece remeter o regime de invalidade do contrato sobre o exercício de poderes públicos para o *regime de invalidade do ato administrativo*, estabelecido nos artigos 161.º a 164.º do CPA. Aos *restantes contratos*, o artigo 285.º, n.º 2, do CCP manda aplicar o regime de invalidade consagrado na lei civil, designadamente nos artigos 285.º a 294.º do Código Civil.

Vejam os *traços específicos do regime de invalidade dos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos*. O CCP determina o âmbito de aplicação dos tipos de invalidade, definindo, no artigo 284.º, as hipóteses em que há lugar à nulidade ou à anulabilidade, conforme os vícios próprios do contrato. O n.º 1 do artigo 284.º do CCP estabelece, como regra, a *anulabilidade* dos “contratos celebrados com ofensa de princípios ou normas injuntivas”, – regra geral de invalidade em tudo equivalente à do artigo 163.º, n.º 1, do CPA, no que toca aos atos administrativos –, afastando-se do regime de invalidade do direito civil, onde a regra é, nessas situações, a nulidade (artigo 294.º do Código Civil). Se o contrato for simplesmente anulável, enquanto não for anulado, produz o efeito vinculativo de emissão

---

<sup>1934</sup> Assim, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 237.

<sup>1935</sup> Note-se que as causas de invalidade própria poderão conduzir a situações de *invalidade total ou parcial*. O contrato será totalmente inválido, quando o vício (dizendo respeito ao objeto em sentido estrito, aos sujeitos, à forma e à base do consenso) se situe nos elementos do contrato insuscetíveis de divisibilidade e que definem o contrato outorgado enquanto tal. O contrato poderá ser parcialmente inválido, quando se registre a divisibilidade do conteúdo, sendo possível manter o contrato enquanto instrumento regulador apesar da parte viciada – cfr. RAQUEL CARVALHO, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, cit., pp. 511-512.

do ato acordado – no caso de se tratar de um contrato obrigacional – ou conserva a produtividade provisória e condicionada de efeitos jurídicos, enquanto não for anulado – na hipótese de se tratar de um contrato substitutivo de ato administrativo.

Contudo, de acordo com o n.º 2 do artigo 284.º do CCP, a regra da anulabilidade é afastada quando se verifique algum dos fundamentos de *nulidade* previstos no artigo 161.º do CPA (nulidades por determinação legal) ou “quando o respetivo vício determine a nulidade por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo” – *improdutividade absoluta de efeitos próprios do contrato*. Sendo o contrato nulo (v.g., o contraente público vincula-se à emissão de um ato nulo; o clausulado contratual incide sobre um objeto juridicamente impossível), ele não produz qualquer efeito jurídico e, como tal, não produz o efeito vinculativo de emissão do ato acordado (contrato obrigacional) ou não produz o efeito de autorizar o particular no exercício de uma determinada atividade (contrato substitutivo). Se a leitura da primeira parte do n.º 2 do artigo 284.º do CCP não suscita dúvidas de interpretação (assim, o contrato será nulo, por exemplo, em caso de carência absoluta de forma legal, de impossibilidade do objeto, de violação do conteúdo essencial de um direito fundamental), o mesmo já não acontece com a leitura da sua segunda parte. Isto porque o CCP determina a nulidade do contrato quando o vício implique, por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, a nulidade de um ato administrativo em situação análoga, assim acolhendo uma hipótese de *nulidade por natureza*, em divergência com o regime, agora, estabelecido no artigo 161.º do CPA.

Atualmente, o legislador do CPA, ao estabelecer o regime da nulidade dos atos administrativos no artigo 161.º, apenas parece admitir hipóteses de *nulidade por determinação da lei*, o que pode originar dúvidas de aplicação. Uma possível via de resolução passaria por, à luz de uma interpretação corretiva, considerar “letra morta” a segunda parte do artigo 284.º, n.º 2, do CCP, por força da entrada em vigor do novo CPA e com fundamento na constatação de que o legislador do CCP, ao determinar o âmbito de aplicação dos tipos de invalidade no artigo 284.º, claramente aderiu a um *modelo administrativista ou de direito administrativo* previsto no CPA. Mas sem razão. Entendemos que o artigo 284.º, n.º 2, 2.ª parte, do CCP mantém a sua plena aplicabilidade, sendo “abusivo” considerar letra morta a *hipótese de nulidade por natureza* aí prevista, na medida em que o legislador do CCP adotou um modelo de tipo ou de cláusula geral ao estabelecer o regime da nulidade do contrato e não se limitou a reproduzir os mesmos termos utilizados pelo legislador do CPA no anterior artigo 133.º, n.º 1 (“os atos a que falte qualquer dos elementos essenciais”). Além disso, cumpre aqui notar que a remissão efetuada pelo artigo 284.º, n.º 2, do CCP para o artigo 161.º do CPA é dirigida aos

“*fundamentos da invalidade*” e não, pontual e textualmente, para o elenco de hipóteses de nulidade.

Cumpra aqui notar que, nos termos da lei processual administrativa, enquanto o prazo de impugnação do ato anulável é de *três meses* para o particular, segundo o disposto no artigo 58.º, n.º 2, *b*), do CPTA, o pedido de anulação, total ou parcial, do contrato administrativo tem de ser deduzido no prazo de *seis meses* a contar da data da celebração do contrato (ou da cessação do vício, nos casos de vícios da vontade) ou, quanto a terceiros, do conhecimento do seu clausulado, de acordo com o disposto no artigo 41.º, n.º 2, do CPTA<sup>1936</sup>.

Por outro lado, a remissão operada pelo artigo 285.º, n.º 1, do CCP do regime de invalidade do contrato sobre o exercício de poderes públicos para o *regime de invalidade do ato administrativo* estabelecido nos artigos 161.º a 164.º do CPA deve ser feita com as necessárias adaptações. Assim, *quando o contrato seja nulo, há lugar à aplicação do artigo 162.º do CPA com as necessárias adaptações*: por se tratar de um contrato sobre o exercício de poderes públicos, *o contraente público não pode declarar a nulidade do contrato* (inexistência de um poder administrativo de declaração de nulidade do contrato), assim como não pode, por ato unilateral, impor ou determinar a *ratificação, a reforma, a conversão ou a anulação* do contrato sobre o exercício de poderes públicos. Recorde-se que, nos termos do artigo 307.º, n.º 1, do CCP, as declarações do contraente público sobre a interpretação e validade do contrato são *meras declarações negociais* e que o contraente público não goza de poderes para intervir sobre o contrato com fundamento em invalidade, designadamente recorrendo aos institutos da ratificação, reforma e conversão de atos administrativos, enquanto instrumentos sanatórios de aproveitamento dos mesmos, emanados no exercício de um poder de decisão unilateral.

Por conseguinte, a administração não dispõe de poderes de autoridade em matéria de validade do contrato, sendo as decisões de invalidação da competência exclusiva dos tribunais, quer quanto à anulação, quer quanto à declaração de nulidade<sup>1937</sup>. Isto sem prejuízo de dois aspetos: por um lado, as partes podem *acordar* termos relativos à redução e conversão do contrato; e, por outro, à luz do artigo 285.º, n.º 3, do CCP, *todos os contratos*

---

<sup>1936</sup> Refira-se ainda que o regime jurídico aplicável à responsabilidade da administração por incumprimento do contrato sobre o exercício de poderes públicos, designadamente quando se trate de um contrato obrigacional de vinculação à prática de um ato administrativo, é o da *responsabilidade contratual* – neste sentido, HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., pp. 217-222 e 238-240, advertindo que a responsabilidade é contratual quando o contrato for válido, já que, sendo o contrato *invalidado*, deverá sustentar-se a eventual existência de *responsabilidade pré-contratual (culpa in contrahendo)* como forma de tutela da confiança e da boa fé do cocontratante.

<sup>1937</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 240.

*administrativos* são suscetíveis de *redução e conversão*, segundo o disposto nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, independentemente do respetivo desvalor jurídico – tendo plena aplicação, no domínio dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, o *princípio da conservação ou aproveitamento dos negócios jurídicos (favor negotii)*<sup>1938</sup>. Note-se que, também, o artigo 164.º, n.º 2, do CPA permite, agora, a reforma e a conversão de atos administrativos *nulos*, ao contrário do que sucedia na versão anterior do CPA (cfr. o anterior artigo 137.º, n.º 1).

### 58.3. Falta e vícios da vontade

O n.º 3 do artigo 284.º determina a aplicação aos contratos administrativos das disposições do Código Civil relativas à *falta e vícios da vontade* (artigos 240.º a 257.º do Código Civil) – simulação, erro, dolo, coação, incapacidade accidental. Todos os contratos administrativos, na medida em que configuram negócios jurídicos cuja validade depende de declarações negociais validamente formadas e proferidas, têm de respeitar, segundo aquela disposição, as regras do Código Civil relativamente à falta e vícios da vontade.

Deste modo, os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos ficam sujeitos a um regime jurídico substantivo de direito administrativo e às regras jurídico-civilísticas relativas à formação da vontade. Contudo, quanto aos vícios da vontade, existe uma divergência fundamental entre os dois regimes no que toca às situações de coação: o regime administrativo comina a nulidade dos atos praticados sob coação física ou sob coação moral [artigo 161.º, n.º 2, *f*)]; o direito civil só comina a coação física com a nulidade, reservando a anulabilidade para as situações de coação moral (artigos 255.º e 256.º do Código Civil). Entendemos que as hipóteses de coação, mesmo tratando-se de coação moral, geram a nulidade do contrato sobre o exercício de poderes públicos (aplicação preferencial do regime administrativo),

---

<sup>1938</sup> A este propósito, RAQUEL CARVALHO, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, cit., p. 500, considera que, não obstante a remissão efetuada pelo artigo 285.º, n.º 1, do CCP do regime de invalidade do contrato sobre o exercício de poderes públicos para o regime de invalidade do ato administrativo estabelecido no CPA, não é aplicável a esse tipo de contratos o regime da conversão e ratificação do ato administrativo, por força do que dispõe o n.º 3 do artigo 285.º do CCP. Cfr., também, neste sentido MARK KIRKBY, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., pp. 398-403, admitindo a aplicação da *redução e da conversão* previstas na lei civil aos contratos de subordinação. À semelhança do que se encontra prescrito no artigo 313.º, n.º 3, do CCP para a modificação do contrato com fundamento em alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, também a *redução e conversão* de contratos sobre o exercício de poderes públicos por determinação judicial ou arbitral não podem conduzir à modificação do contrato (por decisão judicial ou arbitral), “quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de avaliações próprias do exercício da função administrativa”.

com fundamento na remissão operada no n.º 2 do artigo 284.º, n.º 2, do CCP para o regime do CPA<sup>1939</sup>.

### 59. Resolução de litígios e questões processuais

O contrato sobre o exercício de poderes públicos é fonte de obrigações jurídicas, constituindo um instrumento de vinculação obrigatória que se impõe às partes que o subscrevem (*vocação intrínseca de cumprimento*). Como consequência da outorga do contrato, as obrigações assumidas pelas partes devem ser cumpridas (*pacta sunt servanda*). O CCP estabelece no artigo 286.º que o contrato constitui, para o contraente público e para o cocontratante, situações subjetivas ativas e passivas que devem ser exercidas e cumpridas de boa fé e em conformidade com os ditames do interesse público, nos termos da lei. Da disposição resulta um princípio orientador, no domínio do cumprimento dos contratos administrativos, determinando que as obrigações contratuais sejam *cumpridas*, por ambos os contraentes, de boa fé e em conformidade com as determinantes de interesse público. Sendo o contrato sobre o exercício de poderes públicos juridicamente obrigatório, o *incumprimento do que nele se estipula comporta consequências jurídicas*.

O tema do *cumprimento e do incumprimento do contrato administrativo* foi objeto de regulamentação específica no CCP, sobretudo no Título I da Parte III. Todavia, uma vez mais, é notório que o regime delineado pelo CCP leva pressuposto o modelo do *contrato de colaboração*, onde, por via de regra, a prestação do contraente público reveste natureza *pecuniária* e a regulação dos aspetos atinentes ao cumprimento e ao incumprimento do contrato incide com intensidade acrescida sobre a atuação do cocontratante (artigos 288.º, 298.º, 303.º a 305.º), estabelecendo o legislador nesse sentido *instrumentos de reação e garantias ao serviço do cumprimento* (v.g., poder de fiscalização do contraente público, poder de aplicação de sanções contratuais, prestação de cauções, garantias, etc.).

Nos contratos sobre o exercício de poderes públicos, a temática do *incumprimento contratual* coloca-se, na maioria das vezes, a respeito da atuação do contraente público<sup>1940</sup>,

---

<sup>1939</sup> Também nestes termos, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, cit., p. 130; JOÃO PACHECO DE AMORIM, “A invalidade e a ineficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, cit., p. 653; e MARK KIRKBY, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, cit., p. 389.

<sup>1940</sup> O tema do cumprimento e do incumprimento do contrato sobre o exercício de poderes públicos coloca-se, na verdade, em relação às duas partes do contrato. Tomaremos como referencial o *incumprimento do contraente público*, contudo, sem ignorar que, ao não cumprir o contrato sobre o exercício de poderes públicos nos termos convencionados, o cocontratante também põe em crise a realização do interesse público a que o contrato pretendeu responder, incorrendo em *responsabilidade contratual*.

Por outro lado, não se vislumbram razões para afastar o disposto em determinados preceitos normativos do Título I da Parte III do CCP, como, por exemplo, os artigos 286.º, 288.º, 289.º e 297.º. Já no que respeita às normas que regulam especificamente o incumprimento do contrato administrativo (artigos 325.º a



cuja prestação – já se sabe – não reveste natureza pecuniária. Tratando-se de um contrato com *objeto público*, a prestação principal, entendida como aquela que permite identificar o contrato e que constitui o seu *conteúdo essencial* e não meramente acessório, traduz-se no exercício de um poder público administrativo de decisão unilateral. Considerando as consequências jurídicas do incumprimento contratual *imputável ao contraente público*, pode decerto afirmar-se que a implicação decisiva prende-se com a exigibilidade jurídica da obrigação principal assumida e com o acionamento da *responsabilidade contratual* e do eventual *dever de indemnizar* (pelos prejuízos causados).

Uma consequência inevitável do incumprimento do contrato administrativo consiste na *obrigação de indemnizar* os prejuízos causados em sede de responsabilidade civil. Segundo o disposto no artigo 798.º do Código Civil, aplicável por força do artigo 280.º, n.º 3 do CCP, o contraente público (o devedor culposo) torna-se *responsável pelos prejuízos* causados ao cocontratante (o credor). A principal sanção estabelecida para o não cumprimento consiste na obrigação imposta *ex lege* ao contraente público de indemnizar os prejuízos causados ao cocontratante, os quais correspondem ao *interesse contratual positivo* ou *interesse de cumprimento*<sup>1941</sup>. Coloca-se, então, a questão de saber como se articula a *resolução* do contrato por iniciativa do cocontratante com as regras gerais da *responsabilidade contratual* da parte faltosa. O artigo 332.º, n.º 1, b), do CCP dispõe que o cocontratante tem o direito de resolver o contrato em face do *incumprimento definitivo do contrato* por facto imputável ao contraente público, sem prejuízo do pagamento de indemnização. Isto significa que o legislador do CCP estabeleceu a *regra* de que a resolução não afasta o direito de o cocontratante exigir uma indemnização pelo não cumprimento do contrato. Deste modo, o CCP admite a possibilidade de cumulação da resolução com o

---

329.º) – regime desenhado para os contratos de intercâmbio, que distingue os *efeitos do incumprimento imputável ao cocontratante* (artigo 325.º) dos *efeitos resultantes do incumprimento do contraente público* (artigo 326.º) –, como escrevemos em páginas anteriores, defendemos que o contrato sobre o exercício de poderes públicos não configura um *contrato sinalagmático perfeito*, o que afasta a aplicação das regras que pressuponham necessariamente a reciprocidade, como acontece com a exceção de não cumprimento do contrato (artigo 327.º). Contudo, não sendo o contrato obrigacional sobre o exercício de poderes públicos cumprido pelo contraente público, se o particular já tiver realizado a respetiva contraprestação, assistir-lhe-á o direito de *exigir a sua restituição* nos termos do *enriquecimento sem causa* (artigo 795.º, n.º 1, do Código Civil, aplicável por força do disposto no artigo 280.º, n.º 3, do CCP). Sobre este problema no direito alemão, cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 399-404.

<sup>1941</sup> Assim, cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, cit., pp. 92-94, referindo que a indemnização compreende tanto o *dano emergente* como o *lucro cessante* (artigo 564.º). O *interesse positivo ou de cumprimento* é aquele que resultaria para o credor do cumprimento curial do contrato. Abrange, portanto, não só o equivalente da prestação, mas também a cobertura pecuniária (a reparação) dos prejuízos restantes provenientes da inexecução, “de modo a colocar-se o credor na situação em que estaria, se a obrigação tivesse sido cumprida”. Por sua vez, o *interesse negativo ou de confiança* aponta antes para a situação em que o credor se encontraria, se não tivesse celebrado o contrato. Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra, 2008, pp. 871-872.

direito à indemnização, incluindo nesta o ressarcimento pelo *interesse contratual positivo*<sup>1942</sup>. Também no caso de incumprimento definitivo do contrato por *facto imputável ao cocontratante*, o exercício do poder de resolução – resolução sancionatória (artigo 333.º do CCP) – não afasta o direito do contraente público exigir uma indemnização pelo não cumprimento do contrato. Neste sentido aponta o n.º 2 do artigo 333.º, ao estabelecer que “o disposto no número anterior [a resolução sancionatória] não prejudica o direito de indemnização nos termos gerais”.

Por outro lado, o cumprimento de um *contrato endoprocedimental* ou de um *contrato substitutivo* celebrados no exercício de poderes públicos pode ser exigido judicialmente. Aprofundando esta problemática, somos novamente levados a destringir os contratos sobre o exercício de poderes públicos que incluem uma *obrigação de execução* (o *an* e o *quomodo* do exercício do poder de decisão unilateral) daqueles que possuem natureza dispositiva ou decisória e têm como efeito *autorizar o particular a desenvolver uma determinada atividade* sujeita a licenciamento.

No primeiro caso, situam-se os contratos endoprocedimentais, através dos quais a administração se compromete a praticar um ato administrativo com um certo conteúdo. A nível processual, tendo assumido validamente uma autovinculação, se o contraente público não cumprir o contrato obrigacional (emitindo o ato que se vinculou a não emitir ou praticando um ato de conteúdo diferente daquele que se vinculou a emitir), produz-se uma *desconformidade* jurídica entre o ato e o contrato, sendo o ato administrativo suscetível de impugnação. Ora, uma vez que o contrato endoprocedimental estabelece *critérios para a emissão* do ato administrativo (*parâmetro* de autovinculação administrativa), pergunta-se, então, se a desconformidade ou incompatibilidade entre o ato administrativo e o contrato poderá conduzir à invalidade do primeiro?

Nesta matéria, o CCP determina no artigo 279.º que o contrato administrativo é *fonte de direito*, desde que conforme com a Constituição e a lei. Assim, a emissão do ato de acordo com o convencionado corresponde ao cumprimento de uma *obrigação jurídica*.

---

<sup>1942</sup> Na doutrina civilista sempre foi amplamente discutida a questão de saber se a *indemnização* que se cumula com a *resolução* (artigo 801.º, n.º 2, do Código Civil) visa colocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse sido celebrado o contrato (*interesse contratual negativo*) ou, antes, na que se encontraria se o contrato fosse cumprido (*interesse contratual positivo*): preconizam a primeira solução, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, cit., p. 109; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 1044-1048, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, cit., p. 248, e C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1970, p. 412; sustentam a segunda solução, ADRIANO VAZ SERRA, “Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 47, 1955, p. 21, J. BAPTISTA MACHADO, “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Vol. I, Braga, 1993, p. 125, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessão do Contrato*, Coimbra, 2005, pp. 204-207, e PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol II, cit., p. 1642.

Neste ensejo, o contrato sobre o exercício de poderes públicos, enquanto modo específico de *autovinculação administrativa de estrutura bilateral*, assume uma função equivalente aos demais parâmetros de vinculação da atividade administrativa: de entre os vários níveis de regulação, o conteúdo do clausulado ocupa a primeira posição na identificação da disciplina aplicável à relação jurídica, de molde que a doutrina nacional vem aludindo ao problema da *aferição da invalidade* do ato administrativo por força do *incumprimento do clausulado contratual válido* imputável ao contraente público (“invalidade do ato administrativo contrário ao contrato”)<sup>1943</sup>.

Assim sendo, a prática do ato administrativo contrário ao contrato representa uma atuação em *incumprimento do contrato* e o cocontratante poderá lançar mão de uma *ação administrativa especial* para proceder à impugnação daquele ato administrativo e, porventura, ao pedido de condenação à prática de ato devido (caso em que podemos ter um *ato contratualmente devido* ou um *ato contratualmente proibido*) – artigos 46.º, n.º 2, b), e 66.º e segs., do CPTA<sup>1944</sup>. O prazo de impugnação do ato anulável é de *três meses* para o particular, segundo o disposto no artigo 58.º, n.º 2, b), do CPTA.

---

<sup>1943</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., pp. 525 e 861; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., p. 166; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., p. 50; SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, cit., p. 235; FILIPA CALVÃO, “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, cit., p. 370; e ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos*, cit., pp. 534-535 (defendendo uma perspetiva que erige o contrato sobre o exercício do poder regulamentar em *padrão de validade* do regulamento, nos casos de incumprimento contratual imputável ao contraente público, mais concretamente, quando este emite um regulamento incompatível com aquele a que se tinha contratualmente comprometido a emanar). Na verdade, a recondução à noção de invalidade do ato por violação do contrato administrativo já resultava, entre nós, da doutrina de MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, cit., p. 501: considera-se ferido pelo vício de *violação de lei* o ato administrativo que contrarie as normas com as quais se deveria conformar, normas essas que podem constar de lei formal, de regulamento ou de *contrato administrativo pelo qual a administração se haja vinculado para com a outra parte*.

<sup>1944</sup> Defendendo esta solução na doutrina nacional, cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, cit., pp. 166-168; VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 202; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, I, Coimbra, 2004, p. 413; ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, cit., pp. 535-536; e FILIPA CALVÃO, “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, cit., p. 368.

Lembre-se que o contrato obrigacional sobre o exercício de poderes públicos válido e eficaz, configurando uma forma de *autovinculação administrativa bilateral*, mostra-se passível de integrar o “*bloco da legalidade*”, o que significa que a vinculação contratual da administração pública também serve de padrão de conformidade da futura atuação administrativa unilateral. A *obrigação legal* é aqui entendida em sentido amplo, abrangendo a generalidade dos casos em que a *omissão ou recusa* sejam *contrárias ao bloco da legalidade*. Por outro lado, a “obrigação de praticar um ato administrativo” decorrente de vinculação contratual não é suscetível de ser comparada à obrigação de prestar, de entregar uma coisa ou pagar um preço – o artigo 37.º, n.º 2, e), do CPTA exclui expressamente da ação administrativa comum a condenação nos deveres de prestar que envolvam a prática de um ato administrativo. A propósito, refira-se a *Proposta de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cujo artigo 37.º, n.º 2, b), estabelece que seguem a forma da ação administrativa os processos que tenham por objeto litígios relativos “à condenação à prática de atos administrativos devidos, nos termos da lei ou de *vínculo contratualmente assumido*” (it. nosso).

No segundo caso, destacam-se os contratos substitutivos da emanção de atos administrativos, que delimitam, em conjugação com a lei, os termos e as condições do exercício de uma atividade pelo cocontratante. A forma processual adequada para o contratante particular reagir contenciosamente contra o incumprimento de uma *obrigação contratual* pelo contraente público é a *ação administrativa comum*<sup>1945</sup>. O que está em causa agora é, na verdade, uma *relação jurídica contratual fundamental* e o cocontratante pretende que o contraente público seja condenado a cumprir a obrigação contratual que assumiu. E, uma vez que o particular adquiriu um *direito contratual* de exercer uma determinada atividade, a forma processual própria para reagir contra o incumprimento do contraente público ou para pedir a anulação de uma cláusula contratual ilegal não é a ação administrativa especial (pedido de impugnação de ato administrativo), mas a *ação administrativa comum* [pedido de invalidação de contrato – artigo 37.º, n.º 2, h), do CPTA], o que significa que haverá que observar as *regras especiais de legitimidade* relativas a contratos previstas no artigo 40.º do CPTA. Note-se que uma das particularidades da *ação administrativa comum* decorre do disposto no artigo 45.º do CPTA, o qual permite que a administração seja eximida de cumprir o dever contratual assumido – em caso de *impossibilidade absoluta* ou quando o cumprimento originar um *grave prejuízo para o interesse público* –, desde que, naturalmente, observe o dever de indemnização ao cocontratante. Finalmente, nos termos da lei processual administrativa, o pedido de anulação, total ou parcial, do contrato administrativo tem de ser deduzido no prazo de *seis meses* a contar da data da celebração do contrato (ou da cessação do vício, nos casos de vícios da vontade) ou, quanto a terceiros, do conhecimento do seu clausulado, de acordo com o disposto no artigo 41.º, n.º 2, do CPTA.

Cumpra ainda salientar que os contratos sobre o exercício de poderes públicos não podem ser dissociados dos meios extra-judiciais de resolução de litígios (*autocompositivos* e *heterocompositivos*), em particular do recurso à *transação*<sup>1946</sup> e à *arbitragem* [artigo 180.º, n.º 1, a), do CPTA]<sup>1947</sup>. A alusão aos meios extra-judiciais de resolução de litígios a

---

<sup>1945</sup> No direito alemão, quanto aos contratos decisórios, as partes fazem valer as pretensões contratuais através da *Leistungsklage* (que, *grosso modo*, corresponde à nossa ação administrativa comum), mas, no que toca aos contratos obrigacionais, a forma processual adequada é, para uma parte significativa da doutrina, a que corresponde à nossa ação administrativa especial para a condenação à prática de ato administrativo (a *Verpflichtungsklage*) – cfr. J. FLUCK, *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt*, cit., pp. 83-85; e VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, cit., p. 648.

<sup>1946</sup> Cfr. ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 279-280.

<sup>1947</sup> Para PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 1058, a própria alternatividade entre ato e contrato administrativo terá contribuído para um alargamento do campo material de incidência da arbitragem, permitindo submeter a tribunais arbitrais litígios que, se tivessem tido a sua origem em atos

propósito dos contratos sobre o exercício de poderes públicos justifica-se na medida em que as objeções de princípio manifestadas pelas partes em recorrer aos tribunais administrativos permanentes neste tipo de contratação conduzem, quase sempre na *praxis* jurídica, à opção por um meio alternativo de resolução de litígios, o qual emprega mecanismos flexibilizadores do direito aplicável (*supra*, 27.3.).

A terminar impõe-se aludir em breves notas a alguns dos problemas que a execução dos *contratos obrigacionais sobre o exercício de poderes públicos* pode suscitar. Já vimos que este contrato cria para o particular uma *pretensão jurídica* a um determinado conteúdo da decisão final e ao mesmo tempo um *dever* para a administração de decidir de acordo com o convencionado<sup>1948</sup>. Ora, uma vez que o contrato endoprocedimental estabelece *critérios para a emissão* do ato administrativo (*parâmetro* de autovinculação administrativa), supondo que o contrato se encontra ferido de invalidade por se revelar desconforme com a ordem jurídica, há que distinguir a hipótese de tal invalidade corresponder à *nulidade* ou à mera *anulabilidade*. Sendo o contrato nulo, como vimos, ele não produz qualquer efeito jurídico e, como tal, não produz o efeito vinculativo da emissão do ato administrativo. Por sua vez, se o contrato for meramente anulável, enquanto não for anulado, produz o efeito vinculativo da emissão do ato administrativo. Tal como no sucede no ordenamento jurídico alemão<sup>1949</sup>, este problema encerra várias dificuldades, o que implica que formulemos a seguinte questão: padecendo o contrato endoprocedimental de um vício gerador de anulabilidade e esgotado o prazo para requerer a anulação do contrato (cfr. o artigo 41.º, n.º 2, do CPTA), *quid iuris* se o interessado vem intentar uma ação administrativa especial para condenação da administração à prática do ato devido? A resposta a esta pergunta carece de duas observações fundamentais, que não prescindam das considerações seguintes: a *consolidação dos efeitos jurídicos* do contrato endoprocedimental na ordem jurídica; a *localização do vício e repercussão* da ilegalidade do contrato sobre o ato; e, finalmente, a *apreciação autónoma* da legalidade do ato prometido.

---

administrativos, dele estariam excluídos: “os designados contratos com objeto passível de ato administrativo podem tornar-se o «cavalo de tróia» de uma conceção tradicionalmente negadora da sujeição de litígios emergentes da validade de atos administrativos a arbitragem”.

<sup>1948</sup> Nos acordos endoprocedimentais, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., p. 178, refere que se gera um problema de determinar a amplitude da autovinculação administrativa bilateral, já que obriga o órgão administrativo a emanar uma decisão em conformidade com o conteúdo do acordo. Deste modo, CIVITARESE entende que se verifica a substituição da anterior relação entre a administração e o particular baseada na oposição *poder/interesse legítimo* por uma relação agora informada pelo binómio *direito/obrigação*.

<sup>1949</sup> Sobre este problema no direito alemão (*consolidação dos efeitos jurídicos do contrato administrativo ilegal na ordem jurídica*) *supra* 32.3..

*Primo*, quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença e a relevância da ofensa geradora do vício de anulabilidade em causa, se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma direta repercussão da ilegalidade do contrato sobre o ato prometido, ao ponto de a administração poder praticá-lo validamente, então julgamos que se pode perfeitamente admitir que o tribunal condene a administração à prática do ato contratualmente devido. Naturalmente, o que acabámos de dizer vale sobretudo para os casos de *irrelevância de vícios do procedimento ou de forma (utile per inutile non vitiatur)*, quando se comprove que tais vícios não se repercutem na decisão final<sup>1950</sup>, mas já não valerá para as hipóteses de vícios substanciais que afetem diretamente o contrato (vícios de conteúdo ou de fim), já que os mesmos, com elevado grau de probabilidade, se refletiram na decisão final.

*Secundo*, a recusa da prática do ato devido pela administração traduz o incumprimento de uma *obrigação contratual*. Todavia, se o vício gerador de anulabilidade do contrato endoprocedimental se projeta diretamente no ato administrativo a praticar, entendemos que não pode o tribunal condenar a administração à emissão de um ato ilegal. Efetivamente, segundo o disposto no artigo 279.º do CCP, o contraente público só poderá ser condenado a emitir o ato administrativo a que se vinculou *na medida* em que este esteja em conformidade “com a Constituição e a lei”, de molde que não pode o contraente público ser forçado a emitir um ato ilegal contratualmente devido<sup>1951</sup>, ainda que, porventura, a contraparte possa invocar a *culpa in contrahendo* e o pagamento de uma indemnização pelos prejuízos causados por tal omissão.

Finalmente, referimos *supra* 40.3. que a contratualização da atividade administrativa, permitindo compor pacificamente interesses antagónicos ou divergentes, mostra-se passível de reduzir a *conflitualidade* e a *litigiosidade*, o que favorece a celeridade e otimização da ação administrativa. Ora, quando o particular celebra um contrato endoprocedimental, pode perguntar-se se este fica, em resultado dessa celebração, impossibilitado de arguir posteriormente, junto dos tribunais administrativos, a invalidade do ato administrativo que vier a ser praticado. Poderá a decisão ser impugnada na “parte consensualizada”? Ou, inversamente, verificar-se-á a falha de um pressuposto processual que obsta à apreciação do mérito da causa pelo tribunal?

Mais especificamente, pergunta-se se, no caso de celebração de um contrato obrigacional sobre o exercício de poderes públicos, o particular obriga-se a aceitar a conduta administrativa, *renunciando implicitamente à sua impugnação* quando se trate de

---

<sup>1950</sup> Esta solução está, como vimos, consagrada na lei de procedimento administrativo germânica (cfr. o §59 da VwVfG, que remete, nas várias alíneas, para o §46).

<sup>1951</sup> Cfr., também, FILIPA CALVÃO, “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, cit., p. 369.

um ato administrativo praticado em conformidade com o conteúdo do contrato. Sobre esses aspectos, cumpre referir que a celebração de um contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos pelo particular não se mostra passível de coarctar a legitimidade e o interesse processual do requerente na ação administrativa especial, nem pode constituir um fundamento para restringir a tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente consagrada (artigo 268.º, n.º 4, da CRP). Todavia, se o particular intentar uma ação administrativa especial para impugnação do ato administrativo (artigos 50.º e segs. do CPTA), colocando em crise a *parte consensualizada da decisão* (por exemplo, o conteúdo do contrato endoprocedimental resulta de uma *proposta* feita pelo interessado ao órgão competente), incorrerá, quanto a nós, na violação do princípio da boa fé (*proibição de venire contra factum proprium*)<sup>1952</sup>.

O particular continua a ter *interesse direto e pessoal* na invalidação do ato, de molde que a *argumentatio* deve, quanto a nós, ser desenvolvida em termos substantivos, com base no *princípio da boa fé* e não alegando que o particular que celebrou previamente com a administração um contrato obrigacional *aceitou o ato administrativo* ou perdeu o *interesse processual*. Não há qualquer *aceitação tácita ou expressa do ato administrativo* (artigo 56.º, n.º 1, do CPTA), ao ponto de exprimir um efeito preclusivo legalmente determinado, que torna a impugnação efetivamente impossível para o aceitante<sup>1953</sup>, por implicar um uso emulativo ou abusivo do direito de ação. Além disso, podem verificar-se outras ilegalidades imputáveis ao conteúdo contratual acordado (*v.g.*, vícios da vontade, invalidades intrínsecas do contrato), cujo desvalor jurídico sempre justificaria o conhecimento pelo tribunal (*v.g.*, a nulidade é de conhecimento oficioso pelo juiz), independentemente da relevância jurídica atribuída ao consentimento do interessado.

---

<sup>1952</sup> Este discurso vale para os contratos endoprocedimentais celebrados no domínio do procedimento administrativo geral, quando não existam *habilitações legais específicas* que prevejam soluções diferenciadas. Recorde-se que, no direito fiscal, na determinação do *quantum* da matéria tributável, a Lei Geral Tributária prevê, em sede de *métodos indiretos*, um *acordo para a fixação da matéria tributável*, que surge, no quadro do procedimento administrativo que conclui um procedimento de revisão à luz dos artigos 91.º e 92.º da LGT. Trata-se, como vimos, de um *contrato obrigacional ou de vinculação à prática de ato administrativo*. Segundo o disposto no n.º 5 do artigo 92.º daquela lei, “em caso de acordo, a administração tributária não pode alterar a matéria tributável acordada, salvo em caso de trânsito em julgado de crime de fraude fiscal envolvendo os elementos que serviram de base à sua quantificação, considerando-se então suspenso o prazo de caducidade no período entre o acordo e a decisão judicial”. Concomitantemente, o *contribuinte*, chegando a acordo com a administração fiscal, *não pode*, nos termos do artigo 86.º, n.º 4, da LGT, *impugnar a liquidação*, pondo em crise o procedimento de avaliação indireta. Neste ensejo, é a própria *lei* que veda a possibilidade de impugnação nesses casos, pelo que o contribuinte toma consciência, de antemão, das consequências legais associadas à figura do *acordo para a fixação da matéria tributável*.

<sup>1953</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, cit., pp. 266-267; e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, cit., pp. 219-220.

## CONCLUSÕES DA PARTE II

### § 60.

#### Coordenadas de enquadramento dogmático da contratualização do poder público

**60.1. Primeira Conclusão** – *Enquanto instituição jurídica, o contrato administrativo possui natureza bicéfala ou cabeça de Jano, desdobrando-se em duas categorias fundamentais, de origens diferentes e teleologicamente ordenadas à prossecução de finalidades distintas no âmbito das relações jurídico-administrativas. A referência histórica, com que se iniciou a exposição, cumpriu o propósito fundamental de perceber as condições em que se iniciou a aludida bifurcação no interior do contrato administrativo e a consequente previsão de dois regimes jurídicos diferentes, um para o contrato administrativo de colaboração (modelo francês) e outro para o contrato sobre o exercício de poderes públicos (modelo alemão).*

*O problema da compatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo implica recortar o espaço de intervenção do contrato sobre o exercício de poderes públicos no plano da dogmática administrativa. Este “tipo” de contrato administrativo é celebrado num domínio em que a administração se encontra munida de poder de autoridade (e de decisão) para definir os contornos de uma situação jurídica administrativa que poderia, em alternativa, ser conformada por via unilateral:*

**(a)** *Durante muito tempo, apesar da aceitação do contrato como modo de ação no direito administrativo, manteve-se imperturbado o dogma, nascido no início do século XX por obra de uma parte significativa da ciência jurídica alemã e italiana, segundo o qual, onde a administração pública disponha de poderes de autoridade, o contrato não é admissível. No desenvolvimento ou em paralelo com as conceções de OTTO MAYER, consolida-se, em todos os sistemas jurídicos europeus, a ideia de que o contrato se revela inconcebível no âmbito das relações de autoridade (de proibição, de imposição e de punição, mas também de autorização);*

**(b)** *A representação ideológica liberal do Estado Soberano e os efeitos de publicização da atividade administrativa que impulsionaram, nos finais do século XIX, o desenvolvimento do direito administrativo conduziram a uma espécie de “sacralização do poder público”: o ato administrativo unilateral reina no domínio das relações administrativas de autoridade, sendo uma figura especialmente vocacionada para a*



*aplicação de normas gerais e impessoais, que devem garantir a todos os cidadãos uma estrita igualdade de tratamento;*

*(c) A partir da segunda metade do século XX, inicia-se uma fase de progressivo distanciamento das teses de OTTO MAYER, em particular da ideia de que o poder público, qual “res sacra”, não se apresenta suscetível de negociação. A doutrina (FORSTHOFF, STERN, PETERS) passa, agora, a discutir se o contrato pode ser celebrado no contexto de uma relação suscetível de regulação por ato administrativo e qual deve ser o regime jurídico aplicável. O “Bundesverwaltungsgericht” admite expressamente, na década de 60, a celebração de contratos destinados a regular os termos do exercício do poder público por ato administrativo. O dogma da incompatibilidade entre contrato e autoridade é superado pelo princípio da alternatividade entre contrato e ato administrativo;*

*(d) A “Verwaltungsverfahrensgesetz” de 1976 viria a consagrar nos §§ 54-62 o contrato administrativo como instrumento do exercício de poderes públicos, combinado ou em substituição do ato administrativo (“öffentlichrechtliche Vertrag”). Mas a Lei do Procedimento Administrativo alemã não se limitou a autorizar o contrato no direito administrativo, estabelecendo também o respetivo regime jurídico e definindo o modo como se processa a autovinculação administrativa bilateral;*

*(e) A abertura do direito alemão seria seguida, em plena década de 90 do século passado, noutros ordenamentos jurídicos europeus, tendo o contrato sobre o exercício de poderes públicos sido acolhido em leis reguladoras do procedimento administrativo, que, em geral, regulam o ciclo de formação do ato administrativo. Algumas das factispecies contratuais já existiam na praxis da “administração concertada”, confundindo-se com atuações informais de cooperação desprovidas de vinculatividade jurídica. O seu reconhecimento jus-positivo permitiu, contudo, superar a ausência de formalização e de juridicização e conferir maior estabilidade e segurança jurídica aos vínculos contratuais.*

**60.2. Segunda Conclusão** – *O contrato sobre o exercício de poderes públicos é celebrado em substituição da prática de um ato administrativo ou em combinação com um ato administrativo a praticar ou a não praticar. A principal consequência da administratividade do contrato sobre o exercício de poderes públicos reside na sua submissão a um “regime substantivo de direito administrativo”, quer dizer, a um regime jurídico que se aplica ao contrato propriamente dito e à relação que dele emerge. O “habitat natural” para disciplinar o contrato sobre o exercício de poderes públicos é a lei*

*geral do procedimento administrativo e da regulamentação substancial dos atos que materializam o exercício de poderes públicos (ato e regulamento administrativo):*

**(a)** *Apesar de nos ordenamentos jurídicos alemão, italiano e espanhol o regime jurídico daquela figura se encontrar previsto e sedimentado na lei geral do procedimento administrativo, em Portugal, o legislador parece ter seguido uma visão unificadora do regime jurídico do contrato administrativo [“contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos” – artigos 1.º, n.º 6, b), 5.º, n.º 6, b), 285.º, n.º 1, 290.º, n.º 2, 313.º, n.º 3, 336.º e 337.º do CCP], regulando o regime jurídico do contrato sobre o exercício de poderes públicos num diploma legal – o Código dos Contratos Públicos – que consagra as regras da contratação pública (Parte II) e disciplina o regime substantivo do contrato administrativo (Parte III) com base no modelo paradigmático do contrato de colaboração (modelo francês). Este aspeto tornou-se, ainda, mais evidente com a entrada em vigor do novo Código do Procedimento Administrativo, uma vez que o regime substantivo das relações contratuais administrativas, emergentes de contratos endoprocedimentais ou de contratos decisórios, é remetido pelo artigo 202.º, n.º 1, para o Código dos Contratos Públicos;*

**(b)** *Esta solução, que constituirá um caso único ou isolado no panorama europeu, é altamente discutível e, quanto a nós, não poderá deixar de ser considerada contingente ou transitória – podendo e devendo o legislador futuramente re(introduzir) a disciplina jurídica substantiva do contrato sobre o exercício de poderes públicos na lei geral do procedimento administrativo, como acontece na Alemanha, Itália e Espanha. “De iure condendo”, somente nesse cenário é que a regulamentação jurídica dos contratos endoprocedimentais e dos contratos substitutivos de atos administrativos (artigos 57.º e 127.º do CPA) conhecerá uma efetiva unidade e coerência sistemáticas;*

**(c)** *A contratualização da atividade administrativa procedimental – que figurou como uma das grandes linhas da reforma da lei do procedimento administrativo – apenas seria plenamente alcançada caso o CPA desse uma resposta adequada à necessidade de estruturar um regime normativo próprio para esta categoria de contratos;*

**(d)** *Atualmente, “o problema” do contrato sobre o exercício de poderes públicos configura não um problema de sentido ou de admissibilidade enquanto forma do “agir administrativo”, mas um problema de determinação do regime jurídico aplicável. O particular tem o direito de poder confiar que ao contrato sobre poderes públicos se ligam efeitos jurídicos prescritos pelo ordenamento jurídico em termos formalmente claros, compreensíveis e não contraditórios. Caso o regime dos contratos sobre o exercício de poderes públicos se revele de “difícil apreensão” pelas partes, esse cenário acarretará*

*graves prejuízos para a expansão prática de uma tão relevante figura do direito administrativo moderno.*

**60.3. Terceira Conclusão** – *A interposição de uma estruturada pré-compreensão das exigências constitutivas do problema do contrato administrativo celebrado no exercício de poderes públicos conduz à necessidade de dilucidar os princípios jurídicos que materialmente o fundamentam e, bem assim, apresentar os seus quadros conceptuais e classificatórios próprios (desde logo, para a distinguir de outros contratos administrativos e de outras figuras da ação administrativa). Foi, por isso, nossa opção estruturar, na presente investigação, o contrato administrativo sobre poderes públicos enquanto complexo normativo que se reúne à volta de princípios jurídicos comuns aplicáveis às diferentes factispecies contratuais. Nesta linha, o recurso à figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos alicerça-se fundamentalmente em quatro princípios jurídico-administrativos, a saber: o princípio da autonomia pública contratual, o princípio da legalidade administrativa, o princípio da boa administração e o princípio da participação dos particulares na formação das decisões administrativas:*

**(a)** *Afirma-se no ordenamento português um princípio geral de livre utilização do contrato administrativo como forma jurídica de atuação administrativa (artigos 200.º, n.º 3, do CPA e 278.º do CCP). Em consequência, salvo exclusões resultantes da lei ou da natureza das relações a estabelecer, os órgãos administrativos podem escolher prosseguir a sua competência através de uma forma jurídica unilateral ou bilateral (princípio da intercambialidade ou fungibilidade entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais):*

**(a1)** *A alternatividade ou fungibilidade entre ato e contrato administrativo foi reforçada pelo artigo 127.º do CPA, que consagrou a figura da “terminação contratual do procedimento administrativo” ou da “conclusão do procedimento administrativo por contrato”. Dentro do espetro permitido pelo direito substantivo, a administração pode optar pela forma contratual. Assim, o princípio da intercambialidade não atribui às partes uma faculdade de modificar ou derrogar o conteúdo imperativo da lei no que se refere à prática de atos administrativos. A pretexto de constituir um acordo de vontades, baseado no consentimento do particular, o contrato não pode transformar-se num expediente de violação da lei;*

**(a2)** *Todavia, o princípio geral da paridade entre a forma contratual e a forma unilateral de prossecução das atribuições das pessoas coletivas, permitindo uma genérica e discricionária opção pela forma contratual de exercício da atividade administrativa, não pretende traduzir uma estrita neutralidade na regulação jurídica da relação contratual,*

tendo antes implicações ao nível do regime jurídico aplicável. A utilização do contrato sobre o exercício de poderes públicos em substituição da prática de um ato administrativo (artigo 127.º do CPA) tem o efeito prático de provocar uma substituição do regime jurídico aplicável à concreta relação jurídica administrativa. Aliás, a afirmação do contrato como “fonte de direito” nos termos do artigo 279.º do CCP, que concebe o contrato como determinante do regime aplicável à relação jurídica contratual, aponta no sentido exposto. Isso significa que o clausulado do contrato sobre o exercício de poderes públicos não apenas ocupa uma posição primacial na identificação da disciplina jurídica aplicável, como assume uma função equivalente aos demais parâmetros de vinculação que impendem sobre a atividade administrativa;

**(a3)** A utilização do contrato em substituição do ato administrativo produz, então, uma reconfiguração do regime jurídico substantivo aplicável, aplicando-se o regime do contrato administrativo (Parte III do CCP) em vez do regime jurídico do ato administrativo (artigos 148.º e segs. do CPA), o que confirma a tese da disponibilidade de regimes jurídicos. Contudo, isso não significa que o nosso sistema jurídico não introduza limites, freios e contrapesos à liberdade de utilização do contrato administrativo – postulado da “unidade do sistema jurídico” –, sobretudo quando estejamos na presença de vinculações da administração a normas de direito público que concretizem regras imperativas ou princípios constitucionais. É esse o caso da regulação dos pressupostos da revogação de atos constitutivos de direitos. Neste sentido, aos contratos sobre o exercício de poderes públicos que substituam atos administrativos constitutivos de direitos não se aplique a regra da liberdade de fixação dos pressupostos da modificação e da revogação, aplicando-se, ao invés, o regime da modificação e da revogação dos atos administrativos substituídos, com fundamento no artigo 336.º do CCP “in fine”. Isto significa que, nas matérias assinaladas, o contrato substitutivo de ato administrativo deve reproduzir as disposições da lei do procedimento (exigência de conformidade do conteúdo do contrato à lei), previstas nos artigos 167.º e 173.º do CPA, que se aplicam haja ou não declaração de vontade dos sujeitos nesse sentido;

**(b)** O princípio da legalidade, nas suas vertentes do primado e da precedência da lei, vale para o contrato administrativo nos mesmos termos em que vale para o ato administrativo. As relações desenvolvidas entre a atividade contratual administrativa e a lei pautam-se pela subordinação daquela aos comandos imperativos desta última, pelo que o contrato administrativo, mesmo ancorado no consentimento do particular, não permite estipular contra a lei, nem confere à administração o poder para determinar efeitos jurídicos que não se possam reconduzir a uma norma legal de competência:

**(b1)** *Não obstante a exigência de que o conteúdo inserido nas cláusulas contratuais encontre correspondência numa norma legal (princípio da conformidade do conteúdo do contrato à lei), à administração é reconhecido pelo legislador um poder próprio para desenhar certos aspetos do concreto conteúdo da relação jurídica, incluindo a definição do “an”, do “quando” da produção de efeitos jurídicos legais, e, bem assim, quando for titular de um poder discricionário, a faculdade de estipular o conteúdo administrativo extra-típico do contrato, inserido ao abrigo de um poder discricionário, que habilita o órgão administrativo a definir a regulação mais adequada ao caso concreto. O que equivale a dizer que é neste domínio de discricionariedade (discricionariedade de escolha e discricionariedade de decisão) que se reconhece espaço para a negociação e para a determinação do conteúdo do contrato;*

**(b2)** *Sendo o contrato administrativo fonte de direito, desde que conforme com a Constituição e a lei (artigo 279.º do CCP), um contrato sobre o exercício de poderes públicos válido e eficaz mostra-se passível de integrar o “bloco da legalidade”, o que significa que a vinculação contratual da administração pública também serve de padrão de conformidade da futura atuação administrativa unilateral;*

**(c)** *O princípio da boa administração (artigo 5.º, n.º 1, do CPA), ao tornar clara uma genérica vinculação a critérios de economia e eficiência, apresenta-se como um princípio com um âmbito normativo de intervenção nitidamente substantivo, conformando o conteúdo das atuações administrativas, qualquer que seja a natureza dessas atuações. Sucede, porém, que o referido princípio apresenta uma impreterível dimensão procedimental ou formal, na medida em que, ao serem fixados imperativos teleológicos de ação, decorre não ser indiferente a forma jurídica (unilateral ou bilateral) de concretização de tais imperativos, devendo o decisor administrativo procurar as medidas mais adequadas e escolher sempre as melhores soluções tendentes à realização do princípio da boa administração. Dentro do espaço permitido pela lei, o princípio da boa administração revela-se suscetível de produzir impactos ao nível das soluções procedimentais seguidas pelos órgãos administrativos:*

**(c1)** *O novo Código do Procedimento Administrativo consagra em matéria de procedimento administrativo um subprincípio do princípio da boa administração, o designado “princípio da adequação procedimental” (artigo 56.º). Constituindo uma forma de disponibilidade do exercício dos termos do poder administrativo e de flexibilidade da legalidade (“na ausência de normas jurídicas injuntivas”), o princípio da adequação procedimental atribui ao responsável pela direção do procedimento discricionariedade na*

*respetiva estruturação, podendo ser interpretado como fundamento para a contratualização da atividade administrativa;*

*(d) A amplitude que, hoje, é reconhecida ao contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos deriva, em grande medida, de um fenómeno que se situa no quadro de uma transformação gradual operada nos modernos sistemas administrativos para o incremento da participação dos particulares na atividade administrativa, em especial, da participação procedimental. A relevância constitucional e legal da participação dos interessados veio insuflar um novo relevo à contratualização entre atores públicos e privados no decurso do procedimento administrativo, constituindo um fator de “moderação”, flexibilização ou de “atenuação” do grau de densidade exigido pelo princípio da legalidade administrativa:*

*(d1) A participação procedimental é, desde logo, uma forma de participação externa, pois não envolve uma integração dos “interessados” nas próprias instâncias ou órgãos administrativos e refere-se, essencialmente, à participação dos particulares “na formação das decisões ou deliberações que lhes dizem respeito” (ex vi artigo 267.º, n.º 5, da CRP e artigo 12.º do CPA). A participação procedimental encontra-se regulada, genericamente, no Código do Procedimento Administrativo: a organização procedimental, a legitimidade dos participantes (participação procedimental individual ou coletiva), os momentos (preventiva e sucessiva), os níveis de intensidade (dialógica e coconstitutiva, participação audiência e participação-concertação) e os respetivos mecanismos de garantia de eficácia dependem da específica configuração e tramitação do procedimento administrativo;*

*(d2) A participação dos particulares na formação das decisões administrativas não provoca tão flagrantes perturbações no quadro geral de relacionamento entre o Estado e a sociedade, como sucede com outras formas de participação administrativa (v.g., participação orgânica em órgãos decisórios). No limite, a intervenção especialmente qualificada dos particulares no procedimento administrativo pode influenciar decisivamente o conteúdo de decisões públicas, mas sem que tal signifique a partilha do poder decisório entre eles e os órgãos administrativos;*

*(d3) Situado num plano de participação procedimental, em regra na fase constitutiva ou decisória, apresenta-se o contrato que tem por objeto regular os termos do exercício do poder público por ato administrativo. Através da conclusão de acordos procedimentais (substitutivos ou obrigacionais), a administração chama os interessados a colaborar na definição ou redefinição do conteúdo da decisão administrativa, tomando em consideração as observações e propostas dos interessados. Com a entrada em vigor do*

novo CPA, observa-se que o legislador pretendeu promover, de forma empenhada, a contratualização da atividade administrativa (artigos 56.º, 57.º, 77.º, n.º 4, 98.º, n.º 2, e 127.º), valorando positivamente a participação do interessado na conformação de efeitos jurídico-administrativos de que é destinatário, seja através da previsão de contratos endoprocedimentais, seja por intermédio de contratos substitutivos de atos;

(d4) A participação de interessados em procedimentos administrativos de normação assume especial relevância no campo da regulação pública. A abertura formal à participação dos regulados no âmbito do poder regulamentar das autoridades reguladoras tem a sua imediata justificação no facto de se encontrar conferida àquelas entidades a competência para emanar regulamentos independentes para a prossecução dos fins que estão a seu cargo. Acusando uma forte inspiração no §553 do Administrative Procedure Act norte-americano, no contexto de “americanização do direito europeu”, alguns estatutos de entidades reguladoras nacionais preveem a participação dos regulados no procedimento de elaboração de regulamentos, consagrando normas que disciplinam o procedimento de consulta pública dos mesmos;

(d5) A participação de interessados em procedimentos administrativos de normação assume especial relevância nos setores da planificação territorial e urbanística. Neste domínio, é possível ir ainda mais longe e apelar para uma verdadeira participação-negociação dos particulares ao nível do procedimento de formação de planos urbanísticos, já que se admite no direito português, à semelhança do que ocorre no direito alemão, a possibilidade do recurso à figura do contrato administrativo de vinculação à aprovação de um regulamento, com o objetivo de definição não apenas do “an”, mas também do próprio conteúdo normativo (artigos 47.º da LBPSOTU e 79.º a 81.º do RJIGT) do plano urbanístico – contrato sobre o exercício do poder regulamentar.

**60.4. Quarta Conclusão** – O recurso ao contrato sobre o exercício de poderes públicos deve produzir resultados preferíveis às alternativas disponíveis, deste modo evidenciando-se as virtualidades associadas à escolha da forma contratual em detrimento da conformação da relação jurídica por via unilateral:

(a) Sob ponto de vista da sua estrutura, a forma contratual apresenta maior flexibilidade do que a atuação por via unilateral, ao ajustar-se a situações não previstas ou atípicas e ao permitir alargar, em certos termos, os efeitos jurídicos que se desejam ver produzidos com base no consentimento ou no acordo do particular;

(b) *As atuações de controlo e de regulação administrativa das atividades de iniciativa privada para salvaguarda do interesse público não se satisfazem com as categorias unilaterais da permissão, imposição ou proibição. Perante situações de grande complexidade, há necessidade de planificação e de racionalização, para assegurar a eficiência e a eficácia das novas tarefas administrativas. Neste sentido, a técnica contratual oferece maiores vantagens, designadamente sob ponto de vista da programação da intervenção administrativa e da gestão da relação jurídica contratual. Além disso, o contrato representa aqui uma possibilidade de assegurar o interesse público, através da adequação das normas que o determinam às circunstâncias não previstas, nem previsíveis;*

(c) *O recurso ao contrato permite ajustar ou conciliarem, de uma mais forma adequada, interesses públicos e privados no procedimento administrativo e estimula uma colaboração mais efetiva dos particulares do que a que resultaria de uma atuação da administração de carácter unilateral;*

(d) *O contrato constitui um instrumento de grande valia para a execução de políticas públicas, em especial, a captação de investimento privado. A realização de investimento privado reprodutivo na economia exige a utilização de instrumentos jurídicos contratuais que se caracterizem por oferecer ao setor privado estabilidade e segurança na realização de empreendimentos económicos (princípio da confiança). A iniciativa privada prefere instrumentos jurídicos que garantam a previsibilidade e a segurança necessárias à realização de investimentos – o contrato introduz, nesse sentido, um quadro ou uma regulação jurídica que induz a “confiança”. Neste sentido, a utilização da forma contratual oferece às partes um cronograma de intervenção que permite maior adequação dos projetos apresentados pelos particulares aos constrangimentos legais, unificando num único instrumento a previsão de uma multiplicidade de obrigações legais e regulamentares a cumprir pelo operador económico;*

(e) *Finalmente, é possível apontar ao contrato uma função de mediação e de resolução de litígios, sobretudo em áreas da administração agressiva em que tramitação procedimental é informada por uma índole tipicamente conflitual ou quando existem dúvidas/incertezas na verificação de determinados pressupostos de facto ou na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Se a vontade do particular interveio de forma coconstitutiva na estipulação de efeitos jurídicos, isso significa que, em princípio, o mesmo conformará a sua conduta quando a ação administrativa reflete o acordo alcançado. Esta circunstância facilita a implementação da decisão administrativa, por via da adesão e da aceitação pelo respetivo destinatário e promove uma lógica de atuação mais cooperativa e preventiva.*



**60.5. Quinta Conclusão** – *Apesar de atribuída em geral aos órgãos da administração pública, a capacidade para o emprego da forma do contrato administrativo conhece limites (artigos 200.º, n.º 3, do CPA, e 278.º do CCP). O princípio é o da admissibilidade, embora com limites e compressões. Neste capítulo, distinguem-se os limites que afastam a forma contratual da regulação jurídica de certas matérias (proibição da forma contratual) e os limites específicos aplicáveis ao contrato sobre o exercício de poderes públicos na estipulação do conteúdo (proibição de conteúdo), decorrentes da lei, da natureza das relações jurídicas e de princípios jurídicos fundamentais:*

(a) *Os limites na autonomia de escolha da forma contratual administrativa consistem nos casos de imposição ou de vinculação da administração a uma forma jurídica obrigatória, seja por força de uma proibição legal do recurso à forma do contrato administrativo (quando “outra coisa resultar da lei”), seja com base no limite da “natureza das relações a estabelecer”, seja ainda como resultado da vigência de princípios que valoram negativamente a participação coconstitutiva do destinatário na conformação de certas situações jurídico-administrativas. Convém, no entanto, “temperar” ou “moderar” a interpretação jurídica destes limites, de modo a não resvalar na afirmação de proibições genéricas, que se revelam contrárias ao princípio geral da livre utilização do contrato. Hodiernamente, mesmo que a lei estabeleça que o ato conclusivo de um procedimento é um ato administrativo (v.g., licença ou autorização), tal não pode significar, de imediato, uma exclusão da forma contratual, já que o CPA admite a substituição do ato pelo contrato no “terminus” do procedimento administrativo (aliás, o artigo 127.º parece constituir, agora, fundamento suficiente para essa substituição), bem como acolhe a possibilidade de celebração de acordos endoprocedimentais;*

(b) *Os limites à utilização do contrato sobre o exercício de poderes públicos podem também resultar do estabelecimento de condicionalismos ao conteúdo, quando uma determinada esfera de relações administrativas é regulada por normas imperativas ou pela necessidade de assegurar uma estrita igualdade de tratamento. Os limites à estipulação de conteúdo contratual dependem, desde logo, da intensidade ou do grau de predeterminação normativa (v.g., quando estejamos perante competências administrativas estritamente vinculadas, já que aí o exercício de competências pelo órgão administrativo exige o respeito pela determinabilidade do paradigma decisório). Além disso, os limites à autonomia de fixação do conteúdo também podem resultar da vigência de princípios jurídicos (princípio da proporcionalidade e do equilíbrio financeiro – artigo 281.º do CCP)*

ou, ainda, da “ambiência contratual”, ou seja, na presença de contratos administrativos “involuntários”, “impositivos” ou “ditados”, em que as cláusulas contratuais já se encontram preestabelecidas, podendo dizer-se que, em tais casos, o conteúdo não é imposto legalmente, mas em termos “fáticos”;

(c) Um último limite jurídico ao contrato sobre o exercício de poderes públicos diz respeito à proibição de substituição de norma jurídica administrativa por contrato administrativo. Este limite opera no quadro das leis de procedimento administrativo que também regulam a atividade regulamentar da administração pública, observando-se no CPA a inexistência de um princípio geral de alternatividade entre regulamento e contrato administrativo. A inadmissibilidade em geral de um contrato substitutivo de um regulamento administrativo é exclusivamente uma temática da proibição da forma contratual. Se do diploma regulador do procedimento regulamentar resultar a falta de idoneidade do contrato para a conformação de efeitos jurídicos que a lei expressa ou implicitamente prevê que devam ser determinados por regulamento, a forma contratual é afastada, independentemente do conteúdo. Contudo, o mesmo já não sucede quanto à preparação ou negociação prévia da elaboração de um regulamento administrativo. Mesmo quando não existe fundamento legal para substituir um regulamento por contrato e o poder administrativo de normação tenha que ser exercido formalmente por via unilateral, tal não impede a celebração de um contrato sobre o exercício do poder regulamentar.

**60.6. Sexta Conclusão** – Existe ato administrativo de colaboração quando a manifestação de vontade do particular constitui requisito de validade ou de eficácia e está-se perante um contrato sobre o exercício de poderes públicos se, no plano estrutural, a manifestação de vontade do particular assumir caráter coconstitutivo e surgir como requisito de existência. A “existência jurídica” do contrato resulta da união de duas declarações de vontade, a da administração (contraente público) e a do particular (cocontratante). Nos casos mais duvidosos, a doutrina fornece critérios de distinção, tendo em vista apurar qual foi efetivamente a vontade dos intervenientes:

(a) Se ao ato administrativo for aposta uma cláusula modal, importa reter que é a administração que impõe unilateralmente ao destinatário do ato uma obrigação de “facere”, ao passo que os vínculos emergentes de um contrato sobre o exercício de poderes públicos resultam do consenso das partes, porquanto o particular aceita e participa na determinação do conteúdo prestacional;

**(b)** *A promessa (“Zusicherung”) confere ao órgão administrativo um exclusivo de intervenção decisória e traduz um compromisso vinculativo, unilateralmente assumido pela autoridade administrativa, no sentido de realizar ou omitir uma determinada medida administrativa. A promessa gera uma obrigação unilateral da administração, que se autovincula ao seu cumprimento (promessa de exercício ou de não exercício futuro de poderes), enquanto o contrato gera uma autovinculação administrativa bilateral, já que envolve o partilhar pela administração da produção da fonte vinculativa com outra ou mais vontades;*

**(c)** *Como regra, o novo CPA exige que o contrato sobre o exercício de poderes públicos obedeça à forma escrita. O CPA regula diretamente no artigo 57.º, n.º 1, a forma do contrato endoprocedimental, sendo exigida a forma escrita. No que concerne aos contratos substitutivos, é defensável a aplicação analógica do artigo 150.º, n.º 1, do CPA. A exigência da forma escrita cumpre uma dupla função: por um lado, é essa a forma que melhor tutela os interesses das partes, protegendo-as de conclusões precipitadas quanto ao sentido, âmbito e extensão dos vínculos correspondentes (função de advertência); por outro, é essa a forma que reproduz mais fielmente o conteúdo e o fim do contrato (função de prova), em conformidade com a vontade das partes, permitindo o afastamento da sua qualificação como atuação administrativa informal.*

**60.7. Sétima Conclusão** – *Entendemos que o contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos é um acordo de vontades juridicamente vinculativo celebrado entre dois ou mais sujeitos de direito, sendo um deles necessariamente um membro da administração pública que age nessa qualidade (enquanto tal), que tem por objeto regular o modo ou os termos do exercício do poder administrativo, seja quanto à emissão (ou não emissão) de um ato unilateral da administração com um certo conteúdo, seja quanto à substituição de um procedimento unilateral por outro de estrutura bilateral:*

**(a)** *Enunciando fatores ou elementos objetivos de qualificação, o legislador densifica, no n.º 6 do artigo 1.º do CCP, o conceito de contrato administrativo. Na alínea b) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP qualifica como administrativos os “contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”. É evidente a natureza administrativa destes contratos, que decorre do seu objeto e que necessariamente implica a aplicabilidade de um regime de direito administrativo e não de direito privado. Com efeito, pode mesmo dizer-se que se trata de contratos administrativos por natureza, submetidos a um regime de direito administrativo em razão da natureza*

*pública do seu objeto e cuja qualificação está subtraída à disponibilidade das partes. Além do critério do objeto público (“Gegenstandstheorie”), nos casos mais duvidosos, deve proceder-se à combinação do critério do objeto com o critério do direito especial ou critério estatutário (“Sonderrechtstheorie”);*

*(b) O legislador do Código dos Contratos Públicos refere-se aos “contratos com objeto passível de ato administrativo” e “demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”. Todavia, estas expressões não são sinónimos. Por um lado, o âmbito do conceito de contrato sobre o exercício de poderes públicos é mais reduzido do que o do conceito de contrato com objeto passível de ato administrativo, na medida em que exclui as concessões (em rigor, os contratos de delegação de funções ou serviços públicos e afins). Por outro lado, e em sentido oposto, o âmbito do conceito de contrato sobre o exercício de poderes públicos é mais largo do que o do conceito de contrato com objeto passível de ato administrativo, já que abrange não apenas os contratos que condicionam o exercício de um poder público (endoprocedimentais e substitutivos) relacionados com a prática de atos administrativos, como também os contratos relativos à emissão de normas regulamentares.*

**60.8. Oitava Conclusão** – *No que respeita à intersecção entre ato e contrato administrativo, podemos afirmar que, no direito português, trata-se, em regra, de figuras intercambiáveis ou de utilização alternativa. Do artigo 127.º do CPA resulta que um procedimento que se desenrolou para a formação de um ato administrativo pode terminar com um contrato. Em sentido contrário, o ato administrativo também pode substituir o contrato administrativo, segundo o disposto no artigo 1.º, n.º 3, do CCP. Existem diversos momentos de utilização combinada entre ato e contrato administrativo:*

*(a) O conceito de contrato celebrado no exercício de poderes públicos relativo à prática de um ato administrativo abrange os contratos endoprocedimentais e os contratos prévios à tramitação do procedimento. Os primeiros são concluídos dentro do procedimento administrativo de formação de um ato administrativo, abrangendo os contratos obrigacionais ou de vinculação à prática de um ato administrativo (em que se acorda a emissão ou não emissão de um ato administrativo com um certo conteúdo), os contratos decisórios ou substitutivos do ato administrativo e os contratos sobre o exercício da discricionariedade procedimental. Por sua vez, os segundos são celebrados entre a administração e os particulares num momento anterior à tramitação do procedimento administrativo, tendo em vista a preparação dos termos do procedimento ou visando determinar total ou parcialmente o conteúdo de um ato administrativo a praticar no futuro;*

(b) *Por meio de um contrato sobre o exercício da discricionariedade procedimental, as partes, de acordo com o artigo 57.º, n.ºs 1 e 2, do CPA, acordam “termos do procedimento” que condicionam a prática de atos ulteriores, comprometendo-se a adotar certas condutas no decurso do procedimento administrativo (v.g., proceder a consultas, obter pareceres e promover diligências instrutórias), a estabelecer o valor probatório de certos documentos, a fixar matéria factual controvertida ou, ainda, o sentido interpretativo de determinadas normas jurídicas. No entanto, pode acontecer que o contrato endoprocedimental vá mais longe e não só regule os trâmites que condicionam a produção da decisão, como oriente o sentido ou predetermine o conteúdo da decisão final (artigo 57.º, n.º 3, do CPA), falando-se em contrato obrigacional ou de vinculação à prática de um ato administrativo. Este tipo de vinculação contratual consubstancia uma forma contratual prévia de exercício procedimental do poder discricionário da administração, ocorrendo no contexto de um exercício antecipado do poder discricionário;*

(c) *Finalmente, a adoção genérica de formas bilaterais de exercício da atividade administrativa e a alternatividade entre ato e contrato administrativo foram reforçadas pelo artigo 127.º do CPA, que consagrou a figura da terminação contratual do procedimento administrativo ou da conclusão do procedimento administrativo por contrato. Entre nós, a administração encontra-se habilitada para substituir o ato administrativo por um contrato e definir por consenso o conteúdo de relações jurídicas que poderia conformar unilateralmente. O contrato substitutivo produz imediatamente efeitos constitutivos numa dada relação jurídica administrativa, na medida em que contém a regulação imediata de uma determinada situação jurídica, em cumprimento de uma norma legal ou de uma anterior disposição contratual. Assim, do lado da administração, ocorre uma abdicação da unilateralidade decisória, enquanto do lado do particular, manifesta-se uma forma qualificada de participação na decisão final, consubstanciada numa participação coconstitutiva.*

**60.9. Nona Conclusão** – *A tendência dos tempos modernos para a contratualização decisória pública postula, igualmente, uma íntima conexão com a temática do poder regulamentar da administração pública. Assim, o contrato pode surgir como uma forma de atuação alternativa ao regulamento administrativo ou como um processo que se combina com tal figura da ação pública unilateral na modelação de relações jurídicas administrativas – também por aqui se poderá afirmar uma linha de compatibilidade entre contrato e regulamento administrativo. De forma inovadora, o*

*contrato penetrou na atividade regulamentar da administração pública, observando-se que a normação autoritária, por vezes, dá lugar a uma normação consentida, negociada ou cooperativa, gerando um fenómeno de “bilateralidade constituinte do direito”, que transfigura procedimental e materialmente a normatividade. A proliferação de pactos normativos, contratos regulamentares ou contratos sobre o exercício do poder regulamentar (“Normsetzungsverträge, Normverträge, Normenverträge ou Normsetzende Vereinbarungen”) – que traduzem vínculos contratuais dotados de uma evidente natureza normativa, nuns casos produzindo regras jurídicas para terceiros que não subscreveram o contrato, noutros gerando formas de predeterminação negocial da normatividade – introduz um modelo de partilha do poder de administrar, convocando uma plêiade de novos problemas relacionados com a vinculação do regulamento ao contrato administrativo e com a fungibilidade entre ambas as formas de atuação administrativa:*

**(a)** *O contrato normativo ou de normação, servindo de padrão de conformidade da futura atuação administrativa unilateral, define uma disciplina jurídica uniforme, geral e abstrata, a que deve submeter-se no seu âmbito a subsequente prática de atos administrativos ou a futura celebração de contratos singulares. Nessa medida, produz direito objetivo aplicável a terceiros e serve de parâmetro ou de paradigma cogente para casos futuros e destinatários indeterminados. Daí o contrato constituir uma forma de heterorregulação normativa, pelo menos na perspectiva dos destinatários das normas nele acolhidas que não o tenham subscrito. Em conformidade, deve exigir-se a submissão do contrato de normação aos princípios da publicidade e da transparência, bem como o acesso à informação procedimental (v.g., acesso ao texto do contrato e respetivos anexos) para que os destinatários os possam conhecer (cfr., em termos próximos, o n.º 4 do artigo 287.º do CCP);*

**(b)** *Quando a administração consensualiza com o cocontratante a produção de efeitos jurídicos que poderiam ser produzidos em alternativa através de um regulamento administrativo, deve o contrato ser qualificado como um contrato com objeto passível de regulamento administrativo. A qualificação do contrato como tendo um objeto passível de regulamento administrativo coloca-se num plano abstrato, consoante o específico objeto de um contrato determinado possa ser ou não suscetível de figurar num regulamento administrativo. À luz do CPA português, não se pode afirmar um princípio da intercambialidade entre regulamento e contrato administrativo em termos idênticos ao que sucede na relação entre ato administrativo e contrato, pelo que não é defensável a aplicação analógica do artigo 127.º do CPA nessa matéria;*

(c) *Ao contrário do que sucede no contrato de normação, que introduz imediatamente efeitos inovatórios na ordem jurídica, na hipótese de o contrato ser celebrado no exercício do poder regulamentar, as alterações normativas do sistema jurídico só ocorrerão se e quando os órgãos administrativos com competência regulamentar emanarem, em cumprimento do contrato, o regulamento em causa. O objeto do contrato sobre o exercício do poder regulamentar é a conformação do conteúdo de uma norma, que depois é adotada de modo unilateral, configurando, portanto, um contrato integrativo do procedimento de elaboração de normas regulamentares. Entre nós, “salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”, o princípio da autonomia pública contratual (artigos 200.º, n.º 3, do CPA e 278.º do CCP) constitui fundamento suficiente para o exercício contratual do poder regulamentar, já que em causa está um contrato de carácter endoprocedimental quanto ao exercício futuro do poder regulamentar;*

(d) *Além disso, existem outros contratos administrativos que, sob o ponto de vista do seu objeto ou da produção de efeitos jurídicos (âmbito da eficácia subjetiva), possuem uma inerente estrutura normativa ou regulamentar (contratos com efeitos regulamentares e contratos de delegação do poder regulamentar).*

**60.10. Décima Conclusão** – *A questão da compatibilidade entre poder público e contrato constitui, desde logo, um problema de regulamentação, na medida em que a sua consolidação atinge o núcleo essencial de princípios e regras do ordenamento jurídico-administrativo, alterando significativamente o quadro do regime jurídico aplicável às concretas relações administrativas. Equivale isto a dizer que o problema da compatibilidade entre poder público e contrato revela-se fundamental para a expansão prática de uma tão relevante figura do direito administrativo moderno, como é o contrato sobre o exercício de poderes públicos. Fruto da entrada em vigor do novo Código do Procedimento Administrativo, que não apenas prevê os acordos endoprocedimentais (artigos 57.º e 98.º, n.º 2) e substitutivos (artigos 77.º, n.º 4, e 127.º), como aprofunda a contratualização da atividade administrativa, o problema da determinação do regime jurídico aplicável é essencialmente focado nos contratos que têm por objeto regular os termos do exercício do poder público por ato administrativo:*

(a) *Os dados e as indicações legais (remissão efetuada pelo artigo 202.º, n.º 1, do CPA para a Parte III do CCP) parecerem apontar para uma aplicação da Parte III do CCP em conjugação com as normas procedimentais e substantivas que o CPA consagra para a*

*produção de atos administrativos. Os contratos sobre o exercício de poderes públicos estão abrangidos por um regime específico (Capítulo IX do Título I da Parte III), que consta dos artigos 336.º e 337.º do CCP, e por outras normas do Título I da Parte III especificamente dedicadas a estes contratos [artigos 5.º, n.º 6, b), 285.º, n.º 1, 287.º, n.º 1, e 313.º, n.º 3], bem como pelo regime comum aplicável a todos os contratos administrativos (normas do Título I da Parte III, cuja aplicação se revele adequada). Sobretudo em matéria de contratos substitutivos de atos administrativos, o regime do CCP não pode deixar de ser confrontado com as normas (imperativas) procedimentais e materiais que o CPA define para a prática de atos administrativos;*

*(b) O regime dos contratos sobre o exercício de poderes públicos deve acautelar a realização de alguns valores fundamentais e a observância de certos limites. Por um lado, impõe-se a proteção do interesse público e a defesa da legalidade formal e substancial, afastando-se disposições contratuais contrárias ao ordenamento jurídico. Por outro lado, exige-se a garantia das posições jurídicas subjetivas do particular cocontratante, de forma a evitar que o contrato pudesse ser utilizado para contornar o regime garantístico associado à prática de atos administrativos, designadamente constringendo-o a aceitar encargos que, através de ato administrativo, não lhe podiam ser assacados;*

*(c) Ainda que se deva assumir a pretensão de construir um regime jurídico unitário da figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos, não se pode estranhar a aplicação de determinadas soluções diferenciadas a dois grupos de contratos: os contratos endoprocedimentais (de vinculação à prática de um ato administrativo) e os contratos substitutivos. Em rigor, o contrato endoprocedimental possui carácter obrigacional (e não decisório), pelo que a decisão que define a situação jurídica do destinatário em termos finais é formalmente emitida através de ato administrativo. Logo, a administração convoca para a disciplina da relação jurídica fundamental o regime jurídico aplicável ao ato administrativo, com a particularidade de se tratar de uma definição consensual do ato final do procedimento. Diversamente, quando a administração conclui o procedimento por via de contrato, estamos na presença de um contrato decisório, que tem a força jurídica de “habilitar” ou de “autorizar” diretamente o cocontratante no exercício de uma determinada atividade, sendo, além disso, suscetíveis de introduzir diretamente alterações na esfera jurídica de terceiros. A administração convoca, agora, para a disciplina da relação jurídica fundamental o regime do contrato administrativo, daqui resultando diversos traços específicos do contrato com objeto passível de ato administrativo em consonância com a ideia de substituição de substituição do regime jurídico aplicável.*



**60.11. Décima Primeira Conclusão** – *Os vários aspetos do regime jurídico do contrato sobre o exercício de poderes públicos analisados ao longo da Dissertação (competência, procedimento de formação, forma, eficácia entre as partes e em relação a terceiros, determinação do conteúdo contratual, cumprimento e incumprimento, modificação e extinção, regime de invalidade e questões processuais) representam o nosso contributo para esclarecer o modo como se legitima, no ordenamento jurídico português, a intervenção do contrato na regulação do procedimento administrativo. O aprofundamento da contratualização da atividade administrativa procedimental – que figurou como uma das grandes linhas da reforma da lei do procedimento administrativo – apenas será plenamente alcançado, caso o regime dos contratos sobre o exercício de poderes públicos ofereça às partes garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação, calculabilidade e previsibilidade.*

*Fruto da intersecção com outras formas do agir administrativo, o contrato sobre o exercício de poderes públicos comunga de elementos que o aproximam do ato administrativo, surgindo como uma figura sobretudo ligada ao procedimento de formação do ato administrativo. Por essa razão – uma vez que sempre se lhe aplicarão normas jurídicas geneticamente “pensadas” para o ato administrativo –, caberá principalmente à doutrina e à jurisprudência trilhar o caminho que visa sedimentar o ponto de equilíbrio entre o contrato (“lógica do pactum”) e o poder público (“lógica da função”). Foi algum desse caminho que fizemos ao longo da presente Dissertação.*

## BIBLIOGRAFIA

ABEGG, Andreas – *Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten: der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert*, Lucius & Lucius DE, 2010.

ACHTERBERG, N. – “Der öffentlich-rechtliche Vertrag”, *JA*, 1979.

AGUIAR, Joaquim – *A Política de Defesa Nacional como Política Pública Interdepartamental*, Instituto de Defesa Nacional, Lisboa, 1989.

AICARDI, N. – “La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativo: fondamenti e caratteri”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.º 33, 1997.

ALBERGARIA, Pedro Soares de – *Plea Bargaining, Aproximação à Justiça Negociada nos EUA*, Coimbra, 2007.

ALESSI, R. – *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953.

– *Principi di Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1974.

ALEXANDRINO, José de Melo – “Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades”, *O Tribunal Constitucional e a Crise, Ensaios Críticos*, (org.) G. de Almeida Ribeiro/L. Pereira Coutinho, Coimbra, 2014

ALEXY, Robert – “My Philosophy of Law: the institutionalisation of reason”, ed. Luc J. Witgens, *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academic Publishers, 1999.

– “Certeza jurídica e Correção”, *BFDUC* 88 (2013).

ALLEGRETTI, GIOVANNI /ALLULLI, MASSIMO – “Os Orçamentos Participativos na Itália: uma ponte rumo ao Novo Município”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* (CES), n.º 77, Junho 2007.

ALLEGRETTI, UMBERTO – *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè Editore, 2009.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Contratos I*, Coimbra, 2008.

– *Direito Económico*, II, policop., Lisboa, 1979.

ALMEIDA, J. Estorninho de – *A cultura burocrática ministerial: repartições, empregados e quotidiano das secretarias de Estado na primeira metade do século XIX*, Dissertação de Doutoramento, Repositório da Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, 2008.

ALMEIDA, Isabel Banond de – *A ideia de Liberdade em Portugal*, Coimbra, 2012.

ALMEIDA, JOÃO AMARAL E/ SÁNCHEZ, PEDRO FERNÁNDEZ – *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra, 2011.

ALMEIDA, Mário Aroso de – “A Arbitragem no Direito Administrativo Português”, *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2004.

– “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. 2, Coimbra, 2012.

– “Apontamento sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, 2011.

– “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, 2007.

– *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra, 2010.

ALMEIDA, P. Tavares de – *A construção do Estado liberal. Elite política e burocracia na Regeneração (1851-1890)*, Dissertação Doutoramento, FCSH/UNL, Lisboa, 1995.

ALMGREN, G. Robert – *Health Care Politics, Policy and Services: A Social Justice Analysis*, Springer Publishing Company, 2012.

ALTHUSIUS, Johannes – *Politica Methodice Digesta*, ed. C. J. FRIEDRICH, Harvard University Press, 1932.

ÁLVAREZ GENDÍN, S. – *Los contratos públicos. Doctrina y legislación*, Madrid, 1934

AMAN, Alfred C. – “Private Prisons and the Democratic Deficit”, *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, eds. Simon Chesterman, Angelina Fisher, Oxford University Press, 2009.

AMARAL, Freitas do – “Apreciação da dissertação de doutoramento do Lic. J. M. SÉRVULO CORREIA: Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V.XXIX (1988).

– *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra, 2001.

– “Nota sobre o conceito de propriedade em Locke”, *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Coimbra, 2002.

– *Curso de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 2010.

– *História das Ideias Políticas*, I, Coimbra, 2010.

– *História do Pensamento Político Ocidental*, Coimbra, 2012.

– “Fases do procedimento decisório de 1.º grau”, *Direito e Justiça*, VI.

AMARAL, Freitas do/QUADROS, Fausto de /ANDRADE, Vieira de – *Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*, 2002.

- AMARAL, Maria Lúcia – “Constituição e organização do poder político: constitucionalismo forte, constitucionalismo débil”, *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. V, 2006.
- AMARELLI, F./GIOVANNI, L./GARBARINO, P./SCHIAVONE, A./VINCENTI, U. – *Storia del Diritto Romano*, Torino, 2001.
- AMORIM, João Pacheco de – *Direito Administrativo da Economia*, Vol. I, Coimbra, 2014.
- “A invalidade e a ineficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos da Contratação Pública – I*, CEDIPRE, Coimbra, 2008.
- ANDERL, Thorsten – *Gesetzgebung und kooperatives Regierungshandeln*, BWV Verlag, 2006.
- ANDRADE, Manuel de – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1966.
- ANDRADE, Vieira de – “O Ordenamento Jurídico Administrativo Português”, *Contencioso Administrativo*, Livraria Cruz, Braga, 1986.
- *O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*, Coimbra, 1991.
- “As Novas Regras para a Atividade Administrativa”, *CEFA*, Coimbra, 1993.
- “Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de «ato administrativo» no nosso tempo”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001.
- “A Fiscalização de «Normas Privadas» pelo Tribunal Constitucional”, *RLJ*, ano 133 (2001).
- “Princípio da Legalidade e Autonomia da Vontade na Contratação Pública”, *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2004.
- *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2009.
- “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos da Contratação Pública - II*, Coimbra, 2010.
- *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 2010.
- *A Justiça Administrativa*, Coimbra, 2011.
- ANDRADE, Vieira de/ MARTINS, Licínio Lopes – *Sumários de Apoio às Aulas de Parcerias Público-Privadas*, Policop., Coimbra, 2009.
- ANTONAZZI, Giovanni – *Lorenzo Valla e la polemica sulla donazione di Costantino*, Roma, 1985.
- ANTUNES, L. F. Colaço – “Da ressurreição do consenso tácito à morte da vontade política pública”, *Autoridade e Consenso no Estado de Direito*, Colóquio Internacional, coord. Luís F. Colaço Antunes, Coimbra, 2002.

ANZILOTTI, Dionisio – *Corso di diritto internazionale: introduzione e teorie generale*, Vol. I, Padova, 1964.

APELT, WILLIBALT – *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, (1920), Aalen, 1964.

– “Der verwaltungsrechtliche Vertrag”, *AÖR*, n.º 84 (1959)

AQUINO, S. Tomás de – *La Monarquía*, Tecnos, Madrid, 1989.

– *Summa Theologica*, Porto Alegre, 1980.

ARAÚJO, Fernando – *Introdução à Economia*, Coimbra, 2009.

– *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, 2007.

ARCHIBUGI, Daniele – *The Global Commonwealth of Citizens – Towards Cosmopolitan Democracy*, Princeton University Press, 2008.

ARENDRT, Hannah – “Desobediência Civil”, *Crisis da República*, São Paulo, 1999.

– *Lectures on Kant's Political Philosophy*, ed. Ronald Beiner, Chicago University Press, Chicago, 1982.

– *The Human Condition*, Chicago, 1958.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar – “Estudio Introductorio. La eterna cuestión de poder y contrato”, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Vol. I, El sistema contractual administrativo*, Ariño Ortiz y Asociados, Editorial Comares, 2002.

– “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 172 (2007).

– *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Madrid, 2011.

ARMSTRONG, Sarah – “Bureaucracy, Private Prisons and the Future of Penal Reform”, *Buffalo Criminal Law Review* 288(2003).

ARREDONDO GUTIÉRREZ, *Los Convenios Urbanísticos y su Régimen Jurídico*, Granada, 2003

ARROW, Kenneth – *Social Choice and Individual Values* (1951), John Wiley and Sons, New York, 1963.

ARROWSMITH/LINARELLI/WALLACE – *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, 2000.

ASHCRAFT, Richard – “Locke’s Political Philosophy”, *The Cambridge Companion to Locke*, ed. Vere Chappell, Cambridge University Press, 1994.

– *Revolutionary Politics and Locke's "Two Treatises of Government"*, Princeton University Press, 1986.

ATGER, F. – *Essai sur l’histoire des doctrines du Contrat Social*, Nimes, 1906.

ATRIPALDI, VINCENZO – “Il concetto di partecipazione nella dinamica della relazione Stato-società”, Vol. III, *Scritti in Onore M.S. Giannini*, Milano, 1988.

AUBY, Jean-Bernard – *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, 2010.

– “La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif”, *AJDA*, n.° 11, Dalloz, 2001.

AUBY, Jean Marie – “La Théorie du pouvoir de Suffrage en Droit Constitutionnel Français”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Peter Häberle, Mohr Siebeck, 1989.

– “Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public, éléments de problématique”, *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, L'Hermès 1980.

AUCOIN, Peter – “Administrative Reform in Public Management: Paradigms, Principles, Paradoxes and Pendulums”, *Governance – An International Journal of Policy and Administration*, Vol. 3, n.° 2, 1990.

AUSTIN, John – *Province of Jurisprudence Determined*, London, 1832.

AVRIL, Pierre – *Ecrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Paris, 2010.

AXELROD, Alan – *Mercenaries: A Guide to Private Armies and Private Military Companies*, CQ Press, 2014.

AXER, Peter – *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung: ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck, 2000.

AYALA, BERNARDO – “Considérations sur l’interchangeabilité entre acte administratif et contrat administratif dans le droit portugais”, *Revue Européenne de Droit Public*, n.° 2, 1998.

– *O (Défice de Controlo) Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, 1995.

AZEVEDO, Bernardo de – “Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado”, *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008.

**BAECHI**, WALTER *Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag?*, Springer, 1934.

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano – *Curso de Ciencia de la Administración*, Vol. I, Madrid, 2000.

BAILEY, H. – *Cases, Materials and Commentary on Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2005.

BAILEY, Patricia – “The creation and enforcement of environmental agreements”, *European Environmental Law Review*, Jun., 1999.

BALESTIERI, MASSIMO – “I Contratti Preparatori: Il Contrato Normativo”, *Il Contrato*, a cura di Pasquale Fav, Milano, 2012.

BAKER, PHILIP/VERNON, ELLIOT – *The Agreements of the People, the Levellers, and the Constitutional Crisis of the English Revolution*, Palgrave Macmillan, London, 2012.

BAKOVIC/TENENBAUM/WOOLF, *Regulation by Contract: A New Way to Privatize Electricity Distribution?*, World Bank Publications, 2003.

BANDEMER, Stephan von – “Aktivierender Staat, New Governance und Arbeitsmarkt und Beschäftigungspolitik”, Olk, Thomas u.a. (Hg.), *Baustelle Sozialstaat. Umbauten und veränderte Grundrisse*, Wiesbaden, Chmielorz.

BANFI, Trimarchi – “Il diritto a una buona amministrazione”, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Vol. I, a cura di Mario Chiti/Guido Greco, Giuffrè Editore, 2007.

BAÑO LEÓN, José María – “La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites”, *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2004.

BARBERA, Augusto/FUSARO, Carlo – *Corso di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2005.

BARKER, E. – *Greek Political Theory: Plato and his predecessors*, London, 1977.

– “Medieval Political Thought”, *The social and political ideas of some great medieval thinkers*, ed. F. J. C. Hearnshaw, New York, Barnes and Noble, 1928.

– *Social Contract: Essays by Locke, Hume, and Rousseau*, Oxford University Press, New York, 1962.

BARLOY, François – “Quelques observations sur la présence du contrat en droit de l’urbanisme”, *Contrats Publics, Mélanges en l’honneur de Michel Guibal*, Université de Montpellier, Tome II, 2006.

BARRIÈRE, Louis-Augustin – “Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé”, *De l’intérêt de la summa divisio Droit Public-Droit Privé?*, ed. Baptiste Bonnet/Pascale Deumier, Dalloz, Paris, 2010

BARROS, Henrique da Gama – *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*, ed. dirigida por Torcato B. de Souza Soares, Tomo I, Lisboa, 1945.

BARRY, Brian – “International Society from a Cosmopolitan Perspective”, *The Cosmopolitanism Reader*, ed. Garrett Wallace Brown/David Held, Polity Press, 2010.

– *Theories of Justice*, Berkeley, University of California Press, California, 1989.

BASILAVECCHIA, MASSIMO – “Autorità e consenso: un confronto tra azione amministrativa e azione impositiva”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, a cura di Civitarese Matteucci/Lorenzo Del Federico, FrancoAngeli, 2010.

BASSI, Franco – “Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)”, *RTDP*, 1965.

– “Autorità e Consenso”, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992.

BASSOLS COMA, Martín – “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la administración de los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, *Revista de Administración Pública*, n.º 82, Madrid, 1977.

BATTIS, ULRICH – *Partizipation im Städtebaurecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976.

BAUER, Bjørn/BOGASON, Fischer – *Voluntary Agreements and Environmental Labelling in the Nordic Countries*, Nordic Council of Ministers, 2011.

BAUER, Hartmut – “Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts”, Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und «schlankem» Staat*, 1999, Nomos.

– “Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht”, *VerwArch* 78 (1987).

– “Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships und Public Public Partnerships”, *Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships und Public Public Partnerships*, Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Universitätsverlag Potsdam, 2008.

– “Verwaltungsverträge”, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II, München, 2008.

BAUMBACH, Martin – *Vertragswandel und demokratische Legitimation: Auswirkungen moderner völkerrechtlicher Handlungsformen auf das innerstaatliche Recht*, Duncker & Humblot, 2008.

BAUMGOLD, Deborah – *Hobbes's Political Theory*, Cambridge U.P., 1988.

BEALE, David – *The Mayflower Pilgrims: Roots of Puritan, Presbyterian, Congregationalist, and Baptist Heritage*, Emerald House Group Incorporated, 2003.

BEAUD, Olivier – *La Puissance de l'État*, Puf, Paris, 1994.

BÉCANE, J.-C. /COUDERC, M./HÉRIN, J.-L. – *La Loi*, Dalloz, 2010.

BÉCHILLON, Denys de – “Le contrat comme norme dans le droit public positif”, *RFDA*, 1992.

BECK, Ulrich – *La Irresponsabilidad Organizada*, Barcelona, 2009.

BECKER, Florian – *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Mohr Siebeck, 2005

BEDERMAN, David – “Reception of the classical tradition in international law, Grotius «De iure belli ac pacis»”, *Emory International Law Review*, 10, 1996.

BEINHARDT, G. “Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht”, *Verwaltungsarchiv*, Bd. 55 (1964).

BEITZ, Charles R. – *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, 1999,

– *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton University Press, 1989.

– *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.



- BELDA MERCADO, Javier – “Tipicidad causal, contratos innominados y sistema contractual romano”, *O Sistema Contractual Romano: de Roma ao Direito Atual*, FDUL, Coimbra, 2010.
- BENEDUCE, Pasquale – “Metafore e nomi dell'accordo nell'immaginazione moderna”, *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Stefano Cherti, Cedam, 2010.
- BENZ, Arthur – *Kooperative Verwaltung*, Nomos, 1994.
- BERGERON, Marion Ubaud- – “La qualification juridique des contrats administratifs face à la complexité: l'exemple des conventions d'aménagement urbain”, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Philippe Colson*, Environnements, Presses Universitaires de Grenoble, 2004.
- BERGO, Marcio Tadeu – *O Pensamento Estratégico e o Desenvolvimento Nacional*, São Paulo, 2008.
- BERGSON, A. – “A reformulation of certain aspects of welfare economics”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 52, n.º 2, Feb. 1938.
- BEROUJON, F. – “Evolution du droit administratif: avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes?”, *RFDA*, 2008.
- BERTI, G. – “Il principio contrattuale nell'attività amministrativa”, *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, Vol. II.
- BESSETTE, Joseph – “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government”, *How Democratic is the Constitution?*, eds. Goldwin/Shamba, American Enterprise Institute, 1980.
- BESUSSI, A. – “Neocontratualismo e teorie della giustizia”, *Filosofia Politica Contemporanea*, Milano, 2012.
- BETTI, EMILIO – *Teoria Generale del Negozio Giuridico* (1950), Napoli, 1994.
- BEZANÇON, XAVIER – *Essai sur les contrats de travaux et de services publics: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, Paris, 1999.
- BÈZE, T. – *Du Droit des Magistrats*, ed. Robert Kingdon, Droz, Genève, 1971.
- BICK, Ulrike – “Städtebauliche Verträge”, *DVBl*, 2001.
- BIGOT, G. – *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002.
- BIN, Marino – “Autorità indipendenti? Il Caso dell' ISVAP”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Ano LI, n.º 2, Milano, 1997.
- BIRLEY, R. – *Speeches And Documents In American History*, Vol. I, Oxford, 1944.
- BIRK, Hans J. – *Städtebauliche Verträge, Inhalte und Leistungsstörungen*, Boorberg, Stuttgart, 2002.
- BISCARDI, Arnaldo – *Scritti di Diritto Greco*, Milano, 1999.
- *Inchiesta. Studio e Insegnamento del Diritto Romano (Labeo 2)*, 1956.
- BLACK, Duncan – *The Theory of Committees and Elections*, Cambridge University Press, 1958.

- BLACK, Julia – “Regulatory Conversations”, *Journal of Law and Society*, Vol. 29, 2002.
- BLANCO, Ramón Punset – “Potestades normativas y forma de gobierno”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 87, Septiembre/Diciembre 2009.
- BLANKE, Bernhard – *Aktivierender Staat – Aktive Bürgergesellschaft. Eine Analyse für das Bundeskanzleramt*, Hannover, 2001.
- BLANKE, Bernhard/BANDEMER, Stephan von – “Der aktivierende Staat”, *Gewerkschaftliche Monatshefte*, Vol. 50, 1999.
- BLOCH, Ernst/SCHMIDT, Dennis J. – *Natural Law and Human Dignity*, MIT Press, 1987.
- BOBBIO, Luigi – “Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana”, *Stato e Mercato*, n.º 58, aprile (2000).
- “La contractualisation des politiques publiques”, Pfister/Crivelli/ Rey (a cura di), *Finances et territoires. Leur place dans la prise de décision publique*, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, Lausanne, 1999.
- “La Concertazione Diffusa nelle Politiche Pattizie”, *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 5, n.º 3 (2004).
- BOBBIO, Norberto – *O Futuro da Democracia*, Lisboa, 1988.
- “Il Giusnaturalismo”, *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, ed. L. Firpo, Vol. IV, T. I, UTET, Torino, 1980.
- *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, São Paulo, 2000.
- *Liberalismo e Democracia*, São Paulo, 2000.
- *Il Giusnaturalismo Moderno*, a cura di Tommaso Greco, Torino, 2009.
- “Vico e la teoria delle forme di governo”, *Bolettino del Centro di Studi Vichiani*, Napoli, 1978.
- *Il Contratto Sociale, Oggi*, Napoli, 1992.
- *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, University of Chicago Press, 1993.
- “Contratto e contrattualismo nel dibattito attuale”, *O Futuro da Democracia*, Lisboa, 1988.
- *Teoria da Norma Jurídica*, São Paulo, 2001.
- BOBBIO, Norberto/BOVERO, Michelangelo – *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, São Paulo, 1996.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. – *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991.
- BODIN, Jean – *Les Six Livres de la République*, Fayard, Paris, 1986.

BOEHME-NEBLER, Volker– “Das Ende des Staates? Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf den Staat”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Springer Verlag Wien, 2009.

BOHMAN, J. – “Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, 6 (4), 1998.

BOLINGBROKE, Henry St. John – *A Dissertation upon Parties*, 1754.

BOLTON, Herbert / MARSHALL, Thomas – *The Colonization of North America 1492 to 1783*, Kessinger Publishing, 2005.

BOQUERA OLIVER, José María – *Poder Administrativo y Contrato*. Col. Conferencias y Documentos, n.º 27, 1970.

BORELLA – “L’Urbanistica Contrattata dopo la Legge 241 del 1990”, *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 4, 1998.

BORRI, Dino – “Urbanistica Contrattata”, *Urbanistica Contrattata e Tutela dell’Ambiente*, 2007, Bari.

BOSSE, Wolfgang – *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Subventionsverhältnisse*, Duncker & Humblot, 1974.

BOUCHER, David/KELLY, Paul – “The Social Contract and Its Critics: an overview”, *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, London, 1994.

BRACON, Henry de – *De Legibus Et Consuetudinibus Angliae*, Cambridge Library Collection, Vol. I, ed. Travers Twiss, Cambridge University Press, 2012.

BRADFORD, William – *Of Plymouth Plantation: Along with the Full Text of the Pilgrims’ Journals for Their First Year At Plymouth*, ed. Caleb H. Johnson Xlibris Corporation, 2006.

– *History of Plymouth Plantation*, ed. Charles Deane, Massachusetts Historical Collections, 1856.

BRADLEY/EWING – *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education, 2003.

BRAGA, Teófilo – *História do Direito Português. Os Forais*, Coimbra, 1868.

BRANCA, Giuseppe – “Convenzioni Costituzionali e Antica Repubblica Romana”, *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Vol. I, Milano, 1988.

BRANDÃO, Maurício Pazini – “Ciência, Tecnologia, Inovação e a Defesa Nacional”, *Parcerias Estratégicas*, n.º 20, Parte 2, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, Brasília, 2005

BREMER, Francis – *J. Puritans and Puritanism in Europe and America*, Vol. I, ABC-CLIO, Santa Barbara, 2006.

BRENNAN/BUCHANAN – *The Reason of Rides: Constitutional Political Economy*, Cambridge University Press, 1985.

BRIERLY, J. L. – *Direito Internacional*, Lisboa, 1965

BRITO, José de Sousa e – “Razão Democrática e Direito”, *Ética e Futuro da Democracia*, Lisboa, Edições Colibri/S.P.F., 1998.

BRITO, Miguel Nogueira de – *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Coimbra, 2008.

– “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, *O Tribunal Constitucional e a Crise, Ensaios Críticos*, (org.) G. de Almeida Ribeiro/L. Pereira Coutinho, Coimbra, 2014.

BROHM, W. – “Städtebauliche Verträge zwischen Privat und Öffentlichem Recht”, *JZ*, 2000.

– “Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen”, *DÖV*, 1992.

BRONZE, Pinto – *Lições de introdução ao estudo do Direito*, Coimbra, 2002.

– “Continentalização do direito inglês ou insularização do direito continental? Proposta para uma reflexão macro-comparativa do problema”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1975, Suplemento XXII.

BROWNLIE, Ian – *Princípios de Direito Internacional Público*, Lisboa, 1997.

BRUSCHI, Christian – “La loi comme contrat dans le droit romain”, org. Michel Ganzin, *Actes du Colloque International de l’A.F.H.I.P.*, 2008.

BRYDE, Brun-Otto – “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, *Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart. Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem*, Bd. 46, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Walter de Gruyter, 1988

BUCHANAN, James – “Rent-seeking and profit seeking”, *Towards a Theory of the Rent-Seeking Society*, eds. Buchanan/Tollison/Tullock, 1980.

– “Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications”, *The Collected Works of James M. Buchanan*, Vol. I, *The Logical Foundations of Constitutional Liberty* (1999).

– “Government Failure and in Offering Bases for Constructive Reform”, *The Collected Works of James M. Buchanan, Politics as Public Choice*, Vol. XIII.

BUCHANAN, James/MUSGRAVE, Richard – *Public Finance and Public Choice: Two Contrasting Visions of the State*, MIT Press, 2001.

BUCHANAN, James /TOLLISON, Robert – *The Theory of Public Choice - II*, University of Michigan Press, 1984.

BUCHANAN, James/TULLOCK, Gordon – *The Calculus of Consent: logical foundations of constitutional democracy*, University of Michigan Press, 1965.

BÜCHNER, Hans / SCHLOTTERBECK, Karlheinz – *Baurecht: Städtebaurecht einschließlich örtlicher Bauvorschriften*, Vol. I, W. Kohlhammer Verlag, 2008.

BUJÁN, Fernández de – *Derecho publico romano*, Madrid, 2011.

BUJÁN, Fernández de/KRAEMER, Gerez/OSUNA, Malavé – *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano*, Madrid, 2011.

BULLINGER, MARTIN – *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart, 1962.

BUMKE, Christian – “Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland”, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, E. Schmidt-Assmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.

BURDEAU, François – *Histoire du Droit Administratif*, Paris, 1995.

BURDEAU, Georges – *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1984.  
– “Le déclin de la loi”, A.P.D., Tome 8, 1963.

BURDESE, A. – *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, 1977.

BURGI, Martin – *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik - Phänomenologie – Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, 1999.

BURKE, Edmund – *Réflexions sur la Révolution de France*, org. Philippe Raynaud, Paris, 1989.

– *Reflections on the Revolution in France*, ed., Conor O'Brien, London and New York, Penguin Classics.

BURMEISTER, J. – “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, *VVDStRL*, 52 (1993).

BUSCEMA, Salvatore/BUSCEMA, Angelo/RAFFAELE, Raffaella – *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Wolters Kluwer Italia, 2008.

BUSTILLO BOLADO, R. – *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Aranzadi, 2010.

BUSTILLO BOLADO, R./ CUERNO LLATA, J. R. – *Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares*, Pamplona, 2001.

CABRAL, Margarida Olazabal – “Governo das escolas públicas”, *O Governo da Administração Pública*, Coimbra, 2013.

CABRAL, Nazaré da Costa – *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, n.º 9, Coimbra, 2009.

CADILHA, Carlos/ALMEIDA, Mário Aroso de – *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2010.

CAENEGEM, R. Van – “Gouvernement, droit et société”, *Histoire de la pensée politique médiévale*, org. J. H. BURNS, PUF, Paris, 1993.

CAETANO, Marcello – “O respeito da legalidade e a justiça das leis”, *O Direito – Marcello Caetano, artigos doutrinários n’O Direito, a construção de uma teoria portuguesa de direito público*, Lisboa, 2012.

– *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 2005.

– *História do Direito Português (1140-1495)*, Lisboa, 1962.

– *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, 2010.

– “Conceito de contrato administrativo e subsídios para o estudo da teoria da concessão de serviços públicos”, *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, 1974.

– “Conceito de Contrato Administrativo”, *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, 1974.

CALVÃO, Filipa – “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, *Estudos da Contratação Pública I*, Coimbra, 2008.

– *Os Atos Precários e os Atos Provisórios no Direito Administrativo*, Porto, 1998

CAMBY, Jean Pierre – “La désacralisation de la loi”, *Etudes de la documentation française, La Constitution de la Ve République: Réflexions pour un cinquantenaire*, 2008

CAMERON, Lindsey / CHETAIL, Vincent – *Privatizing War, Private Military and Security Companies Under Public International Law*, Cambridge University Press, 2013.

CAMMELLI, M. – “Amministrazione di risultato”, *Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell’amministrazione, Annuario 2002 dell’ AIPDA*, Milano, 2003.

CAMMEO, FEDERICO – *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol. I, Milano, 1950.

– “La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico”, *Giurisprudenza Italiana*, LII (1900), IV, e *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 1901.

CAMPOS, António Correia de – *Reformas da Saúde – o Fio Condutor*, Coimbra, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm – *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, 1983.

CANDIAN/GAMBARO – *Le Convenzioni Urbanistiche*, Milano, 1992.

CANE, Peter – *Administrative Law*, Oxford University Press, 2011.

CANO MURCIA – *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico*, Pamplona, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002.

– *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra, 1982.

- “Constituição e Défice Procedimental”, *Estado e Direito*, Vol. I, n.º 2, 1988.
- “O acordo político para a revisão constitucional: do pelotão de juristas ao poder de revisão negocialista partidário”, *Dicionário da Revisão Constitucional* (org. José Magalhães), Mem Martins, 1989.
- “Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 1, Junho 1994.
- “Direito à Emissão de Normas Legais Individuais?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 127.º, n.º 3847, Fevereiro 1995.
- “O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo passa também”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Ehrhardt Soares*.
- “Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional, Coimbra, 2006.
- “Precisará a Teoria da Constituição Europeia de uma Teoria do Estado?” *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia, Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra.
- “O Estado Garantidor: claros-escuros de um conceito”, Avelãs Nunes/Miranda Coutinho (coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Coimbra, 2008.
- “Para uma revisão da dogmática da jusfundamentalidade”, *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, 2007.
- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Coimbra, 2010.
- CAPPELLINI, P. – “Privato e publico”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, 1986.
- CARANTA, ROBERTO – *I Contratti Pubblici*, Torino, 2012.
- CARDUCCI, M. – *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Padova, 1996.
- CARNELUTTI, F. – “Contratto di diritto pubblico”, *Riv. dir. pubbl.*, 1929.
- CARNEY, Terry/ RAMIA, Gaby / YEATMAN, Anna – *Contractualism and Citizenship*, Federation Press, 2001.
- CARVALHO, Orlando de – *Contrato Administrativo e Ato Jurídico Público (contributo para uma teoria do contrato administrativo)*, Coimbra, 1953.
- “Ius – Quod Iustum?” (1996), *Orações de Sapiência da Faculdade de Direito*, Coordenação de Maria João Padez de Castro e Rui de Figueiredo Marcos, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.
- CARVALHO, RAQUEL – *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Coimbra, 2010.

– “A invalidade derivada nos contratos administrativos: para além da aparência...: Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (1.ª Secção) de 15.4.2010”, *CJA*, n.º 84 (Novembro/Dezembro 2010).

CASSETTA, Elio – *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011.

CASSESE, Antonio – *International law*, Oxford University Press, 2001.

– “For an Enhanced Role of *Jus Cogens*”, *Realizing Utopia: The Future of International Law*, ed. Antonio Cassese, Oxford University Press, 2012.

– “«Regulation» e «Deregulation»”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, Ano XXXIII, n.º 2, 1983.

CASSESE, Sabino – “Burocrazia, democrazia e partecipazione”, *Jus*, 1985.

– *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Torino, 1989.

– “Il cittadino e l'amministrazione pubblica”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.º 4, 1998.

– “Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti”, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, n.º 5, Torino, 1999.

– *La crisi dello Stato*, Laterza, 2002.

– “Tendenze e problemi del diritto amministrativo”, *RTDP*, n.º 4, Milano, 2004.

– “«Regulation» e «Deregulation»”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, Ano XXXIII, n.º 2, 1983

– *Il Diritto Amministrativo: storia e prospettive*, Vol. 90 – Per la storia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè, Milano, 2010.

– “Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?”, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003.

– “Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo”, *RTDP*, n.º 4, Milano, 2009.

CAUPERS, João – *A Administração Periférica do Estado*, Lisboa, 1994.

– “A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares”, *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 18, 1999.

CAVALLO, B. – “Il procedimento amministrativo e attività patrizia”, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000;

CENTOFANTI, Nicola – *Le Convenzioni Urbanistiche ed Edilizie*, Milano, 2007.

CHANG, Joice Y. – *Impacts of Environmental Voluntary Agreement Participation on Compliance and Enforcement: An Analysis of the National Environmental Performance Track*, BiblioBazaar, 2012.



CHAPUS, René – *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2004.

– *Droit Administratif Général*, Tome II, 1992.

CHEVALLIER, Jacques – *Bilan de recherche sur la participation dans l'administration française*, PUF, 1975.

– “L’administration face au public”, *La Communication administration-administrés*, Paris, 1983.

– “Loi et Contrat dans l’Action Publique”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17 (2004).

– “Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques”, *Les engagements dans les systèmes de regulation*, ed. Marie-Anne Frison-Roche, Paris, 2006.

CHITI, Edoardo/MATTARELLA, Giorgio – *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011.

CHITI, Mario P. – *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.

– “L’organizzazione amministrativa comunitaria”, *Trattato di diritto Amministrativo Europeo*, Vol. I, a cura di Mario Chiti/Guido Greco, Giuffrè Editore, 2007.

CIMELLARO, Lucia – “Il principio di legalità in trasformazione”, *Diritto e Società*, 2006, n.º 1.

CLARICH, Marcello – “I procedimenti di regolazione”, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, n.º 5, Torino, 1999.

CLERCQ, M. Marc de – *Negotiating Environmental Agreements in Europe: Critical Factors for Success*, E. Elgar, 2002.

COCCONI, Monica – *La partecipazione all’attività amministrativa generale*, Cedam, Padova, 2010.

COELHO, José Ricardo Roriz – “Os Limites do Crescimento Brasileiro”, *Revista Interesse Nacional*, n.º 18, Jul. – Set. 2012.

COELHO, Maria H. Cruz – “A História e a Historiografia Municipal Portuguesa”, *O Município Português na História, na Cultura e no Desenvolvimento Regional*, Braga, 1998.

– *Concelhos*, Nova História de Portugal, Tomo III, Lisboa, 1996.

COGLIANESE, C. – “Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking”, *Duke Law Journal*, vol. 46, 1997.

COGNETTI, Stefano – *Quantità e qualità della partecipazione: tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2000

– *La Tutela delle Situazioni Soggettive tra Procedimento e Processo (Le Esperienze di Pianificazione Urbanistica in Italia e in Germania)*, Perugia, 1987.

COHEN, Joshua – “Democracy and Liberty”, *Deliberative Democracy*, ed. Jon Elster, Cambridge University Press, 1998.

– “Deliberation and Democratic Legitimacy”, *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, eds. Hamlin/Pettit, Oxford, Basil Blackwell, 1989.

COLLAÇO, JOÃO MARIA TELLO DE MAGALHÃES – *Concessões de Serviços Públicos – sua Natureza Jurídica*, Coimbra, 1914.

COLLIER, Charles – *W. Meaning in Law, a Theory of Speech*, Oxford University Press, 2009.

COLLY, C. TEITGEN- “La contractualisation de la répression”, B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution: un enjeu de société*, LGDJ, 2004.

CONSTANT, Benjamin – *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes, Cours de Politique Constitutionnelle*, IV, Paris, 1820.

– *Cours de Politique Constitutionnelle*, I, Paris, 1861.

CORDEIRO, A. Menezes – *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, tomo 2, Coimbra, 2010.

– “A Decisão segundo a Equidade”, *OD*, Ano 122.º, 1990.

CORTEZ, Francisco – “A arbitragem voluntária em Portugal”, *O Direito*, IV, 1992.

CORREIA, Fernando Alves – *Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1989.

– *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)*, Coimbra, 2001.

– *Manual de Direito do Urbanismo*, I, Coimbra, 2008.

– *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. III, Coimbra, 2010.

– “A nova Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e do Urbanismo: Alguns Princípios Fundamentais”, *Revista do CEDOUA*, Ano 17, n.º 34, (2.) 2014.

CORREIA, Jorge Alves – *Contratos Urbanísticos. Concertação, Contratação e Neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Coimbra, 2009.

– “A Contratação Urbanística em Portugal à luz do Código dos Contratos Públicos e do Direito da União Europeia”, *Direito Regional e Local*, n.º 19, Julho- Setembro, 2012.

– “Contrato e Poder Público Administrativo. Em especial, os «Novos» Contratos com Objeto Passível de Regulamento Administrativo”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J. J. Gomes Canotilho*, IV, Coimbra, 2012.

– “Contrato Administrativo e Soberania do Estado: referência ao problema do *outsourcing* de funções de soberania nos domínios da segurança pública, da defesa nacional e do sistema prisional”, *Revista de Contratos Públicos (CEDIPRE)*, n.º 10, 2015.

CORREIA, J. M. Sérvulo – “O controle jurisdicional da Administração no direito inglês”, *Estudos de direito público em honra do Prof. Marcello Caetano*, Ática, 1973.

- *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1982.
- “A autonomia contratual da Administração no Direito inglês”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, I, Coimbra, 1984.
- Os Contratos Económicos perante a Constituição”, *Nos Dez Anos da Constituição*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1986.
- *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987.
- “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1995.
- *Direito do Contencioso Administrativo I*, Lisboa, 2005.
- “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, *Cadernos de Ciência da Legislação*, Janeiro-Junho, n.º 9/10, 1994.
- CORRELL, C. – “Problembereiche und Möglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Vertrags”, *DVB1*, 1998.
- COSTA, Carlos – *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, Buenos Aires.
- COSTA, J. M. CARDOSO DA – *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, Coimbra, 2007.
- COSTA, M. J. Almeida – *História do Direito Português*, Coimbra, 2010.
- “Forais”, *Dicionário de História de Portugal*, II, Porto, 1989.
- *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2006.
- COUTINHO, L. Pereira – “As duas subtracções – Esboço de uma Reconstrução da Separação entre as Funções de Legislar e de Administrar”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000.
- CRAIG, Paul – *Administrative Law*, London, 2003.
- “Specific Powers of Public Contractors”, *Comparative law on Public Contracts*, eds. Rozen Noguellou/Ulrich Stelkens, Groupe de Boeck, 2010.
- CRAIG, Paul / TRYBUS, Martin – “Angleterre et Pays de Galles – England and Wales”, *Comparative law on Public Contracts*, eds. Rozen Noguellou/Ulrich Stelkens, Groupe de Boeck, 2010.
- CRUZ, Braga da – “O Jurisconsulto Romano”, *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX, Vol. I, Edição do Conselho Geral da Ordem dos Advogados*, 1947, Lisboa.
- CRUZ, Braga da/ COSTA, Almeida – *Lições de Direito Romano*, Coimbra, 1957.
- CRUZ, Sebastião – *Direito Romano – Lições, I*, Coimbra, 1969.

CUÉTARA-MARTÍNEZ, J. M. de la – “El «diálogo regulatório» como base para la confianza en la regulación”, *Revista de derecho de las telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, Año n.º. 9, n.º 27, 2006.

CUGURRA, Giorgio – “Accordi e Pianificazione Territoriale ed Ambientale”, *Rivista Giuridica dell’Urbanistica*, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da – *Teoria da Constituição – Mitos, Memórias e Conceitos*, Vol. I., Lisboa, 2002.

– *O Contrato Constitucional*, Quid Juris, 2014.

CUNHA, PEDRO – *Conflito e Negociação*, Lisboa, 2001.

D’ADDIO, M. – *L’idea del contratto sociale dai sofisti alla riforma e il “De principatu” di Mario Salamonio*, Giuffré, Milano, 1954.

D’ALBERTI, M. – *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

– *I “public contracts” nella esperienza britannica*, Napoli, 1984.

D’ALVA, Oscar Souza – *Polis Grega e Praxis Política*, ABC, Rio-São Paulo-Fortaleza, 2003.

D’ANGIOLILLO, Pasquale – *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

DAGGER, Richard – *Civic Virtues: Rights, Citizenship, and Republican Liberalism: Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, Oxford University Press, 1997.

DALTON, Clare – “Where We Stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought,” *Berkeley Women’s Law Journal*, 3, 1987-88.

DAMIANI, E. STICCHI – *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, 1992.

DANA, David – “The new «contractarian» paradigm in environmental regulation”, *University of Illinois Law Review*, 2000, n.º 1.

DAVIES, A.C.L. – *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008.

– *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford.

DAVIES, ANNE – “Ultra Vires Problems in Government Contracts”, 122(Jan) *Law Quarterly Review*, 2006.

DAVIS, Philip J. – “Applied Mathematics as Social Contract”, *ZDM*, 88, (1), 1988.

DEAU, RICHARD – *Les Actes Administratifs Unilatéraux Négociés*, Thèse de Doctorat, Université d’Angers, 2006.

DEBBASCH, Charles – “Administration et pouvoir politique. Sur un couple uni”, *Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, 1977.

– *Institutions et droit administratifs*, Tome II, Paris, 1992.

DECARTES, René – *Discurso do Método*, introdução e notas de Étienne Gilson, Edições 70, Lisboa, 2008.

DEDERER, Hans-Georg – *Korporative Staatsgewalt: Integration privat organisierter Interessen in die Ausübung von Staatsfunktionen*, Mohr Siebeck, 2004.

DEFOE, Daniel – *The Original Power of the Collective Body of the People of England*, 1701.

DELGADO PIQUERAS, F. – *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1995.

DELVOLVÉ, Pierre – *Le droit administratif*, Paris, 2002.

DENHARDT, Robert – *Theories of Public Organization*, Cengage Learning, 2011.

DEPENHEUER, Otto – “Funktionen der Verfassung”, *Verfassungstheorie*, hg. Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

DESDENTADO DA ROCA, E.– *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia, 1999.

DEWEY, John – *The Collected Works of John Dewey*, ed. Jo Ann Boydston, The Later Works of John Dewey, 1925-1953, Vol. 11, *Liberalism and Social Action* (1935), SIU Press, 2008.

DIAS, Jorge Figueiredo – *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal – o “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”*, Conselho Distrital do Porto, 2011.

DIAS, José Eduardo Figueiredo – *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do direito do ambiente*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Policop., FDUC, 2011.

DÍAZ, Vicente – *El Procedimiento Concurrencial como Nuevo Modelo de Desarrollo de la Actividad de Gestión Urbanística*, Aranzadi, 2003.

DICEY, Albert Venn – *General Characteristics of English Constitutionalism: six unpublished lectures*, ed. Peter K. Raina, Bern, 2009.

– *The Law of the Constitution*, Macmillan, 1915.

DICKINSON, Laura Anne – *Outsourcing War and Peace: Preserving Public Values in a World of Privatized Foreign Affairs*, Yale University Press, 2011.

DINGELDEY, Irene – *Der aktivierende Wohlfahrtsstaat: Governance der Arbeitsmarktpolitik in Dänemark, Großbritannien und Deutschland*, Campus Verlag, 2011.

- DINH, N. QUOC/DAILLIER, P./PELLET, A.– *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1999.
- DOLOVICH, Sharon – “How Privatization Thinks: The Case of Prisons”, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, eds. Jody Freeman/Martha Minow, Harvard University Press, 2009.
- “State Punishment and Private Prisons”, 55 *Duke Law Journal* 441 (2005)
- DONELLY, Catherine – *Delegation of Governmental Power to Private Parties*, Oxford University Press, 2007.
- DÖRING, D. – *Pufendorf-Studien. Beiträge zur Biographie Samuel von Pufendorfs und zu seiner Entwicklung als Historiker und theologischer Schriftsteller*, Berlin, 1992.
- DOWNS, Anthony – *An Economic Theory of Democracy*, Harper and Row, New York, 1957.
- *Inside Bureaucracy*, Waveland Press, Incorporated, 1994 (1967).
- DRYZEK, John S. – *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press, 2000.
- DUARTE, David – *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*, Coimbra, 1996.
- DUARTE, Maria Luísa A – *Teoria dos Poderes Implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*, Lisboa, 1997.
- *O direito de petição: cidadania, participação e decisão*, Coimbra, 2008.
- DUARTE, F. del Valle Tavares – *Actos administrativos y contratos de la administración pública: teoría general de la conexión*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2003.
- DUFAU, Valérie – *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, 2000.
- DUGATO, M. – “La riduzione della sfera pubblica?”, *Dir. Amm.*, 2002.
- *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.
- “L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, a cura di Civitarese Matteucci/Lorenzo Del Federico, FrancoAngeli, 2010.
- DUGUIT, Léon – *Les Transformations du Droit Public*, Paris, 1913.
- *Jean-Jacques Rousseau, Kant & Hegel*, Extrait de la Revue du Droit public et de la Science Politique en France et à l'Étranger, n.ºs 2-3, Paris, 1918.
- DUNLEAVY, Patrick – *Democracy, bureaucracy and Public Choice: economic explanations in political science*, Prentice Hall, 1992.
- DUNN, John – *The Political Thought of John Locke: An Historical Account of the Argument of the 'Two Treatises of Government'*, Cambridge University Press, 1982.

– “The concept of «trust» in the politics of John Locke”, *Philosophy in History*, ed. R. Rorty/J. B. Schneewind/Q. Skinner, Cambridge, CUP, 1984.

– “Consent in the Political Theory of John Locke”, *Historical Journal*, vol. 10, n.º 2, 1967.

DURKHEIM, Émile – *De la Division du Travail Social*, Presses Universitaires de France, Paris, 1902 (1893).

DUSO, Giuseppe – “Pacto Social y forma política”, *El Contrato social en la filosofía política moderna*, Valencia, 1998.

DWORKIN, Ronald – “What is Equality? Part II: Equality of Resources”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, 1981.

– “The Moral Reading of the Constitution”, *N.Y. Rev. Books*, Mar. 21, 1996.

**EBERHARD**, Harald – *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*, Springer, 2005.

EFSTRATIOU, *Die Bestandskraft des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Eine vergleichende Untersuchung zum griechischen, französischen und insbesondere deutschen Verwaltungsrecht*, 1988.

EHLERS, “Die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen über die Ablösung der Stellplatz oder Garagenpflicht”, *DVBl*, 1986.

EHRKE, Tina – *Konsenstechniken im Abgabenrecht*, Neuer Wiss Verlag, 2002.

EISENMANN, Charles – “Droit public, droit privé”, *Revue du droit public*, vol. LXVIII, 1952.

ELAZAR, Daniel – “Covenant as the basis of the jewish political tradition”, *The jewish journal of sociology* 20, n.º 1, June, 1978, pp. 5-37, e *Covenant & Polity in Biblical Israel*, Transaction Publishers, 1998.

ELIASSON, Gunnar – *Advanced Public Procurement as Industrial Policy. The Aircraft Industry as a Technical University*, Springer, 2010.

ELSEA, Jennifer K. – *Private Security Contractors in Iraq and Afghanistan: Legal Issues*, Diane Publishing, 2010.

ELSTER, Jon – “Deliberation and Constitution making”, *Deliberative Democracy*, ed. Jon Elster, Cambridge University Press, 1998.

ENDICOT, TIMOTHY – *Administrative Law*, Oxford University Press, 2011.

ENTRENA CUESTA, R. – “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, *RAP*, n.º 24, 1957.

EPICURO, *Cartas, Máximas e Sentenças de Epicuro*, Sílabo, Lisboa, 2009.

EPRON, Q. – “Les contrats de subvention”, *RDP*, 2010.

ESQUÍVEL, José Luís – *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Coimbra, 2004.

ESTEVES, Maria da Assunção – *A constitucionalização do direito de resistência*, Lisboa, 1989.

ESTORNINHO, Maria João – *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o Estudo da Atividade de Direito Privado da Administração Pública*, Coimbra, 1996.

– “Contrato público: conceito e limites”, *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2004.

– *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2006.

– *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2012.

– *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1990.

ESTORNINHO, Maria João/LEITÃO, Alexandra – “Contratos de associação entre o Ministério da Educação e os estabelecimentos particulares e cooperativos de ensino”, *Revista de Contratos Públicos (CEDIPRE)* n.º 5, 2012.

EWELL, Ken – *The Private Investigator*, iUniverse, 2014, pp. 11-27

FABER, Heiko – *Verwaltungsrecht*, Möhr, Tübingen, 1992.

FABIO, Udo Di – “Privatisierung und Staatsvorbehalt”, *Juristen Zeitung*, n.º 12 (1999).

– “Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts”, *NVwZ*, 1999.

FÁBRICA, LUÍS DE SOUSA – “Contrato Administrativo”, *Procedimento Administrativo*, DJAP, VI, Lisboa, 1994.

FAHLBUSCH, Jonathan – *Das gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, Nomos, 2004.

FALCON, GIANDOMENICO – *Le Convenzioni Pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

FANTINI, S. – “La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative”, *Il diritto amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, B. Cavallo (a cura di), Torino, 2001.

FARENKA, Vincent – *Citizen and self in ancient Greece: individuals performing justice and the law*, Cambridge University Press, 2006.

FASSBENDER, Bardo – *The United Nations Charter As the Constitution of the International Community*, Leiden, 2009.

FASSÒ, Guido – “Riflessioni logico-storiche su diritto soggettivo e diritto oggettivo”, *Studi in memoria di G. Donatuti*, Vol. I, Milano, 1973.

– *La Democrazia in Grecia*, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro e Giampaolo Zucchini, Milano, 1999.



- *Storia della filosofia del diritto, Vol. II, L'età moderna*, Roma-Bari, 2001.
- FEARON, James – “Deliberation as Discussion”, *Deliberative Democracy*, ed. Jon Elster, Cambridge University Press, 1998.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. – *La Subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, 1983.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón – *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO – *Los Contratos Administrativos*, Madrid, 1927.
- FERRAJOLI, Luigi – *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, Vol. II, Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007.
- FERRANDIS, Fonseca – “Los convenios urbanísticos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 159, 1998.
- FERRARA, R. – *Gli accordi tra privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985.
- FERREIRA, E. Paz – “O controlo das subvenções financeiras e dos benefícios fiscais”, *Revista Trimestral do Tribunal de Contas*, 1989, n.º 1.
- *Direito Comunitário II (União Económica e Monetária) – Relatório*, RFDUL, Lisboa, 2001.
- *Direito da Economia*, Lisboa, 2001.
- FERREIRA, José Ribeiro – *Hélade e Helenos, Génese e Evolução de Um Conceito*, Instituto Nacional de Investigação Científica, Coimbra, 1992.
- FICHTE, Johann G. – *Beitrag zur Berichtigung der Urtheile des Publikums über die französische Revolution (1793)*, Sämtliche Werke, Berlin, 1845.
- FIGGIS, J. N. – *Political Thought: from Gerson to Grotius 1414-1625*, Harper Torchbooks, 1960.
- FIKENTSCHER, Wolfgang – *De fide et perfidia – Der Treugedanke in den “Staatsparallelen” des Hugo Grotius aus heutiger Sicht*, Beck, 1979.
- FINANCE, Jean-Pierre – “Les Contrats d’Établissement dans le Domaine de l’Enseignement Supérieur”, *AJDA*, n.º 19, 05/2003.
- FINDLAY, Mark – *Contemporary Challenges in Regulating Global Crises*, Palgrave Macmillan, 2013.
- FINLEY, M. I. – “Los Antiguos Griegos y su Nación”, *Uso y Abuso de la Historia*, Barcelona, 1977.
- FIORAVANTI, Maurizio – *Appunti di Storia delle Costituzioni moderne, I*, Torino, 1991.
- *Costituzionalismo – percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, 2009.
- FLEINER, Fritz – *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, J. C. B. Mohr, 1923.

- *Instituciones de Derecho Administrativo*, Labor, 1933.
- FLEURIET, Michel – *Les techniques de l'économie concertée*, Sirey, 1974.
- FLOGAÏTIS, Spyridon – “Contrat et Acte Administratif Unilateral”, *Mélanges Braibant*, Paris, 1996.  
– *Les contrats administratifs*, London, 1998.
- FLUCK, J. – *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrags durch Verwaltungsakt*, Berlin 1985, “Grundprobleme des öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts”, DV 22 (1989).
- FONSECA, Rui – “Libertarismo”, *Manual de Filosofia Política*, org. J. Cardoso Rosas, 2013.
- FONSECA, Rui Guerra da – *O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública – contributo para a sua compreensão como problema jurídico-político*, Coimbra, 2012.
- FORGES, Jean-Michel de – *Droit administratif*, Paris, 1991.
- FORTI, UGO – “Natura giuridica delle concessioni amministrative”, *Giurisprudenza Italiana*, LII (1900), IV.
- FORSTHOFF, Ernst – *Traité de Droit Administratif Allemand*, Bruxelles, 1969.
- FOSSIER, Robert – *Enfance de l'Europe (Xe-XIIIe siècles)*, Tomo I, Paris, Presses Universitaires de France, 1982.
- FRACCHIA, F. – *L' Accordo Sostitutivo*, Padova, 1998.
- FRAGAPANE, Salvatore – *Contrattualismo e Sociologia Contemporanea*, N. Zanichelli (C. e G. Zanichelli), Bologna, 1892.
- FRANCO, A. Sousa – *Noções de Direito da Economia*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 1982-1983.
- FRANCO, Italo – *Manuale del Nuovo Diritto Amministrativo*, CEDAM, 2012.
- FRANZIUS, Claudio – “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat”, *Der Staat*, 2003.
- “Funktionen des Verwaltungsrechts im «Steuerparadigma» der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft”, *Die Verwaltung*, 39, 2006.
- “Der Gewährleistungsstaat”, *Verwaltungs-Archiv*, 99. Band, Heft 3, Juli 2008.
- *Gewährleistung im Recht: Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen*, Mohr Siebeck, 2009.
- FREEDLAND, Mark – “The Crown and the Changing Nature of Government”, *The Nature of the Crown*, Sunkin/Payne (eds.), Oxford University Press, 1999.
- FREEMAN, Jody – “Collaborative Governance in the Administrative State”, *UCLA Law Review*, Vol. 45, n.º 1, 1997.

– “The Contracting State”, *Florida State University Law Review*, Vol. 28 (2000)

FREEMAN, Samuel – *Justice and the Social Contract: essays on rawlsian political philosophy*, Oxford University Press, 2007.

– “Reason and Agreement in Social Contract Views”, *Justice and the Social Contract*, Oxford, New York, 2007.

FREITAS, J. Lebre de – “Algumas implicações da natureza jurídica da convenção de arbitragem”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Coimbra, 2002.

FREITAS, Justino António de – *Instituições de Direito Administrativo Portuguez*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1861 (1857).

FREITAS, Lourenço Vilhena de – *Os Contratos de Direito Público da União Europeia no Quadro do Direito Administrativo Europeu*, Vols. I e II, Coimbra, 2012.

*Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, Lisboa, 2014.

FRIEDMAN, Dan – *The Maryland State Constitution: a reference guide*, Greenwood Publishing Group, 2006.

FRIEDMAN, Milton – *Capitalism and Freedom*, Chicago University Press, Chicago, 1962.

FRIER, P.-L. – “Contrats et Urbanisme Réglementaire: Les Obstacles Juridiques”, *Revue Droit Administratif*, n.º 3, 2005.

FUKUYAMA, Francis – *As Origens da Ordem Política*, D. Quixote, 2012.

FUNK, W. – “Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest”, *Duke Law Journal*, vol. 46, 1997.

GAGARIN, Michael – *Antiphon the Athenian: Oratory, Law, and Justice in the Age of the Sophists*, University of Texas Press, 2002.

GAHDOUN, PIERRE-YVES – *La Liberté Contractuelle dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, 2008.

GALLO, Daniele – *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè Editore, 2011.

GALLO, M. – *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936.

– “Contrato di Diritto Pubblico”, *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1959.

GAMA, João Tabora da – “Contrato de transação no direito administrativo e fiscal”, *Separata [dos] Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. V, Almedina, 2003.

– *Promessas Administrativas*, Coimbra, 2008.

- GARCIA, Maria da Glória – “Organização Administrativa”, *DJAP*, VI (1994).
- *Da Justiça Administrativa em Portugal – sua Origem e Evolução*, Lisboa, 1994.
- *Direito das Políticas Públicas*, Coimbra, 2009.
- GARCÍA GALLO, A. – *Aportación al estudio de los fueros*, A.H.D.E., tomo XXVI, Madrid, 1956.
- *Aportación al estudio de los fueros*, A.H.D.E., tomo XXVI, Madrid, 1956, pp. 387-446, e *Manual de Historia del Derecho español*, vol. I, Madrid, 1975.
- *Manual de Historia del Derecho español*, vol. I, Madrid, 1975.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1998.
- “La organización y sus agentes: revisión de estructuras”. *La Administración española*, Madrid, 1985.
- “Contrato Administrativo en Derecho español”, *Studi in memoria di G. Zanobini*, Vol. II, Milano, 1965.
- “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”, *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón – *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, Madrid, 2008.
- GARDINI, GIANLUCA – “Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, a cura di Civitaresse Matteucci/Lorenzo Del Federico, FrancoAngeli, 2010.
- GARRY, Patrick M. – *Limited Government and the Bill of Rights*, University of Missouri Press, 2012.
- GAUDEMET, Paul M. – *Le Pouvoir Exécutif dans les Pays Occidentaux*, Éditions Montchrestien, Paris.
- GAUDEMET, Yves – *Droit Administratif*, Paris, 2010.
- “Loi et Contrat”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17 (2004).
- GAUDIN, J.-P. – *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po, 1999.
- GAUTHIER, David – *Morals by Agreement*, Oxford University Press, Oxford 1986.
- “The Social contract as ideology”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, n.º 2.
- GELDOF, Dirk – “New Activation Policies: Promises and Risks”, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Linking Welfare and Work*, Dublin, 1997.

GENET, Philippe – “Négocier. Vers La constitution du normes”, *Negociar en la Edad Media (Négociar au Moyen Âge)*, M. Sánchez Martínez, Jean-Marie Moeglin, María Teresa Ferrer Mallol, Stéphane Péquignot, CSIC, Barcelona, 2005.

GERN, A. – “Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag”, *VerwArch* 70 (1979).

GIACOMETTI, Zaccaria – *Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts*, Tübingen, 1924.

GIANNINI, Massimo Severo – *Diritto Amministrativo*, Vol. I, Milano, 1970.

– *Il Pubblico Potere. Stati e Amministrazioni Pubbliche*, Bologna, 1987.

– *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993.

GIERKE, Otto Von – *Political Theories of the Middle Age*, The Lawbook Exchange, 2002.

– *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Adegis Graphics LLC, Port Chester-New York, 2011.

GIERKE, Otto von / TROELTSCH, Ernst – *Natural Law and the Theory of Society, 1500-1800*, Vol. II, Cambridge U.P., Cambridge, 1934.

GIGLIONI, Fabio – *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

GIGLIONI, F. / LARICCIA, S. – “Partecipazione dei cittadini all’attività amministrativa”, *Enc. dir. agg.*, IV, Milano, 2000.

GILBOA, Itzhak – *Rational Choice*, MIT Press, 2010.

GJIDARA, Marc – “Les procédés contractuels entre partenaires publics: les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales”, *La procédure de consultation dans le partenariat public-privé entre les entités publiques*, *Actes de la Faculté de droit à Split*, 2/2011.

GOHIN, Olivier – “Loi et Contrat dans les Rapports entre Collectivités Publique”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n.º 17/2004.

GOMES, CARLA AMADO – “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008.

GONÇALVES, Pedro – *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999.

– “A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 35, 2002.

– *O Contrato Administrativo – uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, 2003.

- *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, 2005.
  - “Direito Administrativo da Regulação”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra, 2006, Vol. II.
  - *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra, 2007.
  - *Regulação, Electricidade e Telecomunicações - Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, 2008.
  - “Cumprimento e Incumprimento do contrato administrativo”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, 2008.
  - *Direito dos Contratos Públicos – Sumários Desenvolvidos*, policop., Faculdade de Direito, Coimbra, 2010.
  - “Gestão de contratos públicos em tempo de crise”, *Estudos de Contratação Pública*, III, Coimbra, 2010.
  - *Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local*, Coimbra, 2012.
  - *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, 2013.
  - “Administração Pública e Arbitragem – em especial, o Princípio Legal da Irrecorribilidade de Sentenças Arbitrais”, *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013.
  - “Algumas alterações e inovações «científicas» no novo Código do Procedimento Administrativo”, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, 2015.
  - “A Relação Jurídica Fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64.
  - *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2015.
- GONÇALVES, Pedro / MARTINS, Licínio Lopes – “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, *Estudos de Regulação Pública*, I, CEDIPRE, Coimbra, 2004.
- GOTTWALD, Norman K. – *The Politics of Ancient Israel*, Westminster John Knox Press, 2001.
- GÖTZ, Volkmar – *Allgemeines Polizei und Ordnungsrecht*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1995.
- GOUGH, J. W. – *The Social Contract – a critical study of its development*, Oxford, 1963.
- *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1999.
- GOUVEIA, Francisco Velasco de – *Justa Acclamação do Serenissimo Rey de Portugal Dom João O IV*, Oficina de Lourenço de Anveres, Lisboa, 1644.

GÖBWEIN, C. – *Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht der administrativen Normsetzung?: Überlegungen zur Möglichkeit und zur Bedeutung der Vergesetzlichung eines allgemeinen (Verwaltungs-)Rechts der administrativen Normsetzung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.

GRAUSO, Pierpaolo – *Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati*, Milano, 2007.

GRECO, Guido – *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003.

GREPPI, A. – *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, 2006.

GROMITSARIS, Athanasios – “Where is the Public Law Element in Public Sector Contracts?”, *The Public-private Law Divide: Potential for Transformation?*, ed. Matthias Ruffert, Dornburg Research Group on New Administrative Law, BIICL, 2009.

GROSS, Leo – “The Peace of Westphalia, 1648-1948”, *American Journal of International Law*, Vol. 42, n.º 1.

GUENZOU, Youssef – “Le droit et la théorie économique des conventions”, *Les engagements dans les systèmes de regulation*, ed. Marie-Anne Frison-Roche, Paris, 2006.

GUEDES, Marques A. – “O Contrato Administrativo”, *Estudos de Direito Administrativo*, Cadernos de Ciência e Técnica e Fiscal, Lisboa, 1963.

– *A Concessão*, Coimbra, 1964.

– “O Contrato Administrativo”, *Estudos de Direito Administrativo*, Cadernos de Ciência e Técnica e Fiscal, Lisboa, 1963.

GUETTIER, CH. – *Droit des Contrats Administratifs*, Paris, 2004.

GUGLIELMETTI, Giannantonio – *I Contratti Normativi*, Padova, 1969.

GULLO, F. – *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965;

GURLIT, Elke – *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.

– “Grundlagen des Verwaltungsvertrages”, Teil I, *Juristische Ausbildung (JURA)*, 2001.

– “Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen”, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Hrsg. Hans-Uwe Erichsen, Walter de Gruyter, 2010.

GUTHRIE, W. K. C. – *A History of Greek Philosophy, The Sophists*, Vol. 3, Cambridge University Press, 1971.

GUTMANN, Amy / THOMPSON, Dennis – *Why Deliberative Democracy?*, Princeton University Press, 2009.

HÄBERLE, Peter – “Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo”, *Anuário Português de Direito Constitucional*, Vol. V, 2006.

– “Verfassungsprinzipien «im» Verwaltungsverfahrensgesetz”, Walter Schmitt Glaeser (Hrsg.), *Festschrift für Boorberg Verlag*, Stuttgart/München/Hannover, 1977.

HABERMAS, Jürgen – *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Neuwied am Rhein, Berlin-Luchterhand, 1962.

– *Theorie des kommunikativen Handelns: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp, 1988.

– *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Suhrkamp Verlag GmbH, 1992.

– *Droit et démocratie – entre faits et norms*, Gallimard, 1997.

– *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1998.

– *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp Verlag GmbH, 1999.

– “Au-delà du liberalism et du republicanism, la démocratie délibérative”, *Délibération et gouvernance: l’illusion démocratique*, *Raison Publique*, n.° 1, Bayard, Octobre 2003.

– “Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?”, *Der Gespaltene Westen*, Frankfurt am Main, 2004.

– “Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?”, *Zwischen Naturalismus und Religion*, Frankfurt/Main, 2005.

– *Obras Escolhidas*, Vol. I (*Fundamentação Linguística da Sociologia*) e Vol. II (*Teoria da Racionalidade e Teoria da Linguagem*), Edições 70, Lisboa, 2009.

– *Zur Verfassung Europas – ein Essay*, Berlin, 2011.

HADDOCK, Bruce – “Hegel’s critique of the theory of social contract”, *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, London, 1994.

HALLETT, Michael – *Private Prisons in America: A Critical Race Perspective*, University of Illinois Press, 2006.

HAMON, Francis / TROPER, Michel – *Droit Constitutionnel*, Paris, 2012.

HAMON, F. / WIENERPP, C. – *La loi sous surveillance*, Paris, 1999.

HAMPTON, Jean – *Hobbes and the Social Contract Tradition*, Cambridge University Press, 1986.

HANSEN, Mogens Herman – *Nomos und Psephisma in Fourth-Century Athens, The Athenian Ecclesia*, Museum Tusulanum Press, 1983.

HARLOW/RAWLINGS – *Law and Administration*, Cambridge University Press, 2009.

HARRINGTON, James – *The Commonwealth of Oceana and a System of Politics*, ed. J. G. A. Pocock, Cambridge University Press, 1992.



HARSANYI, John – “Morality and the Theory of Rational Behavior”, *Utilitarianism and Beyond*, ed. A. Sen and B. Williams, Cambridge, CUP, 1982.

HAURIUO, Maurice – *Précis de Droit Administratif et de Droit Public General. À l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, 1900-1901.

– *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929.

HAVERKATE, Görg – “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, *Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart. Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, Bd. 46, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Walter de Gruyter, 1988.

– *Verfassungslehre: Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, Beck, München, 1992.

HAWKE, NEIL – *Introduction to Administrative Law*, Routledge, 2013.

HAYEK, Friedrich – *The Constitution of Liberty*, Routledge, London, 1960.

HECK, PHILIPP – *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932.

HEGEL – *Princípios de filosofia do Direito*, Lisboa, 1990.

– *System of Ethical Life and First Philosophy of Spirit*, ed. H. S. Harris and T. M. Knox, State University of New York Press, 1979.

– *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821.

HEINTZ, M. – “Les subventions à la culture: quels risques”, *Contrats Publics*, n.º 74, (2008).

HELD, David – *Models of Democracy*, Stanford University Press, Stanford, 2006.

HENCKES, Jacques-Yves – *Le Précis de Droit des Marchés Publics*, Legitech, 2010.

HENKE, W. – *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, Tübingen 1979.

– “Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts”, *JZ*, 1984.

– “Entwurf eines Gesetzes über den Subventionsvertrag”, *DVB* 1, 1984.

– “Praktische Fragen des öffentlichen Vertragsrechts – Kooperationsverträge”, *DÖV*, 1985.

HERB, MICHAEL – “No Representation without Taxation? Rents, Development, and Democracy”, *Comparative Politics* 37, no. 3 (April, 2005).

HERCULANO, Alexandre – *História de Portugal desde o começo da monarquia até ao reinado de Afonso III, Tomos I a IV*, notas críticas de José Mattoso, Lisboa, Bertrand, 1983.

– *História de Portugal*, Tomo VII, Paris-Lisboa.

HERLT, Sebastian – *Der aktivierende Staat: Wandel vom vorsorgenden Wohlfahrtsstaat zum Gewährleistungsstaat*, Grin Verlag, 2010.

HESPAÑA, ANTÓNIO MANUEL – *Cultura Jurídica Europeia – síntese de um milénio*, Coimbra, 2012.

HOBBSAWM, Eric J. – *A Era das Revoluções*, Editorial Presença, 2000.

HOFMANN, Hasso – *Verfassungsrechtliche Perspektiven: Aufsätze aus den Jahren 1980-1994*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995.

HOFFMANN-RIEM, W. – “Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997.

– “Finanzkontrolle als Steuerungsaufsicht im Gewährleistungsstaat”, *Die Öffentliche Verwaltung* 52, 1999.

– “Verwaltungskontrolle-Perspektiven”, Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, *Verwaltungskontrollen*, Nomos, Baden-Baden, 2001.

– “Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft”, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, E. Schmidt-Assmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.

– “Das Recht des Gewährleistungsstaates”, G. Folke Schuppert Hrsg., *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, Nomos Verlagsges, 2005.

– “The potencial impact of social sciences on Administrative Law”, *The Transformation of Administrative Law in Europe*, hrsg. Matthias Ruffert, European Law Publ., München, 2007.

– “Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft”, *Juristenzeitung*, J. 62, 2007.

– “Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet”, *AöR*, 2012.

HONOHAN, I. – *Civic Republicanism*, Routledge, 2002.

HUEBERT, Jacob H. – *Libertarianism Today*, ABC-CLIO, 2010.

HUECK, Alfred – “Normenverträge”, *Jherings Jhärbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 73, Jena, 1923.

HUERGO LORA, A. – *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Universidad de Oviedo, 1998.

– *Los Convenios Urbanísticos*, Madrid, 1998.

HÜLLER, Thorsten – *Deliberative Demokratie: Normen, Probleme und Institutionalisierungsformen*, LIT Verlag Münster, 2005.

HUME, David – *Essays and Treatises on Several Subjects: Essays, moral, political and literary*, Vol. II, London, 1793, Essay XII.

HUNT, Murray – “Constitutionalism and the Contractualisation of Government”, *The Province of Administrative Law*, ed. Michael Taggart, Hart Publishing, 1997.

HUNTON, Philip – *A Treatise of Monarchy*, General Books, 2010.

HVINDEN, Bjørn – “Activation: a Nordic Perspective”, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Linking Welfare and Work*, Dublin, 1999.

IMBODEN, MAX – *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel, 1958.

IPSEN, H. P. – *Öffentliche Subventionierung Privater*, Berlin, 1956.

IRELLI, Vincenzo Cerulli – *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012.

IRVIN, R. A. / STANSBURY, J. – “Citizen participation in decision making: is it worth the effort?” *Public Administration Review* 64, n.º 1, Jan/Feb 2004.

ISENBERG, David – *Shadow Force: Private Security Contractors in Iraq*, ABC-CLIO, 2009.

JACQUOT H./ PRIET, F. – *Droit de l’Urbanisme*, Paris, 2006.

JAMIN, Christophe – “Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés”, *Les engagements dans les systèmes de regulation*, ed. Marie-Anne Frison-Roche, Paris, 2006.

JARASS, H. “Besonderheiten des französischen Verwaltungsrechts im Vergleich”, *DöV*, 1981.

JÉGOUZO, Y. – “L’Administration Contractuelle en Question”, *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004.

JELLINEK, Georg – *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Freiburg, 1892.

– *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1929.

JELLINEK, WALTER – “Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung”, *Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts*, Berlin, 1925.

– *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931.

JESTAEDT, Matthias – *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung: Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie*, Duncker & Humblot GmbH, 1993.

– “Verfassungstheorie als Disziplin”, *Verfassungstheorie*, Hrsg. v. Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

JÈZE, GASTON – *Les contrats administratifs de l’État: des départements, des communes et des établissements publics*, Vol. I, Giard, 1927.

JOHNSON, C. H. – *The Mayflower and Her Passengers*, Xlibris Corporation, 2005.

JUSTO, A. Santos – “O pensamento jusnaturalista no direito romano”, *BFDC LXXXVII* (2011), Coimbra.

– *A “Fictio Iuris” no Direito Romano (“Actio Ficticia”)*, I, Coimbra, 1988.

– *Direito Privado Romano II, Direito das Obrigações*, Coimbra, 2006

– *Direito Privado Romano I*, Coimbra, 2000.

**KAHL**, Wolfgang – “What is «New» about the «New Administrative Law Science» in Germany”, *European Public Law*, Vol. 16, n.º 1, 2010.

KAHN, Charles H. – “The Origins of Social Contract Theory in the Fifth Century BC”, in G.B. Kerferd (ed.), *The Sophists and Their Legacy*, Hermes, Einzelschriften 44 Wiesbaden, 1981.

KANT, Immanuel – *Metaphysik der Sitten*, herausgegeben und erläutert V. Kirchmann, Leipzig, 1870.

– “Was ist Aufklärung?”, *Werke in sechs Bänden* [Bd. VI], hrsg. Von W. Weischedel, Darmstadt, 1983.

– *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, Edições 70, Lisboa, 1995.

– *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. de Paulo Quintela, Porto, 1995.

KÄMMERER, Jörn Axel – *Privatisierung: Typologie - Determinanten - Rechtspraxis - Folgen*, Mohr Siebeck, 2001.

KARPENSCHIF, M. – “Contrats publics et subventions”, *CP-ACCP*, 2008, n.º 73.

KASER, Max – “«Ius publicum» und «ius privatum»”, *ZRG RA* 103, 1986.

KÄSSMAYER, K. – “Apontamentos sobre a Ética Ambiental como Fundamento do Direito Ambiental”, *EOS, Revista jurídica da Faculdade de Direito*, Dom Bosco, Vol. I, n.º 4, Ano III, Curitiba.

KATTEL/LEMBER/KALVET – “Public Procurement and Innovation: Theory and Practice”, *Public Procurement, Innovation and Policy: International Perspectives*, Springer, 2013.

KATTEL/LEMBER – “Public procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?”, *Journal of Public Procurement*, Vol. 10 (3), 2010.

KAUFMANN, Arthur – *Filosofia do Direito*, Lisboa, 2009.

KAVKA, Gregory S. – *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton University Press, 1986.

KELMAN, Steven – “Achieving Contracting Goals and Recognizing Public”, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, eds. Jody Freeman/Martha Minow, Harvard University Press, 2009.

KELSEN, Hans – *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013.

- *Principles of International Law* [1952], The Lawbook Exchange, New Jersey, 2003.
- “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31, 1913.
- KELSEN, Hans/HOLD-FERNECK, Alexander – *Lo Stato come Superuomo: un Dibattito a Vienna*, Giappichelli, Torino, 2002.
- KEMP, Roger L. – *Documents of American Democracy: a collection of essential works*, McFarland, 2010.
- KERFERD, G.B. – *The Sophistic Movement*, Cambridge, 1981.
- KERN, Ernest A. – “Administración clásica y administración moderna de las prestaciones públicas”, *Doc. Adm.*, Nov.–Dic, n.º 132, 1969.
- KERSTING, Wolfgang – *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrag*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994.
- KINSEY, Christopher – *Private Contractors and the Reconstruction of Iraq: Transforming Military Logistics*, Routledge, 2009.
- KINSEY, Christopher / PATTERSON, Malcolm – *Contractors and War: The Transformation of United States' Expeditionary Operations*, Stanford University Press, 2012.
- KIRKBY, Mark – *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra, 2011.
- *Os Contratos de Adaptação Ambiental – A concertação entre a Administração Pública e os particulares na aplicação de normas de polícia administrativa*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.
- *Contratos Administrativos de Subordinação (Natureza, Funções e Limites)*, A.A.F.D. Lisboa, 2002.
- “Atos administrativos sujeitos a procedimentos adjudicatórios de contratação pública – o artigo 1.º, n.º 3, do CCP”, *RCP*, n.º 4, 2012, CEDIPRE.
- KLABBERS, Jan / PETERS, Anne / ULFSTEIN, Geir– *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 2010.
- KLEGER, Heinz – “Verhandlungsdemokratie”, Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Der Kooperative Staat*, Baden-Baden, 1995.
- KLEIN, Kerwin Lee – *Frontiers of Historical Imagination*, University of California Press, 1999.
- KNACK, Hans Joachim – *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, 1982.
- KNAUFF, Matthias – *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV*, Duncker & Humblot GmbH, 2004.

KÖBLER, RALF – *Die «clausula rebus sic stantibus» als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Mohr Siebeck, 1991.

KOCH, Thorsten – *Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen: zur Rekonstruktion der Grundrechte als Abwehrrechte*, Mohr Siebeck, 2000.

KOCH, Eva – *Städtebauliche Instrumente bei der Konversion von Militärarealen*, Lexxion Verlagsgesellschaft, 2012.

KOKOTT – “Entschädigungsfragen bei der Ausübung des einseitigen Kündigungsrechts der Behörde beim öffentlich-rechtlichen Vertrag (§ 60 Abs. I Satz 2 VwVfG)”, *Verwaltungsarchiv* 83 (1992).

KÖNIG, KLAUS – “Verwaltungsreform und Demokratiediskussion”, *Demokratie und Verwaltung*. 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

KONRAD, HORST – *Der öffentlich-rechtliche Vertrag: Institution oder Trugbild?*, Juristische Dissertation, Würzburg, 1975.

KOPP, F. – “Die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge als Verwaltungsakte?”, *BayVBl*, 1980.

KORMANN, KARL – *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910.

KRAUSNICK, Daniel – *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, Mohr Siebeck, 2012.

KRAUTZBERGER, Michael – *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971.

– “Zum Stellenwert von städtebaulichen Verträgen im heutigen Städtebau”, *Umwelt und Planungsrecht*, 1, 2006.

– “Städtebauliche Verträge in der praktischen Bewährung”, *Umwelt und Planungsrecht*, UPR Zeitschrift für Wissenschaft und Praxis, Vol. 27, n.º 11-12, 2007.

– “§ 12”, *Baugesetzbuch*, Hrsg. Batts/Krautzberger/Löhr, München, 2007.

KREBS, Walter – “Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht”, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, E. Schmidt-Assmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.

– “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten” (“Contratos y Convenios entre la Administración y Particulares”), *Documentación Administrativa*, n.ºs 235-236, 1993.

KRISCH, N. – *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, *Oxford Constitutional Theory*, Oxford University Press, 2010.

KRUEGER, Anne – “The Political Economy of the Rent Seeking Society,” *The American Economic Review*, Vol. 64, n.º 3, 1974.

KUGELMANN, Dieter – *Polizei und Ordnungsrecht*, Springer Verlag, 2012.

KRÜGER, Herbert – *Allgemeine Staatslehre*, W. Kohlhammer, 1966.

KUPISZEWSKI, H. – “Formazione delle leggi e forme del loro controllo nell’atene del IV secolo a. C.”, *Scritti Minori*, Napoli, 2000.

LABAND, Paul – *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. I, Tübingen, 1964.

- *Le Droit Public de l'Empire Alemand*, Vol. II, Giard et Brière, Paris, 1901.

LADÉUR, Karl-Heinz – *The Changing Role of the Private in Public Governance: The Erosion of Hierarchy and the Rise of a New Administrative Law of Cooperation. A Comparative Approach*, European University Institute, Firenze, 2002.

LAGAUZERE, Damien – *Sociologie et théorie du chaos*, Editions L'Harmattan, Paris, 2007.

LAINÉ, François Bloch- *A la Recherche d'une «Économie Concertée»*, Paris, 1964 (1959).

LANE, Jan-Erik – *Comparative Politics: The Principal-Agent Perspective*, Routledge, 2008.

LANG, Agathe Van- “Le point de vue d’une publiciste”, *De l’intérêt de la summa divisio Droit Public-Droit Privé?*, ed. Baptiste Bonnet/Pascale Deumier, Dalloz, Paris, 2010.

LANGE – “Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag”, *NVwZ* 313, 1983.

LANGE, Hans-Jürgen / SCHENCK, Jean-Claude – *Polizei im kooperativen Staat: Verwaltungsreform und neue Steuerung in der Sicherheitsverwaltung*, Springer DE, 2004.

LANGE, Klaus /SIPPEL, Frank – *Verwaltungsautomation und Bürgerservice: Ansätze zur Aufhebung eines Widerspruchs*, Westdeutscher Verlag, 1986.

LAPRADE, Frank – “La contractualisation de la répression exercée par le régulateur”, *Les engagements dans les systèmes de regulation*, ed. Marie-Anne Frison-Roche, Paris, 2006.

LARENZ, Karl – *Metodologia do Direito*, Lisboa, 1983.

LARMOLETTE, B. / MORENO, D. – *Code de l'Urbanisme*, Paris, 2007.

LAUBADÈRE, André de – “Administration et contrat”, *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, 1967.

– “L’Administration Concertée”, *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974.

LAUBADÈRE, André de/DELVOLVÉ, Pierre – *Droit Public Économique*, Paris, 1986.

LAUBADÈRE/ MODERNE/ DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vols. I e II, Paris, 1984.

LAUBADÈRE/VENEZIA, *Traité de Droit Administratif*, Tome III, Paris, 1997.

LAUTENBACH, Manegold de – *Liber ad Gebhardum*, XXX e XLVII, hrsg. v. K. Francke, M.G. H.: Libelli de Lite, I, 1891.

LAYER, Max – *Zur Lehre vom öffentlichen-rechtlichen Vertrag. Eine Studie aus dem österreichischen Verwaltungsrecht*, Graz und Leipzig, 1916.

LEBEN, Charles – *The Advancement of International Law*, Hart Pub., Oxford and Portland, 2010.

LECHMERE, *Trial of Dr. Henry Sacheverell before the House of Peers for High Crimes and Misdemeanours* (printed by order of the House of Lords), Parliamentary Archives, LGC/9/2/1, London, 1710.

LEDDA, F. – *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Padova, 1965.

LEHR, Katja – *Staatliche Lenkung durch Handlungsformen*, Peter Lang, 2010.

LEISNER, WALTER – *Effizienz als Rechtsprinzip*, Mohr, 1971.

LEIST, Anton – “Ethik zwischen Hobbes und Kant”, *Moral als Vertrag? Beiträge zum moralischen Kontraktualismus*, Walter de Gruyter, 2003.

LEITÃO, Alexandra – “A contratualização no direito do urbanismo”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, 2006.

– *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011.

– “O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais”, Intervenção no V Encontro de Professores de Direito Público, 2012, *Publicações ICJP*.

– *Lições de Direito dos Contratos Públicos - Parte Geral*, Lisboa, 2014.

LENZ/WÜRTEMBERGER – *BauGB-Verträge-Leitfaden für Gemeinde und Investoren*, Boorberg, Stuttgart, 2011.

– *Städtebauliche Verträge und Vergaberecht*, Symposium des Zentralinstituts für Raumplanung an der Universität Münster am 24. Juni 2009, Hans D. Jarass (Hs.), 2010, Lexxion, Berlin.

LEYLAND/WOODS – *Administrative Law*, Oxford University Press, 2002.

LIBERATI, Bruti – *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996.

LOBEL, Orly – “The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought”, *Minnesota Law Review*, Vol. 89, 2004.

LOCKE, John – *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, ed. Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 2003, II, §149.

– *Dois Tratados do Governo Civil*, Edições 70, Lisboa, 2006.



LOEWENSTEIN, Karl – *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1976.

LÓPEZ PELLICER, José A. – “Naturaleza, Supuestos y Límites de los Convenios Urbanísticos”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 146, 1996.

LOUREIRO, João – *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares – Algumas Considerações*, Coimbra, 1995.

– *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos «direitos adquiridos»*, Coimbra, 2010.

“Cortes, Pensões e Jurisprudência em Tempos de Crise: Entre o Transitório e o Permanente”, *O Tribunal Constitucional e a Crise, Ensaios Críticos*, (org.) G. de Almeida Ribeiro/L. Pereira Coutinho, Coimbra, 2014.

– “Contratos de associação e financiamento: nótula sobre o novo regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 138-C/2010, de 28 de Dezembro e pela Portaria n.º 1324-A/2010, de 29 de Dezembro”, Sep. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 86 (2010).

LOUREIRO, Joana – “Os Acordos Endoprocedimentais no novo CPA”, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, 2015.

LOVELAND, Ian – *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A Critical Introduction*, Oxford University Press, 2006.

LUBBERS, JEFFREY S. – *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, American Bar Association, 2006.

LUCENA, Manuel de – “Neocorporativismo? — Conceito, interesses e aplicação ao caso português”, *Revista Análise Social*, Vol. XXI, 1985.

LUCIA, LUCA DE – *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Giappichelli, 2005.

LUHMANN, Niklas – *Legitimation durch Verfahren*, Suhrkamp, 1989.

LUPOI, Maurizio – *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge University Press, 2007.

LUSCOMBE, D. E. – “La formation de la pensée politique en Occident”, *Histoire de la pensée politique médiévale*, org. J. H. BURNS, PUF, Paris, 1993.

MAÇÃS, Fernanda – “Os acordos sectoriais como um instrumento da política ambiental”, *Revista CEDOUA*, n.º 5, 2000.

– “A Caducidade no Direito Administrativo: Breves Considerações”, *Estudos em Homenagem do Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra, 2005.

MACDONALD, R. ST. J. – “United Nations Charter: Constitution or Contract?”, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, Leiden, 1986.

MACDOWELL, Douglas Maurice – *The law in classical Athens*, Cornell University Press, 1986.

MACHADO, J. Baptista – *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 1965.

– “Participação e Descentralização”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-2-3-4, Ano XXII, Janeiro-Dezembro, 1975.

– “A hipótese neocorporativa”, *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Vol. II, Braga, 1993.

– “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Vol. I, Braga, 1993.

– *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1999.

MACHADO, João de Melo – *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra, 1937.

MACHADO, Jónatas – “Contrato Social e constitucionalismo: algumas notas”, *Autoridade e Consenso no Estado de Direito*, Colóquio Internacional, coord. Luís F. Colaço Antunes, Coimbra, 2002.

– *Direito Internacional – do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra, 2006

– *Direito da União Europeia I e II*, Coimbra, 2010.

MACHETE, Pedro – *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Universidade Católica, 1995.

– “A Correlação entre a Relação Jurídica Procedimental e a Relação Substantiva”, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, 2015.

– *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Coimbra, 2007.

MACHETE, RUI – “Considerações sobre a dogmática administrativa no moderno Estado Social”, *Estudos de Direito Público e de Ciência Política*, Centro de Estudos Administrativos, Lisboa, 1991.

MACKIE, John – *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth, Penguin, 1977.

MADDALON, Philippe – *La Notion de Marché dans la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris, 2007.

MAGRI, Francesco – *Organizzazione politica e diritto pubblico romano*, Mariotti, 1905.

MAGRI, Marco – “Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali”, *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 4, 2004.

MAIHOFER, Werner – *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, 1965.

MAINE, Henry S. – *The Ancient Law*, ed. John Murray, 1870.

MALBERG, R. Carré De – *Contribution a la Theorie Generale De L'État*, Vol. II, Centre National de la Recherche Scientifique, Paris 1969.

– *La Loi, Expression de la Volonté Générale*, Paris, 1984.

MALHOTRA, DEEPAK – “Negotiate or Litigate?”, *The New Conflict Management: Effective Conflict Resolution Strategies to Avoid Litigation*, Program on Negotiation Harvard Law School, 2004.

MANDLE, Jon – *What's left of liberalism?: an interpretation and defense of justice as fairness*, Lexington Books, 2000.

MANETSCH, S. M. – *Theodore Beza and the Quest for Peace in France, 1572-1598*, Studies in Medieval and Reformation Thought, Brill, Leiden, 2000.

MANFREDI, G. – *Accordi e Azione Amministrativa*, Torino, 2001.

MANIN, P. – “On Legitimacy and Political Deliberation”, *Political Theory*, 15, 1987.

MANNORI, Luca / SORDI, Bernardo – *Storia del diritto amministrativo*, Roma, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau – *O Príncipe*, Lisboa, 1996.

MARC, R. Denoix de Saint- “La Question de l’Administration Contractuelle”, *AJDA*, n.º 19, 2003.

MARCEL, Gauchet – *La Révolution des Pouvoirs – La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, 1995.

– *La révolution des droits de l’homme*, Paris, 1989.

MARCO, E. DE – *La “Negoziazione Legislativa”*, Padova, 1984.

MARCOS, Rui de Figueiredo – *Apontamentos de História da Administração Pública*, polic., Coimbra, 2007.

MARCOU, Gérard – “Les contrats entre l’Etat et les collectivités territoriales, réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs”, *AJDA*, n.º 19, 05/2003.

MARIQUE, Y. – *Public-Private Partnerships and the Law: Regulation, Institutions and Community*, Edward Elgar Publishing, 2014.

MARQUES, Leitão/MOREIRA, Vital – “Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos”, *Economia e Prospectiva*, Vol II, n.º.s 3 e 4, Outubro/1998-Março/1999.

MARONGIU, Giovanni – “Gli Istituti della Democrazia Amministrativa”, *La Democrazia come Problema*, Vol. I, Tomo 2, Bologna, 1994.

– “Gerarchia Amministrativa”, *La Democrazia come Problema*, Vol. I, Tomo I, Il Mulino, Bologna, 1994.

– “Funzione Amministrativa e Ordinamento Democratico”, *La Democrazia come Problema*, Vol. I, Tomo 2, Il Mulino, Bologna, 1994.

MARTÍ, José Luis – *La República deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, 2006.

MARTIN-RETORTILLO, S. – “La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, *Studi in Memoria di Guido Zanobini*, Milano, 1965.

MARTINES, T. – *Diritto Costituzionale*, Milano, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva – *Desenvolvimento Econômico e Segurança Nacional – Teoria do Limite Crítico*, São Paulo, 1971.

MARTINS, Licínio Lopes – “O Controlo de Normas na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, BFDUC, vol. LXXV (1999).

– *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1997.

– “Contrato Público e Organização Administrativa”, *Estudos da Contratação Pública*, I, 2008.

– *Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra, 2009.

– *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Policop., Coimbra, 2012.

– “Âmbito da Jurisdição Administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Revisto”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 106, 2014.

– “Direito Administrativo da Saúde”, *Tratado de Direito Administrativo Especial, III*, Coimbra, 2010.

MASSERA, Alberto – *Lo Stato che Contratta e che si Accorda*, Pisa, 2012.

MATTELART, Armand – *Histoire de la société de l'information*, Paris, 2001.

MATTEUCCI, Nicola – “Contrattualismo”, N. Bobbio/N. Matteucci/G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1983.

– “Nel labirinto dei contrattualismi”, *Contratto: un'ipotesi di giustizia*, Fondamenti, 1985, II.

– *Lo Stato Moderno: lessico e percorsi*, Il Mulino, Bologna, 1993.

MATTEUCCI, S. Civitarese – *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.

– “Contratti e accordi di diritto pubblico”, a cura di Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa* (2006), Napoli.

– “Sul Fondamento Giuridico degli Accordi in Materia di Fissazione delle Prescrizione Urbanistiche”, *Presente e Futuro della Pianificazione Urbanistica* (ed. Pugliese/Ferrari), Milano, 1999.

MARX, Karl – *Diferença entre as Filosofias da Natureza em Demócrito e Epicuro*, Dissertação de Doutoramento, Editorial Presença, Lisboa 1972.

– *Das Kapital*, Vol. I, Hamburg, 1890, Teil VIII.

MARX, Karl/ENGELS, Friedrich – *Manifest der Kommunistischen Partei*, Reclam Philipp Jun., Ditzingen, 1986, I.

MATHIEU, Bertrand / ARDANT, Philippe – *Institutions Politiques et Droit constitutionnel*, Paris, 2012.

MARTÍN, Carlos de Cabo – *Contra el consenso: estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, UNAM, 1997.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO – *Da Cessação do Contrato*, Coimbra, 2005.

MASUCCI, ALFONSO – “La *quaestio* nel diritto tedesco dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato”, *Scritti in Onore di M.S. Giannini*, Vol. I, Milano, 1988.

– *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988.

– *La Legge Tedesca sul Processo Amministrativo*, Milano, 1991.

MATOS, SARA – “Eficácia e Caducidade no Direito Administrativo Comum”, *Comentários ao Novo código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, 2015.

MAUGÜE, CHRISTINE – “Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs”, *AJDA*, 1998.

MAURER, Hartmut – “Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten”, *DVB I*, 1989.

– *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2009.

MAURER, Hartmut/BARTSCHER, Bruno – *Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung: rechtstatsächliche Untersuchung zum öffentlich-rechtlichen Vertrag in der Spruchpraxis der Gerichte*, Hartung-Gorre, 1997.

MAVIGLIA, C. – *Accordi con l'Amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002.

MAYER, Otto – “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, *AöR*, 3 (1888).

– *Derecho Administrativo Alemán*, Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1982.

MAZZA, Maria – *Il Trasferimento della Capacità Edificatoria*, Matelica, 2005.

MCILWAIN, Charles H. – *Constitutionalism: Ancient and Modern*, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2005.

MCKECHNIE, William Sharp – *Magna Charta: A Commentary on the Great Charter of King John*, Lawbook Exchange, 2000.

MCLAUGHLIN, Paul – *Anarchism and Authority: A Philosophical Introduction to Classical Anarchism*, Ashgate Publishing, 2012.

MCLEAN, Iain – *Public Choice: An Introduction*, Basil Blackwell, Oxford, 1987.

MCLEAN, Janet – “The Crown in Contract and Administrative Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, 2004.

MCMURTRIE, Douglas Crawford – *The Kentucky Constitution of 1792*, Priv. Print., 1942.

MCNUTT, Patrick – *The Economics of Public Choice*, Edward Elgar Publishing, 2002.

MEDEIROS, Rui – “A jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional”, *O Tribunal Constitucional e a Crise, Ensaios Críticos*”, (org.) G. de Almeida Ribeiro/L. Pereira Coutinho, Coimbra, 2014.

– “Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 69, 2008.

MEIER, Christian – *La Nascita della Categoria del Politico in Grecia*, Bologna, 1988.

Meilán GIL, J. L. – “La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica”, *RAP*, n.º 99, 1982.

MELIS, Guido – *Storia dell'amministrazione italiana: 1861-1993*, Bologna, 1996.

MELO, A. Barbosa de – “Introdução às formas de concertação social”, *Separata do Vol. LIX (1983) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.

– *Democracia e Utopia*, Porto, 1980.

– “A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público”, *Estudos da Contratação Pública, I*, Coimbra, 2008.

– *Direito Constitucional e Administrativo (sumários e notas)*, Direito Público da Banca, dos Valores Mobiliários e dos Seguros, Ano letivo 2009/2010, policop., Coimbra.

– *Sumários, Apontamentos e Notas sobre Contratos Administrativos*, Coimbra, 2002.

MELO, A. Barbosa de /CORREIA, F. Alves – *Contrato Administrativo*, CEFA, Coimbra, 1984.

MELONI, GUIDO – “Le partecipazione dei cittadini all'amministrazione”, *Democrazia e amministrazione*, Marongiu, G.C. De Martin (a cura di), *Democrazia e amministrazione* (in ricordo di Vittorio Bachelet), Collana di studi sull'amministrazione pubblica della LUISS, Giuffrè, Milano, 1992.

MENDELSON, Nina – “Six Simple Steps to Increase Contractor Accountability”, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, eds. Jody Freeman/Martha Minow, Harvard University Press, 2009.

MENDES, JOANA – *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, Oxford Studies in European Law, 2011.

– “Participation and the role of law after Lisbon: a legal view on article 11 TEU”, *Common Market Law Review*, 48, 2011.

MENDUIÑA, Sanchez-Albornoz y – *Ruina y extincion del municipio romano en España y instituciones que le reemplazan*, Buenos Aires, 1943.

– *Repoblación del Reino Astur Leonés. Proceso, Dinámica y Proyecciones, Viejos y Nuevos Estudios sobre las Instituciones Medievales Españolas*, Tomo II, Madrid, Espasa-Calpe, 1976.

MENÉNDEZ REXACH, A. – “Los convenios entre Comunidades Autónomas”, *Instituto de Estudios de Administración Local*, Madrid, 1982.

– “Procedimientos administrativos: finalización y ejecución”, *La nueva Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), Madrid, 1993.

MERÊA, Paulo – *Lições de história do direito português*, Coimbra, 1923.

– “Suárez, Grócio, Hobbes”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, Lisboa, 2004.

– “Introdução ao problema do feudalismo em Portugal”, *Estudos de História de Portugal*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006.

– “O Tratado de Tui de 1137 do ponto de vista jurídico”, *Estudos de História de Portugal*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006.

– “Sobre a concessão da Terra Portucalense a D. Henrique”, *Estudos de História de Portugal*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006.

– “Em torno da palavra «forum»”, *Estudos de História do Direito I*, INCM, Lisboa, 2007.

– “Organização Social e Administração Pública” e “Sobre as origens do concelho de Coimbra”, *Estudos de História de Portugal*, INCM, Lisboa, 2006.

– “Sobre as origens do concelho de Coimbra”, *Estudos de História de Portugal*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006.

– “As teorias políticas medievais no Tratado da Virtuosa Beneficência”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, INCM, Lisboa, 2004.

– “A ideia da origem popular do poder nos escritores portugueses anteriores à restauração”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2004.

– “Suárez, jurista. O problema da origem do poder civil”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2004.

– “O legislador de J.-J. Rousseau”, *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2004.

MERLONI, Francesco – “L'autonomia delle Università e degli enti pubblici di ricerca. Alcuni nodi problematici”, *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, Vol. III, Milano, 1988.

- MERRIAM, Charles Edward – *History of American Political Theories*, MacMillan, New-York, 1903.
- MERUSI, Fabio – *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, 2000.  
– *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012.
- MESCHÉRIAKOFF, A.S. – “Ordre intérieur administratif et contrat”, *RFD Adm.*, 1997.
- MESTRE, Jean-Louis – *Introduction historique ao Droit Administratif*, Presses universitaires de France, 1985.
- MEYER, H. – Meyer/Borgs – *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar zum*, Frankfurt am Main, 1982.
- MIELE, G. – *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.
- MILL, John Stuart – *Considerations on Representative Government*, London, 1861.
- MILTON, John – *The Prose Works of John Milton: The Tenure of Kings and Magistrates*, Vol. II, intro and notes by J. A. St. John, London, 1848.
- MINHOTO, L. Dias – *Privatização de Presídios e Criminalidade: a Gestão da Violência no Capitalismo Global*, São Paulo, 2000.
- MINOW, Martha – “Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability, Professionalism, and Democracy”, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, eds. Jody Freeman/Martha Minow, Harvard University Press, 2009.
- MIRANDA, João – *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, Coimbra, 2012.
- *A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial. A Alteração, a Revisão e a Suspensão dos Planos*, Coimbra, 2002.
- MIRANDA, Jorge – *Textos Históricos de Direito Constitucional*, Lisboa, 1990.
- «Decreto», *DJAP*, Vol. III, Lisboa, 1990.
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo III, Coimbra, 1998.
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra, 2003.
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VII, Coimbra, 2007.
- *Curso de Direito Internacional Público*, Lisboa, 2012.
- MITCHELL, J. D. B. – *The Contracts of Public Authorities: A Comparative Study*, Bell, London, 1954.
- “Jurisprudence récente relative aux contrats administratifs en Grande-Bretagne”, *RDP*, 1959.



MODERNE, Franck – “L’ Évolution Récente du Droit des Contrats Administratifs: les Conventions entre Personnes Publiques”, *RFDA*, 1984.

– *Les Quasi-Contrats Administratifs*, Paris, 1995.

MOEGLIN, Jean-Marie – “Heurs et malheurs de la négociation”, *Negociar en la Edad Media (Négociar au Moyen Âge)*, M. Sánchez Martínez, Jean-Marie Moeglin, María Teresa Ferrer Mallol, Stéphane Péquignot, CSIC, Barcelona, 2005.

MÖGELE, Rudolf – “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, *BayVBl*, 1987.

MONAHAN, Arthur P. – *Consent, Coercion, and Limit: The Medieval Origins of Parliamentary Democracy*, McGill-Queen's Press, 1987.

MONCADA, Luís Cabral de Oliveira de – *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, Coimbra, 2006.

MONCADA, Luís Cabral de – *A Problemática Jurídica do Planeamento Económico*, Coimbra, 1985.

– *Direito Público e Eficácia*, Lisboa, 1997.

– *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação*, Coimbra, 2012.

MONDIN, Battista – *Manuale di filosofia sistemática*, Vol. III, *Ontologia e metafísica*, Bologna, 2007.

MONIZ, Ana Raquel – “Traços da evolução do Direito Administrativo português”, *Sep. do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011.

– *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez – Contibuto para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, 2012.

– “Procedimento Regulamentar”, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, 2015.

– *Estudos sobre Regulamentos Administrativos*, Coimbra, 2013.

MONNIER, François – *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIIIe siècle*, Paris, 1984.

MONTAGNE, Edmond – *Contribution à l'étude des agréments fiscaux et des quasi-contrats fiscaux*, Impr. Documents Services, 1969; J. GEORGEL, “L'agrément administratif”, *AJDA*, 1962.

MONTEIRO, António Pinto – “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, *ROA*, I, Ano 62, Jan. 2002, Lisboa.

– *Erro e Vinculação Negocial*, Coimbra, 2002.

MONSELLATO, GIANMARCO – *Pour un Nouveau Contrat Fiscal*, Institut Choiseul, Paris, 2013.

MOLLERS, Christoph – “Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft”, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, E. Schmidt-Assmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.

MOORE, M.– “Gauthier’s contractarian morality”, *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, London, 1994.

MONTESQUIEU, *De L’Ésprit des Lois*, Garnier, Paris, 1979, XI, 6.

MORAIS, Carlos Blanco de – “As Autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, n.º 1, Lisboa, 2001.

– *As Leis Reforçadas*, Coimbra, 1998.

– *Curso de Direito Constitucional, Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social, Tomo II*, Vol. 2, Coimbra, 2014.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline – *Cours de Droit Administratif*, Paris, 2010.

– *Droit de l’Environnement*, PUF, Paris, 2007.

– *Droit Administratif*, Paris, 2013.

MOREAU, Jacques – “Les matières contractuelles”, *L’Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1998.

– “De l’interdiction faite à l’autorité de police d’utiliser une technique d’ordre contractuelle”, *AJDA*, janvier, 1965.

– *Droit Administratif*, Paris, 1989.

MOREAU, Luc – “La contractualisation de l’exercice de la police administrative”, *Contrats publics, Mél. Guibal*, Vol. I, 2006.

MOREIRA, José Azevedo – “A bipartição do direito alemão da contratação de compras públicas”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, CEDIPRE, 2012.

MOREIRA, José /ALVES, André Azevedo – *O que é a Escolha Pública? Para uma análise económica da política*, Principia, 2004.

MOREIRA, Vital – *Auto-Regulação Profissional e administração pública*, Coimbra, 1997.

– *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 2003.

– “Nova gestão pública e Direito Administrativo”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3978 (2013), Coimbra.

MOREIRA, Vital/ MAÇÃS, Fernanda – *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, 2003.

MORÓN, Miguel Sánchez – *La Participacion del ciudadano en la Administracion Publica*, Madrid, 1980.

– “La Terminación Convencional de los Procedimientos Administrativos”, *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, e *Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid, 2011.

– *Derecho Administrativo*, Parte General, Madrid, 2011.

MÖRTEL, GEORG – “Der öffentlich-rechtliche Vertrag und das Legalitätsprinzip”, *BayVB1*, 1965.

MOSCATELLI, MARIA TERESA – *Moduli consensuali e istituti negoziali nell'attuazione della norma tributaria. L'ordinamento tributario italiano*, Milano, 2007.

MUELLER, Dennis – *Public Choice II*, Cambridge University Press, 1989.

– *Public Choice III*, Cambridge University Press, 2003.

MÜGGENBORG, Hans-Jürgen – “Formen des Kooperationsprinzips im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland”, *NVwZ*, 1990.

MULGAN, R. G. – “Lycophron and Greek Theories of Social Contract”, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 40, n.º 1, Jan.-Mar., 1979, Pennsylvania Press.

MÜLLER, Peter – *Der Staatsgedanke Cassirers*, Königshausen & Neumann, 2003.

MUÑIZ, Nicolás – “Programa político y legislativo del gobierno: pactos de coalición y contrato de legislatura”, *Documentación Administrativa* (1980), n.º 188.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO – *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, 2011.

– *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1982.

NABAIS, Casalta – “A Autonomia Local (alguns aspetos gerais)”, *Sep. BFDUC, Estudos em Homenagem ao Doutor Afonso Queiró*, Coimbra, 1986.

– *Contratos Fiscais*, Coimbra, 1994.

– “Investimento Estrangeiro e Contratos Fiscais”, *Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra, 2005.

– “Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania”, *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra, 2007.

– *Direito Fiscal*, Coimbra, 2009.

– “Considerações sobre a autonomia financeira das universidades”, *Estudos sobre Autonomias Territoriais, Institucionais e Cívicas*, Coimbra, 2010.

NABATCHI, Tina – *Deliberative Democracy: The Effects of Participation on Political Efficacy*, ProQuest, 2007.

– “Addressing the citizenship and democratic deficits: The potential of deliberative democracy for public administration”, *American Review of Public Administration*, Vol. 40 (n.º 4), 2010.

– “Why Public Administration Should Take Deliberative Democracy Seriously”, *The Future of Public Administration Around the World: The Minnowbrook Perspective*, ed. Rosemary O’Leary, Georgetown University Press, 2010.

NEMETH, Charles – *Private Security and the Investigative Process*, CRC Press, 2010.

– *Homeland Security*, CRC Press, 2013.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira – *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte geral e Parte especial*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e – *Participação administrativa procedimental. Natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*, Editora Fórum, 2009.

NEVES, A. Castanheira – *Lições de Introdução ao Estudo de Direito*, polic., Coimbra, 1968-1969.

– *A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra, 2003.

– “O direito interrogado pelo tempo presente na perspetiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 83, 2007.

– *Digesta*, II, Coimbra, 2006.

– *Digesta*, III, 2008, Coimbra.

NEVES, Arnaldo Gabriel R. Costa – *Dos Contratos de Contrapartidas no Comércio Internacional (Countertrade)*, Coimbra, 2003.

NIEDOBITEK, Matthias – *Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge: Bund, Länder und Gemeinden als Träger grenzüberschreitender Zusammenarbeit*, Mohr Siebeck, 2001.

NIGRO, Mario – *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1976.

– “Il nodo della partecipazione”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 34, n.º 1, mar. 1980, Milano.

– “Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)”, *Riv. dir. proc.*, 1980.

– “Il ruolo dei giuristi nello Stato Liberale”, *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Vol. II, Milano, 1988.

– “Conclusioni”, *Atti del Convegno, L'accordo nell'azione amministrativa*, a cura di Masucci, Roma, 1988.

– “Il procedimento amministrativo fra inerzia amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno)”, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e*

*trasformazioni amministrative*, Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988, a cura di F. Trimarchi, 1990.

– “Convenzioni Urbanistiche e Rapporti tra Privati. Problemi Generali”, *Convenzioni Urbanistiche e Tutela nei Rapporti tra Privati*, Milano, 1995.

– “Convenzioni Urbanistiche e Rapporti fra Privati”, *Scritti Giuridici*, II, Milano, 1996.

NINO, Carlos Santiago – *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, 1997.

NISKANEN, William – *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine-Atherton, Chicago, 1972.

NOLAND, A. – “Proudhon and Rousseau”, *Journal of the History of Ideas*, vol. 28, 1967.

NOVAIS, Jorge Reis – *Semipresidencialismo*, Vol. I, Coimbra, 2007.

– *Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos*, Coimbra, 2014.

NOVAK, David – *The Jewish Social Contract: an Essay in Political Theology*, Princeton University Press, 2005.

NOZICK, Robert – *Anarchy, State, and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, 1974.

NUSSBAUM, Martha C. – *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, 2007.

– “Beyond the Social Contract: capabilities and global justice”, *Oxford Development Studies*, Vol. 32, No. 1, March 2004.

NYLEN, William R. – *Participatory Democracy versus Elitist Democracy*, Palgrave Macmillan, 2003.

OCCHIENA, Massimo – “Partecipazione al procedimento amministrativo”, S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

OCHOA GÓMEZ, M. L. – *Los Convenios Urbanísticos. Límites a la Figura Redentora del Urbanismo*, Madrid, 2006.

OESTREICH, Gerhard – “Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde. Die Regierungsformen des 17. Jahrhunderts als konstitutionelle Elemente”, *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, Rudolf Vierhaus (Hrsg.), Göttingen 1977.

OLIVEIRA, António Cândido de – *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra, 2013.

OLIVEIRA, F. Paula – *Contratos para Planeamento – Da consagração legal de uma prática, às dúvidas práticas do enquadramento legal*, Coimbra, 2009.

OLIVEIRA, F. Paula/LOPES, Dulce – “O papel dos privados no planeamento: que formas de intervenção?”, *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 20, 2003.

OLIVEIRA, F. Paula/NEVES, Castanheira/LOPES, Dulce/MAÇÃS, Fernanda – *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – Comentado*, Coimbra, 2009.

OLIVEIRA, Mario Esteves de /OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011.

– *Código de Processo nos Tribunais Administrativos, I*, Coimbra, 2004.

OLIVEIRA, Mário Esteves de/GONÇALVES, Pedro/AMORIM, J. Pacheco de – *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, Coimbra, 1997.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – “Ato Administrativo Contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, 2007.

OLSON, Mancur – *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1971.

OÑA, F. Vallespín – *Nuevas teorías del contrato social: Rawls, Nozick y Buchanan*, Alianza Editorial, 1996.

O'NEILL, Martin / WILLIAMSON, Thad – “Beyond the Welfare State: Rawls's Radical Vision for a Better America”, *Boston Review*, October, 2012.

ORLANDO, V. E. – “Il nome di Stato”, Libro III, *Teoria Giuridica dello Stato, Diritto Pubblico Generale*, Milano, 1954.

ORTIZ MALLOL, José – “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas (1)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 163, 2004.

ORTS, Cortina – *Covenant and Contract: Politics, Ethics, and Religion*, Morality and the meaning of life, Peeters Publishers, 2003.

OSTWALD, Martin – *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford, 1969.

– *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law*, London, 1986.

OTERO, Paulo – *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra, 1992.

– *O Poder de Substituição – Enquadramento Dogmático-Constitucional*, Vols. I e II, Lisboa, 1995.

– *Direito Administrativo – Relatório*, Lisboa, 1998.

– “Coordenadas Jurídicas da Privatização da administração pública”, *Os Caminhos da Privatização da administração pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001.

– *A Democracia Totalitária*, Principia, 2001.

– *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, 2003.

– *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Coimbra, 2007.

– *Direito Constitucional Português, I*, Coimbra, 2010.

– *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 2013.

OTERO, Paulo/GONÇALVES, Pedro – “Nota de Abertura”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, I, Coimbra, 2009.

PÁDUA, Marsílio de – *O Defensor da Paz*, Vozes, Petrópolis, 1977.

PAGE, Edward C. – “What is Bureaucracy”, *Political Authority and Bureaucratic Power*, Cambridge, 1992.

PAINE, Thomas – *Rights of Man, Common Sense, and Other Political Writings*, ed. Mark Philp, Oxford University Press, Oxford, 1995.

PÂQUES, M. – *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, 1991.

PAREJO ALFONSO, Luciano – “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, n.º 218-219, Abril-Septiembre, 1989.

– “La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración”, *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, INAP (MAP)-BOE, Madrid, 1995.

– *Eficacia y Administración: Tres Estudios*, INAP, 1995.

– “El artículo 88 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo”, *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, (dir.) Gabriel Elorriaga Pisarik, 1996.

– *Derecho Administrativo*, Ariel, 2003.

PARENTE, Ferdinando – “Programmazione Negoziata Attuativa Di Dettaglio e Trasformazione del Territorio”, in *Urbanistica contrattata e tutela dell’Ambiente*, Bari, 2007.

PARKINSON, J. – “Legitimacy Problems in Deliberative Democracy”, *Political Studies*, 51, 2003.

PATEMAN, Carole – *The Sexual Contract*, Stanford University Press, 1988.

PATEMAN, Carole/MILLS, Charles – *The Contract and Domination*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2013.

PATTI, L. – *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Tesi di Dottorato, 2010-2011, Università degli Studi di Catania.

PAUL, Kerstin – *Gesetzesverstoß und Vertrag im Wettbewerbs und Regulierungsrecht: eine Untersuchung der Schutz und Verbotsgesetzeigenschaft wettbewerbsschützender Normen sowie deren Auswirkungen auf Folgeverträge*, Nomos, 2009.

PENEDOS, José – “Processo de Reequipamento e Modernização das Forças Armadas e Condicionamentos Orçamentais no Quadro do Pacto de Estabilidade e Crescimento”, *Nação e Defesa*, Instituto da Defesa Nacional, 1999, Lisboa.

- PÉQUIGNOT, Georges – *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945.
- PEREIRA, José Esteves – *O Pensamento Político em Portugal no Século XVIII - António Ribeiro dos Santos*, Lisboa, 2005.
- PEREIRA, Maria Helena da Rocha – *Romana, antologia da cultura latina*, Coimbra, 2000.
- PEREIRA, Paulo Trigo – “A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?”, *Análise Social*, Vol. XXXII (141), 1997 (2.º).
- PEREIRA, Pedro Matias – *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2011.
- PERI, A. – *Le Pouvoir Exécutif dans le Processus de la Formation de la Loi dans l'Histoire Constitutionnelle Française (1789-1958)*, Varenne, 2008.
- PERICU, G. – “L’attività consensuale della pubblica amministrazione”, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001.
- PERROT, Anne – “Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations”, *Les engagements dans les systèmes de regulation*, ed. Marie-Anne Frison-Roche, Paris, 2006.
- PERTUÉ, Michel – “La notion de constitution à la fin du 18e siècle”, *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIIIe siècle*, ed. Raymonde Monnier/Jacques Guilhaumou, Paris, 2003.
- PESSOA, Argentino – *Políticas de Inovação*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.
- PETERS, Anne – “Are we moving towards Constitutionalization of the World Community?”, *Realizing Utopia: The Future of International Law*, ed. A. Cassese, Oxford University Press, 2012.
- PETERS, B. Guy / HUNOLD, Christian – “Bureaucratic discretion and deliberative democracy”, *ETransformation in Governance: New Directions in Government and Politics*, Matti Mälkiä/Ari-Veikko Anttiroiko/Reijo Savolainen (eds.), Idea Group Inc (IGI), 2004.
- PETERS, Hans – *Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt*, Krefeld, Scherpe, 1965.  
– *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, München, 1949.
- PETIT, J. – “Nouvelles d’une antinomie: contrat et police”, *Les collectivités locales, Mélanges Jacques Moreau*, Paris, 2003.
- PETTIT, Philip – *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1999.
- “Negative Liberty, Liberal and Republican”, *European Journal of Philosophy*, 1, 1993.
- “Freedom and Antipower,” *Ethics*, 106, 1996.
- PEZZILLO, Lelia – *Rousseau et le Contrat Social*, Puf, Paris, 2000.
- PIÇARRA, Nuno – *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra, 1989.



PIEPER, S.-U. – “Keine Flucht ins öffentliche Recht - Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentlich-rechtlichen Vertrag”, *DVBl*, 2000.

PINHEIRO, L. Lima – *Arbitragem transnacional. A determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra, 2005.

PINTO, C. A. Mota – *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1970.

– “Direito Económico Português – Desenvolvimentos Recentes”, *BFDUC*, Vol. LVII, Coimbra, 1981.

– *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2005.

PINTO, Cláudia S. – *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos*, Coimbra, 2012.

PINTO, Paulo Mota – “A Proteção da Confiança na «Jurisprudência da Crise»”, *O Tribunal Constitucional e a Crise, Ensaios Críticos*, (org.) G. de Almeida Ribeiro/L. Pereira Coutinho, Coimbra, 2014.

– *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra, 2008.

PIRES, Francisco Lucas – *Teoria da Constituição de 1976: a Transição Dualista*, Coimbra, 1988.

– *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (seu Sentido, Problemas e Limites)*, Coimbra, 1997.

PIZZANELLI, G. – *La Partecipazione dei Privati alle Decisioni Pubbliche*, Giuffrè Editore, 2010.

PLATÃO – *A República*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, 359a.

– *Protágoras*, trad. Ana da Piedade Elias Pinheiro, Relógio D’Água, *Humanitas*, Lisboa, 1999.

PLATON, *Oeuvres Complètes*, Vol. I, ed. Maurice Croiset, Les Belles Lettres, 2002.

POCOCK, J.G.A. – “Civic Humanism and its Role in Anglo-American Thought”, *Politics, Language, and Time: Essays on Political Thought and History*, Chicago, 1989.

POGGE, Thomas – *World Poverty and Human Rights*, Cambridge, Polity Press, 2008.

– *Realizing Rawls*, Cornell University Press, 1989; e *World Poverty and Human Rights*, Cambridge, Polity Press, 2008.

PÖLLMANN, Guido – *Kooperativer Staat und Parteiendemokratie*, Galda & Wilch, 2007.

POPE, Thomas R. – *Social Contract Theory in American Jurisprudence: Too Much Liberty and Too Much Authority*, Routledge, 2013.

POPPER, Karl – *Conjeturas e Refutações*, Coimbra, 2006.

PORTALURI, Pier Luigi – *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali: Studi sui Rapporti a Collaborazione Necessaria*, Milano, 1998.

PORTIER, Nicolas – “Un nouveau mode de relations entre l’Etat et ses partenaires: l’exemple de l’aménagement du territoire”, *AJDA*, n.º 19, 05/2003.

PORTOCARRERO, MARIA FRANCISCA – “Discrecionariiedade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 10 (1998).

POSCHÉ, Ralf – *Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, 2003.

POUYAUD, DOMINIQUE – *La nullité des contrats administratifs*, Paris, 1991.

POZAS, JORDANA DE – “Prólogo”, *Los Contratos Públicos* (Alvarez Gendín), Madrid, 1934.

PRÉLOT, Marcel/LESCUYER, Georges – *História das Ideias Políticas*, Vols. I e II, Lisboa, 2000.

PRIDDAT, Birger – Ingo Pies/Martin Leschke, *John Rawls' politischer Liberalismus*, Volume 1 de Konzepte der Gesellschaftstheorie, Mohr Siebeck, 1995.

PROUDHON – *Idée générale de la révolution au XIXème siècle: choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, Paris, 1851.

– “*Qu'est-ce que la propriété?*”, *Ouvres complètes de P.-J. Proudhon*, Tome I, Paris, 1867.

– *Du principe fédératif*, t. VIII, *Oeuvres complètes de P.J. Proudhon*, Paris, Lacroix, 1868.

PUFENDORF, Samuel – *Le Droit de la Nature et des Gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique (De jure naturae et gentium)*, Vol. I, ed. Jean Barbeyrac, Amsterdam, 1712.

– *De Officio Hominis et Civis secundum Juxta Legem Naturalem Libri Duo*, Broedelet, 1740, Bibliothèque jésuite des Fontaines, Lib. II, Cap. VI.

PUGLIESE, F.P. – “Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971.

– *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d' America*, Padova, 1974.

PULGENT, MARYVONNE DE SAINT- “Le droit français des agréments fiscaux”, *EDCE*, n.º 41, 1990.

PÜTTNER, Günter – *Verwaltungslehre*, Beck, 2007.

QUADRI, Rolando – “Le fondement du caractère obligatoire du droit international public”, *Recueil des Cours*, 1952.

QUADROS, Fausto de – *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2004.

– “A importância hoje da arbitragem em direito administrativo”, *Newsletter Centro de Arbitragem Administrativa e Fiscal* n.º 1, Lisboa, 2013.

QUASS, F. – *Nomos und Psephisma*, München, 1971.

QUEIRÓ, Afonso – *O poder Discricionário da administração*, Coimbra, 1944.

– *Lições de Direito Administrativo*, policop., Coimbra, 1976.

– “Fundamento do Direito Internacional”, *Estudos de Direito Público, Vol. II, Tomo II*, Coimbra, 2000.

– “A Função Administrativa”, *Estudos de Direito Público, Vol. II, Tomo I*, Coimbra, 2000.

– “Teoria dos Regulamentos”, *Estudos de Direito Público, Vol. II, Tomo I*, Coimbra, 2000.

– “A Hierarquia das Normas de Direito Administrativo Português”, *Estudos de Direito Público, Vol. II, Tomo I*, Coimbra, 2000.

QUESTANA, François – “La fortune de la maxime romaine «lex...est communis rei publicae sponsio»”, *Actes du Colloque International de l’A.F.H.I.P.*, 2008.

**RADBRUCH**, Gustav – *Filosofia do Direito*, São Paulo, 2010.

RAIMUNDO, Miguel Assis – *A Formação dos Contratos Públicos – Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, Lisboa, 2013.

– “Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular”, *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, 2015.

RAMÍREZ-ESCUADERO, D. SARMIENTO – *El Soft Law administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid, 2008.

RANAZZO, FRANCO – “La conciliazione giudiziale tributaria nell'interpretazione della giurisprudenza: casi e materiali per un'analisi critica dell'istituto”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, a cura di Civitarese Matteucci/Lorenzo Del Federico, FrancoAngeli, 2010.

RANELLETTI, ORESTE – *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945.

– “Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, *Giurisprudenza Amministrativa*, XLVI (1894), IV.

– “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, *Giur. it.*, Vol. 48, 1894.

RANGEL, Paulo Castro – *Concertação, Programação e Direito do Ambiente (a propósito do sentido e da causa-função do contrato-programa de redução da carga poluente)*, Coimbra, 1994.

– “A separação de poderes segundo Montesquieu”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001.

RAWLS, John – *A Theory of Justice – revised edition*, Oxford University Press, New York, 1999.

– “The priority of right and the ideas of the good”, *John Rawls: Collected Papers*, ed. Samuel Freeman, Harvard University Press, 1999.

- *Justice as Fairness*, ed. Erin Kelly, Harvard University Press, 2001.
- *The Law of Peoples: with the idea of Public Reason revisited*, Harvard University Press, 2002.
- *Lezioni di storia della filosofia politica*, Feltrinelli Editore, Milano, 2009.
- *Political Liberalism*, Columbia Classics in Philosophy, Columbia University Press, New York, 2011.
- *Palestras sobre a História da Filosofia Política*, ed. Samuel Freeman, Lisboa, 2013.
- REALE, ANNALISA – “Representation of interests, participatory democracy and lawmaking in European Union: which role and which rules for the social partners?”, *Jean Monnet working papers New York University School of Law* n.º 15 (2003) 39.
- REBOLLO PUIG, M. – “Principio de Legalidad y Autonomía de la Voluntad en la Contratación Pública”, *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, 2004.
- REBONATO, Riccardo – *Taking Liberties: a Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, 2012.
- REDFORD, E. S. – *Democracy in the Administrative State*, Oxford University Press, 1969.
- REDPATH, Th.– “Réflexions sur la nature du concept de contrat social chez Hobbes, Locke, Rousseau et Hume”, *Études sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, 1964.
- REIS, António Matos – *História dos Municípios [1050-1383]*, Horizonte, Lisboa, 2007.
- REIS, João Pereira/LOUREIRO, Margarida – *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – Anotado*, Coimbra, Coimbra, 2008.
- RENGELING, Hans-Werner – *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, C. Heymann, 1988.
- REPLOGLE, Ron – *Recovering the Social Contract*, Rowman & Littlefield, 1989.
- RESCIGNO, Giuseppe – *La responsabilità politica*, Milano, 1967.
- *Le Convenzioni Costituzionali*, Padova, 1972.
- RESTIVO, Carmelo – *Contributo ad una Teoria dell'Abuso del Diritto*, Milano, 2007.
- RIBAS ALBA, José María – *Democracia en Roma. Introducción al derecho electoral romano*, Granada, 2009.
- RICHER, Laurent – “La Contractualisation comme Technique de Gestion des Affaires Publiques”, *AJDA*, n.º 19, 2003.
- *L'Europe des Marchés Publics: Marchés Publics et Concessions en Droit Communautaire*, Paris, 2009.

- *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 2010.
- RICHTER, Paolo Stella – *Scienza dell'Amministrazione*, Roma, 1991
- RICOEUR, Paul – “La persona: sviluppo morale e politico”, *L'idea di persona*, a cura di Virgilio Melchiorre, Milano, 1996.
- RIKER, William – *Liberalism against Populism*, W. H. Freeman, San Francisco, 1982.
- RITTER, ERNST-HASSO – “Der kooperative Staat”, *AöR*, 104 Jhrg., 1979.
- RIVERO, Jean – *Direito Administrativo*, trad. Rogério Soares, Coimbra, 1981.
- RIVERO, Jean /WALINE, Jean – *Droit Administratif*, Paris, 1992
- RIZZO, G. – *La natura giuridica della concessione e l'incidenza del diritto europeo*, Torino, 2012.
- ROBERTS, N. – “Direct citizen participation: Coming of age”, *The age of direct citizen participation*, N. Roberts (ed.), 2008, Armonk, NY, M. E. Sharpe.
- ROBERTS, Nancy – “Public deliberation in an age of direct citizen participation”, *American Review of Public Administration*, Vol. 34, n.º 4 (2004).
- ROBERTSON, Geoffrey – *The Putney Debates: the Levellers*, London, 2007.
- ROCHA, A. Estanqueiro – “Democracia deliberativa”, *Manual de Filosofia Política*, org. J. Cardoso Rosas, 2013.
- RODRIGUES, Nuno Cunha – *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra, 2013.
- RÖHRICH, Wilfried – *Sozialvertrag und bürgerliche Emanzipation: von Hobbes bis Hegel*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972.
- ROIG, Antoni – *La deslegalización: orígenes y límites constitucionales en Francia, Italia y España*, Dykinson, 2003.
- ROMANO, Santi – *Principi di Diritto Amministrativo*, Milano, 1906;
- *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 1930.
- *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.
- ROMILLY, J. de – *La Loi dans la Pensée Grecque*, Paris, 1971.
- *Pourquoi la Grèce?*, Paris, 1992.
- ROQUE, Miguel Prata – “Ato nulo ou ato anulável? A jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 78, Novembro/Dezembro 2009.
- ROPPO, Enzo – *O Contrato*, Coimbra, 2009.

- ROSA, Salvatore La – *Profili Autoritativi e Consensuali del Diritto Tributario*, Giuffrè Editore, 2008.
- “Gli accordi nella disciplina dell’attività impositiva: tra vincolatezza, discrezionalità e facoltà di scelta”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, a cura di Civitarese Matteucci/Lorenzo Del Federico, FrancoAngeli, 2010.
- ROSANVALLON, Pierre – *L’État en France de 1789 à nos jours*, Paris, 1990.
- ROSAS, João Cardoso – “Introdução”, *Anarquia, Estado e Utopia*, Lisboa, 2004, VI-XVI.
- “Liberalismo igualitário”, *Manual de Filosofia Política*, org. J. Cardoso Rosas, 2013.
- ROSSI, JIM – *Regulatory Bargaining and Public Law*, Cambridge University Press, 2005.
- ROTH, Klaus – *Genealogie des Staates. Prämissen des neuzeitlichen Politikdenkens*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.
- ROUQUETTE, Rémi – “Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l’administration”, *L’actualité juridique*, Paris, 1995.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques – *Considérations sur le gouvernement de Pologne, Oeuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, Vol. 3-4, Hachette, 1910.
- *Oeuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, ed. B. Gagnebin and M. Raymond, Vol. III, Paris, 1964.
- *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, ed. Garnier, Paris, 1962.
- *O Contrato Social*, Europa-América, Mem Martins, 1981.
- *Lettres écrites de la Montagne*, Editions l’Age d’Homme, Paris, 2008.
- *Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes*, Galimard, Paris, 1965.
- ROWLEY/TOLLISON/TULLOCK – *The Political Economy of Rent Seeking*, Springer, 1988.
- ROWLEY, Charles – *Constitutional Political Economy in a Public Choice Perspective*, Springer, 1997.
- ROUX, J. – “La Constitution comme contrat”, *Mélanges en l’honneur du professeur Michel Guibal - Contrats Publics*, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006.
- RUFFERT, Matthias – “Die Methodik der Verwaltungsrechtswissenschaft in anderen Ländern der Europäischen Union”, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, E. Schmidt-Assmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.
- RUFFERT, Matthias /STEINECKE, Sebastian /MÜHLISCH, Jana – *The Global Administrative Law of Science*, Springer, 2011.
- RUPP, HANS H. – “Verwaltungsakt und Vertragsakt”, *DVB1*, 1959.

- “Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages”, *JuS*, 1 (1961).
- SACHS, Michael – “Die normsetzende Vereinbarung im Verwaltungsrecht”, *VerwArch* 74 (1983).
- “«Volenti non fit iniuria» – Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht”, *VerwArch*, n.º 76, 1985.
- SALA, G. – “Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive”, *Dir. Proc. Amm.*, 1993.
- SALAMONI, Mario – *De Principatu Libri Septem*, ed. Mario D’Addio, Giuffrè, Milano, 1955.
- SALEMA, João de Sande Magalhães Mexia – *Princípios de Direito Político Aplicados à Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1838: ou a Theoria Moderada dos Governos Monarchicos Constitucionaes Representativos*, Coimbra, 1841.
- SALZWEDEL, JÜRGEN – *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, Neue Kölner rechtswissenschaftliche, Abhandlungen Heft 11, Berlin 1958.
- SAMPAIO, Alberto – *As Villas do Norte de Portugal*, introdução de Maria José Trindade, Porto, 1979.
- SANDEL, Michael – *Public Philosophy. Essays on morality and politics*, Harvard University Press, Cambridge, 2005.
- *Liberalism and limits of justice*, 1982.
- SANDULLI, Aldo – *L’Attività Normativa della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1970.
- *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1978.
- “Governo e Amministrazione”, *RTDP*, 1966.
- SANTALUCIA, B. – *Studi di diritto penale romano*, Milano, 1994.
- SANTAMARIA PASTOR, J. Alfonso – *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 2000.
- SANTO, Luigi – “Il Contratto Sociale nell’Era della Monarchia Mediatica”, *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Stefano Cherti, Cedam, 2010.
- SANTORO P./SANTORO, E. – *Manuale dei Contratti Pubblici*, Maggioli Editore, 2011.
- SANTOS, Carlos dos /GONÇALVES, Eduarda / MARQUES, Leitão – *Direito Económico*, Coimbra, 2011.
- SARAIVA, António José – *Herculano e o Liberalismo em Portugal*, Lisboa, 1977.
- SARTORI, GIOVANNI – *A teoria da democracia revisitada*, Vol. II, Ática, São Paulo, 1994.
- SASSENBAACH, Ulrich – *Der Begriff des Politischen bei Immanuel Kant*, Königshausen & Neumann, 1992.

- SAVIGNY, Friedrich Carl von – *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 3, Berlin, 1840.
- SCAHILL, Jeremy – *Blackwater: The Rise of the World's Most Powerful Mercenary Army*, Profile Books, 2011.
- *Dirty Wars: The World Is a Battlefield*, Nation Books, 2013.
- SCANLON, T. M. – “Contractualism and Utilitarianism”, *Utilitarianism and Beyond*, ed. A. Sen and B. Williams, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.
- “Moral Theory, Understanding and Disagreement”, *Philosophy & Phenomenological Research* 55, 1995.
- *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, 1998.
- SCHERER, J. – “Rechtsprobleme normersetzender «Absprachen» zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltrechts”, *DÖV*, 1991.
- SCHIMPF, C. – *Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit*, Berlin, 1982.
- SCHILLING, Theodor, “Der «unfreiwillige» Vertrag mit der öffentlichen Hand”, *VerwArch* 87 (1996).
- SCHMIDT-ABMANN, E. – “Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* Bd. 34, 1976, De Gruyter.
- “Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts”, Reformansatz und Reformbedarf, W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/Schuppert, *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Nomos, 1993.
- “El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático”, (J. Barnés coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, 1993.
- “La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa – su significado en el sistema del derecho administrativo y para el pensamiento administrativista actual”, *DA*, n.º 235-236, 1993.
- “Recenti sviluppi del diritto amministrativo generale in Germania”, *Diritto Pubblico*, n.º 1, 1997.
- *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Springer, 1998.
- “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, ed. Javier Barnes, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.
- “El método de la ciencia del derecho administrativo, pp. 133-175, *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, ed. Javier Barnes, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.



– “Principes de base d’une réforme du droit administrative”, *Revue française de droit administratif*, n.° 3, Mai-Juin, 2008.

– *Verwaltungsrechtliche Dogmatik: Eine Zwischenbilanz Zu Entwicklung, Reform Und Künftigen Aufgaben*, Mohr Siebeck, 2013.

SCHMIDT-ABMANN, E. /KREBS, Walter – *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge: Vertragstypen und Vertragsrechtslehren*, Schriftenreihe “Forschung” des Bundesministers für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, Heft 460, 1988.

SCIULLO, G., “Profili degli Accordi tra Amministrazioni Pubbliche e Privati”, *Dir. Amm.*, 2007;

– “Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, a cura di Civitarese Matteucci/Lorenzo Del Federico, FrancoAngeli, 2010.

SCHLETTE, Volker – *Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, Mohr Siebeck, 2000.

SCHLIESKY, Utz – *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, Mohr Siebeck, 2004.

SCHMITT, Carl – *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982.

– *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a political symbol*, Chicago U.P. Chicago, 2008.

– *Constitutional Theory*, Duke University Press, 2008.

– *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Hohenheim Verlag, Stuttgart, 1982.

SCHMITTER, Philippe – “Still the Century of Corporatism?”, *Trends toward Corporatist Intermediation*, Philippe Schmitter/G. Lehmbruch (eds.), London, 1979.

“Neo-corporatism and the State”, *The Political Economy of Corporatism*, ed. Wyn Grant, London.

SCHUMPETER, J. – *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, 2013 (1943).

SCHUPPERT, Gunnar Folke – “Selbstverwaltung als Beteiligung Privater an der Staatsverwaltung?” *Festgabe zum 70. FS v. Unruh*, Heidelberg, 1983.

– “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, *DÖV*, Bd. 40, 1987.

– “Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel: von Planung über Steuerung zu Governance?”, *AöR* 133 (2008).

– *Verwaltungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Nomos Verlagsges, 2000.

– “Die Öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: zum Denken in Verantwortungsstufen”, *DV*, 31. Band (1998), Heft 4.

– *Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts: Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership*, Bundesministerium des Innern, 2001.

SCHRADER, CHRISTIAN – “Das Kooperationsprinzip – ein Rechtsprinzip?”, *DÖV*, 1990.

SCHWARTMANN, Rolf / PABST, Heinz-Joachim – *Umweltrecht*, Hüthig Jehle Rehm, 2011.

SCHWARTZ, Moshe – *Department of Defense Contractors in Iraq and Afghanistan: Background and Analysis*, Diana Publishing, 2010.

SEER, ROMAN – *Verständigungen in Steuerverfahren*, Köln, 1996.

– “Contratos, Transacciones y otros Acuerdos en Derecho Tributario Alemán”, *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, coord. Gabriel Elorriaga Pisarik, 1996.

– “Verständigungen an der Schnittstelle von Steuer und Steuerstrafverfahren”, *39. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft hat sich am 22./23.9.2014 (Bremen)*, Betriebs-Berater, 2015.

SEIDESTAT, Paul – “Theory and Practice of Contracting Out in the United States”, *Contracting Out Government Services*, ed. Paul Seidenstat, Greenwood Publishing Group, 1999.

SEN, Amartya – *Inequality Reexamined*, Harvard University Press, 1995.

– *Development as Freedom*, Oxford University Press, 1999.

– *The Idea of Justice*, Harvard University Press, 2011.

SÉNECA – *Da brevidade da vida*, Coisas de Ler Edições, Carcavelos, 2005.

SENDÍN GARCÍA, M. – *Régimen Jurídico de los Convenios Urbanísticos*, Granada, 2008.

SEPE, Onorato – *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975.

– “In tema di rapporti fra amministrazione ed amministrati”, *Il diritto amministrativo degli anni '80*. Atti del XXX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 1984, Giuffrè, Milano, 1987.

– “Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Ano 42, 1992.

SERAFINI, Enrico – *Il diritto pubblico romano, L'età regia - L'età repubblicana*, Vol. I, Kessinger Publishing, 2010.

SERRA, Adriano Vaz – “Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 47, 1955.

SESSA, V. – *Gli Enti Privati di Interesse Generale*, Giuffrè Editore, 2007.

SFORZA, W. Cesarini – *Filosofia del diritto*, Milano, 1958.

SHAH, ANWAR – *Participatory Budgeting*, Washington, 2007.

SHARP, Andrew – *The English Levellers*, Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge University Press, 2002.

SHAPIRO, Ian – *Political Criticism*, University of California Press, 1990.

SICILIANO, Francesco – *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

SIERRA, Jerónimo A. – “Algunas consideraciones sobre la Institución contractual y el Urbanismo: los llamados Convenios Urbanísticos”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 146, 1996.

SIEYÈS, E. – *Qu'est ce le Tiers État?*, ed. Roberto Zapperi, Genève, 1975.

SIGELMAN, Lee – “The bureaucrat as budget maximizer: an assumption examined”, *Public Budgeting & Finance Spring*, Vol. 6, n.º 1, 1986, pp. 50-59; JAN-ERIK LANE, *Bureaucracy and Public Choice*, Sage, 1987.

SILVA, Filipe Carreira da – “Habermas e a esfera pública: reconstruindo a história de uma ideia”, *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 35, 2001.

– “Democracia deliberativa: avaliando os seus limites”, *Comunicação apresentada no II Congresso da Associação Portuguesa de Ciência Política, Fundação Calouste Gulbenkian*, 19-20 de Janeiro 2004.

– *Virtude e Democracia. Um Estudo sobre Ideias Republicanas*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2004.

SILVA, João Calvão da – *Sinal e contrato-promessa*, Coimbra, 2006.

– *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 2002.

SILVA, João Nuno Calvão da – *Agências Reguladoras Europeias*, Dissertação de Doutoramento em Direito Público, Ramo de Direito da União Europeia, FDUC, Policop., Coimbra, 2014.

– *Mercado e Estado*, Coimbra, 2008.

SILVA, Jorge Andrade da – *Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado*, Coimbra, 2010.

SILVA, Mário Tavares da – *A Nulidade do Plano Urbanístico*, Coimbra, 2013.

SILVA, Miguel Moura e – *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência – Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*, Coimbra, 2003.

SILVA, Suzana Tavares da – *Um novo direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

– *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra, 2010.

SILVA, Vasco Pereira da – *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 2003.

- *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Coimbra, 2009.
- *Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria do recurso de anulação*, Coimbra, 1989.
- SIMÕES, Jorge – *Retrato Político da Saúde*, Coimbra, 2009.
- SKINNER, Quentin – *Liberty before Liberalism*, Cambridge, 1998.
- SOARES, Rogério Ehrhardt – *Lições de Direito Constitucional* (polic., Universidade de Coimbra, 1971).
- *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955.
- *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 2008.
- “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LVII, 1981.
- *Direito Administrativo*, policop., Coimbra, 1977-1978.
- “O ato administrativo”, *Scientia Iuridica*, t. XXXIX, 1990, pp. 25-28, e “Ato Administrativo”, *Polis*, I.
- *Sentido e Limites da Administração Pública*, Cadernos de Direito Administrativo de Macau, SAFF, 1997.
- SOARES, Torquato Brochado de Souza – *Apontamentos para o Estudo das Instituições Municipais Portuguesas*, Lisboa, 1931.
- SORDI, B. – “Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto”, *Dir. Amm.*, 1995.
- SORO RUSSELL, Olivier – *Los contratos como Fuente de Normas: Contratos Marco, Contratos Normativos y Contratos de Colaboración*, Editorial Reus, 2014.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de – *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português*, Braga, 1983.
- SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO – *Direito Administrativo Geral. Contratos Públicos*, Lisboa, 2009.
- SPANNOWSKY, W. *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, Berlin, 1994.
- SPARWASSER/ENGEL/VOBKUHLE – *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, Hüthig Jehle Rehm, 2003.
- SPENCER, Herbert – *Political Writings*, ed. John Offer, Cambridge University Press, 1994.
- *The Man versus the State*, ed. Truxton Beale, M. Kennerley Publisher, 1916.
- SPINA, Antonio La /CAVATORTO, Sabrina – *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, 2008.

- SPINA, Antonio La /MAJONE, Giandomenico – *Lo Stato Regolatore*, Bologna, 2000.
- STANGER, Allison – *One Nation Under Contract*, Yale University Press, 2011.
- STELKENS, ULRICH – “«Hinkende» Verwaltungsverträge: Wirkungen und Rechtsnatur”, *DÖV*, 2009.
- STERN, Klaus – “Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, *VerwArch. Bd. 49* (1958).
- “The genesis and evolution of European-American constitutionalism: some comments on the fundamental aspects”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 18, n.° 2 (July, 1985).
- *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Gesamwerk des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, München, 1984.
- “Die clausula *rebus sic stantibus* im Verwaltungsrecht”, *Festschrift für Paul Mikat*, 1989.
- STEWART, R.B. “Il diritto amministrativo nel XXI secolo”, *RTDP*, 2004, Fascicolo n.° 1.
- STOLLEIS, Michael – *Storia del Diritto Pubblico in Germania*, Milano, 2008.
- STOLFI, Emanuele – *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, 2006
- STONE/DEVENNEY – *The Modern Law of Contract*, Routledge, 2013.
- STOURZH, G. – “Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert”, *R. Vierhaus (Hrsg.), Herrschaftsverträge*, 1977.
- STRAUSS, Leo – *The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis*, University of Chicago Press, 1996.
- STREET, H. – *Government Liability*, Cambridge University Press, 1953.
- STUBBS, William – *Select charters and other illustrations of English constitutional history*, Oxford, 1913.
- *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, 2011.
- STUMPF, Christoph A. – *The Grotian Theology of International Law: Hugo Grotius and the Moral Foundations of International Relations*, Walter de Gruyter, Berlin, 2006.
- SUÁREZ, Francisco – *Las Leyes*, 6 Vols., *Instituto de Estudios Políticos*, Madrid, 1967.
- *Defensa de la Fe*, 4 Vols., *Instituto de Estudios Políticos*, Madrid, 1970.
- TAN, Kok-Chor – *Justice without Borders: Cosmopolitanism, Nationalism, and Patriotism*, Cambridge University Press, 2004.

TASSONE, Romano – “Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»”, *Annuario AIPDA*, 2007.

– “Sulla formula «amministrazione per risultati»”, *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001.

TAVARES, GONÇALO/DENTE, NUNO – *Código dos Contratos Públicos Comentado*, Volume II, Coimbra, 2011.

TELES, Miguel Galvão – “Temporalidade Jurídica e Constituição”, *20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 2000.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1997.

– *Manual dos Contratos Em Geral*, Coimbra, 1995.

TERRÉ, F. – “La crise de la loi”, *La Loi*, A.P.D., Tome 25, 1980.

TERREL, Jean – *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, 2001.

TESAURO, A. – “Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particole”, *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Vol. II, Milano, 1965.

TESO, Ángeles de Palma del – *Los acuerdos procedimentales en el derecho administrativo*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2000.

THOMAS, J. CLAYTON – “When Should the Public be Involved in Public Management? Design Principles with Case Applications”, *The Future of Public Administration Around the World: The Minnowbrook Perspective*, ed. Rosemary O’Leary, Georgetown University Press, 2010.

THOMAS, Lloyd – *Locke On Government*, Routledge London, 1995.

THOMPSON, Jeffrey E. – *Myth as the Social Contract: a synthesis of Jean-Jacques Rousseau's concept of the origins of society with Rene Girard's Theory of Mythology*, California State University, 2007.

THOREAU, Henry – *Desobediência Civil: Resistência ao Governo Civil*, Martins Fontes, 1989.

THUILLIER, Guy – *Pour une histoire de la bureaucratie en France*, C.H.E.F.F., Paris, 1999.

TIGANO, F. – *Gli Accordi Procedimentali*, Torino, 2002.

TIMSIT, Gérard – *Théorie de l’Administration*, Paris, 1986.

– “L’évolution des structures administratives dans les Etats en développement”, *Mélanges en l’honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, 1974.

TOCQUEVILLE, Alexis de – *L’Ancien Régime et la Révolution*, Paris, 1856.

– *Da Democracia na América*, Principia, Cascais, 2002.

TOLDA, João – *Princípios de Economia da Inovação*, Coimbra, 2014.

TONINI, Paolo – *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2010.

TOURAINÉ, ALAIN – *Qu'est-ce que la démocratie?*, Fayard, 1994.

TUCÍDEDES – Livro II, XXXVI-XLII, *Hélade. Antologia da Cultura Grega*, trad. de Maria Helena da Rocha Pereira, Coimbra, 1982.

TOURNIÉ, GÉRARD – *Les agréments fiscaux: la fiscalité au service du plan*, Paris, 1970.

TRIANA, LUIS M. BREMOND – *La Terminación Anormal del Proceso Contencioso-Administrativo*, Editorial Reus, 2013.

TULLOCK, Gordon – *The Politics of Bureaucracy*, Public Affairs Press, Washington, 1965.

UERPMMANN, R. – “Internationales Verfassungsrecht”, *Juristenzeitung*, 2001.

ULE/LAUBINGER – *Verwaltungsverfahrenrecht. Ein Studienbuch*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995.

ULLMANN, Walter – *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Barnes and Noble, New York, 1961.

URBANO, Maria Benedita – “A Jurisprudência da Crise no Divã do Diagnóstico: Bipolaridade?”, *O Tribunal Constitucional e a Crise, Ensaios Críticos*, (org.) G. de Almeida Ribeiro/L. Pereira Coutinho, Coimbra, 2014.

URBANI, Paolo – *Urbanistica Consensuale – La disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000.

VALE, L. A. Meneses do – “Breves apontamentos sobre o direito constitucional da República da Turquia”, *BFD* 88, 2013.

VALETTE, Jean-Paul – *Le Pouvoir Exécutif En France De 1789 a nos Jours*, Paris, 1999.

VANDERLINDEN, JACQUES – *Les grands arrêts de la Common Law*, Les Contrats, Tome II, Centre international de la common law en français (CICLEF), École de droit, Université de Moncton, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes – “Valor da Equidade como Fonte de Direito”, *Cadernos de Técnica Fiscal*, n.ºs 92 e 93.

– *Das Obrigações em Geral*, I, Coimbra, 2000.

– *Das Obrigações em Geral*, II, Coimbra, 2009.

VASSEUR, M. – “Un Nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle”, *Revue trimestrielle de Droit Civil* (1964).

VATTEL, Emerich de – *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des souverains (1758)*, Reproduction of Books I and II of the Edition of 1758, Carnegie Institution of Washington, Washington D. C., 1916.

- VAZ, M. Afonso – *Direito Económico – A Ordem Económica Portuguesa*, Coimbra, 1994.
- VÁZQUEZ, PARADA – *Los Orígenes del Contrato Administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963.
- VECCHIO, Giorgio Del – *Sui Vari Significati della Teoria del Contratto Sociale*, Roma, 1956.
- *Storia della Filosofia del Diritto*, Milano, 1958.
- *Lições de Filosofia do Direito*, Vol. I, Coimbra, 1959.
- VEDEL, Georges – “Les bases constitutionnelles du droit administrative”, EDCE, 1954.
- VENTURA, Raúl – “Convenção de arbitragem”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Setembro, 1986.
- VERKUIL, Paul – *Outsourcing Sovereignty: Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy and What We Can Do about It*, Cambridge University Press, 2007.
- VERSIGLIONI, MARCO – “L’ accertamento con adesione: strumento di tutela del contribuente rispetto all’ efficiente e responsabile agere pubblico consensuale (compositivo)”, *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, a cura di Civitarese Matteucci/Lorenzo Del Federico, FrancoAngeli, 2010.
- VIANA, CLÁUDIA – *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, 2007.
- VICENTE, Dário Moura – *Direito Comparado*, Vol. I, Coimbra, 2008.
- “A manifestação de consentimento na convenção de arbitragem”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 2, 2002.
- VIDARI, G. Savino Pene – *Elementi di storia del diritto medievale e moderno*, Torino, 2009.
- VIEIRA, Pedro Siza – “O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas”, *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008.
- VILE, John R. – *The Constitutional Convention of 1787: A Comprehensive Encyclopedia Of America's Founding*, Vol. I, Abc-Clio, Santa Barbara, 2005.
- VILLATA, R. – “Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale”, *Dir. Proc. Amm.*, 1992.
- VILLEY, Michel – *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 2009.
- VINCENT-JONES, Peter – *The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Relationality*, Oxford University Press, 2006.
- VIRGA, GIOVANNI – *La Partecipazione al Procedimento Amministrativo*, Giuffrè, 1998.
- VIRGA, PIETRO – *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972.



VOEGELIN, Eric/ WISER, James L.– *History of Political Ideas: Religion and the Rise of Modernity*, University of Missouri Press, 1998.

VOIGT, Alfred – *Der Herrschaftsvertrag*, Übersetzungen von Peter Badura und Hasso Hofmann, *Politica, Abhandlungen und texte zur politischen Wissenschaft, Bd. 16. Luchterhand*, 1965.

VOßKUHLE, Andreas – “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben”, *VVDStRL*, n.º 62, 2003.

– “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, München, 2006.

–“The reform approach in the German Science of Administrative Law: the «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft»”, *The Transformation of Administrative Law in Europe*, hrsg. Matthias Ruffert, European Law Publ., München, 2007.

WADE/ FORSYTH – *Administrative Law*, Oxford University Press, 2014.

WAECHTER, Kay – “Der öffentlich-rechtliche Vertrag”, *JZ*, 2006.

– *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Mohr Siebeck, 2008.

WALDO, Dwight – *The Administrative State: a study of the political theory of american public administration*, New York, 1948.

WALINE, Marcel – “L'evolution recente des rapports de l'etat avec ses co-contractants”, *RDP*, 1951.

WALSH, John E. – *The Mayflower Compact, November 11, 1620: the first democratic document in America*, F. Watts, 1971.

WALZER, Michael – *Spheres of justice*, New York, 1983.

WEALE, Albert – *Democratic Justice and the Social Contract*, Oxford University Press, 2013.

WEBBER, Max – *Économie et Société*, Tome I, Paris, 1995.

WEIL, Prosper – “Le critère du contrat administratif en crise”, *Mélanges offerts à Marcel Waline*, II, Paris, 1974.

– “Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés”, *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, 1974.

– *O Direito Administrativo*, Coimbra, 1977.

WEISS, Wolfgang – *Privatisierung und Staatsaufgaben: Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz*, Mohr Siebeck, 2002.

WELLER, Marc-Philippe – *Die Vertragstreue: Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Mohr Siebeck, 2009.

WELZEL, Hans – “Ein Kapitel aus der Geschichte der amerikanischen Erklärung der Menschenrechte (S. Wise und S. Pufendorf)”, *Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag* 15, Januar 1952, Hrsg. v. Erich Kaufmann, Ulrich Scheuner u. Werner Weber, Göttingen, 1952.

WENZEL, Max – *Zur Lehre der vertragsmässigen Elemente der Reichsverfassung. Eine krit. Studie aus dem Reichsstaatsrecht*, Tübingen, 1909.

WERNER, Fritz – “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”, *DVBl*, 1959.

WILDAVSKY, Aaron – *The Politics of Budgetary Process*, Boston, 1984,

– “La Teoría de la Limitación del Gasto”, *Papeles de Economía Española*, n.º 27, 1986.

WILDE, Lawrence – “Marx against the social contract”, p. 164, *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, London, 1994.

WIMMER, Norbert – *Dynamische Verwaltungslehre*, Springer Wien, 2010.

WOLFF, Christian – *Jus gentium methodo scientifica pertractatum: in quo jus gentium naturale ab eo quod voluntarii, pactitii et consuetudinarii est accurate distinguitur*, Aere Societatis Venetae, 1764, Prolegomena.

WOLFF, Jonathan – *Robert Nozick: Property, Justice, and the Minimal State*, Stanford University Press, 1991.

WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, trad. António Sousa, Lisboa, 2006.

– *Verwaltungsrecht*, II, München, 2000.

WORLAND, Stephen – “The Economic Significance of John Rawls «A Theory of Justice»”, *Nebraska Journal of Economics and Business*, Vol. 12, n.º 4, Midwest Economics Association Papers (Autumn, 1973), University of Nebraska-Lincoln College of Business Administration.

YI, Byeong-Uk – “Rationality and the prisoner’s dilemma in David Gauthier’s *Morals by Agreement*”, *The Journal of Philosophy*, 89, University of California, Los Angeles, 1992.

ZANOBINI, Guido – *Corso di Diritto Amministrativo – Principi Generali*, Vol. I, Milano, 1950.

ZIEGLER, “Zur Ablösung der Stellplatzpflicht”, *DÖV*, 1984.

ZIEKOW, JAN – *Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz* (Juni 2001), beide Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, www.bmi.de (7.10.2002).

ZIPPELIUS, Reinhold – *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, 1997.

ZWAHLEN, H. – *Le Contrat de Droit Administratif*, Basel, 1958.

**OBRAS COLETIVAS:**

- *Azione Amministrativa ed Azione Impositiva tra Autorità e Consenso*, a cura di Civitarese Matteucci/Lorenzo Del Federico, FrancoAngeli, 2010.
- *Chaos Theory in the Social Sciences: Foundations and Applications*, eds. D. Kiel/W. Elliott, University of Michigan Press, 1997.
- *Co-operative Environmental Governance: Public-Private Agreements as a Policy Strategy*, ed. P. Glasbergen, Springer Science & Business Media, 1998.
- *Contractors in Iraq and Afghanistan: Background and Issues*, ed. Christopher Moore, New York, 2010.
- *El giro deliberativo en la democracia. Teoría y evidencia empírica. Teoría y evidencia empírica*, eds. Cuervo/Hernández/Ugarriza, U. Externado de Colombia, 2012.
- *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, eds. Jody Freeman/Martha Minow, Harvard University Press, 2009.
- *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3 Bänden, Beck, München, 2006/2008/2009.
- *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, eds. Gianpiero Paolo Cirillo/Roberto Chieppa, Padova, 2010.
- *Le Nuove Mete del Diritto Amministrativo*, a cura di Marco D’Alberti, Il Mulino, Bologna, 2010.
- *Le Sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, ed. M. Fratini, Padova, 2011.
- *Negotiating Environmental Agreements: How To Avoid Escalating Confrontation Needless Costs And Unnecessary Litigation*, eds. Lawrence Susskind, Paul Levy, Jennifer Thomas-Larmer, Island Press, 2000.
- *New Public Governance, the Third Sector, and Co-Production*, eds. Victor Pestoff/Taco Brandsen/Bram Verschuere, Routledge, 2013.
- *Prison Profiteers: Who Makes Money from Mass Incarceration*, eds. Tara Herivel/Paul Wright, The New Press, 2013.
- *The New Public Governance? Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*, ed. Stephen P. Osborne, Routledge, 2010
- *Vers une Administration Contractuelle?*, Colloque organisé par l’IFSA le 28 novembre 2002 (Institut français des sciences administratives), *AJDA*, 2003.
- *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Schmidt-AßMANN, E./Hoffmann-Riem, W. (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997.
- *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, STELKENS/BONK/SACHS (Hrsg.), München, 1993.
- *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar zum*, MEYER/BORGS (Hrsg.), Frankfurt am Main, 1982.

## ÍNDICE

<b>Abreviaturas utilizadas na exposição</b>	<b>3</b>
---	----------

### § O PROBLEMA

1. Aproximação ao problema, atualidade e relevância do estudo	10
2. Razão de ordem	25

### PARTE I

## CONTRIBUTO PARA UMA COMPREENSÃO PAN-CONTRATUALISTA DA AÇÃO PÚBLICA

### TÍTULO I

#### INTERSECÇÕES ENTRE CONTRATO E PODER PÚBLICO NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

#### TESE DO APRIORISMO DA IDEIA DE CONTRATO NO DIREITO PÚBLICO: ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO E METADISCURSO JURÍDICO

### § PRELIMINAR

3. Tese do apriorismo da ideia de contrato no direito público	27
---	----

### CAPÍTULO I

#### O CONTRATO SOCIAL NA TEORIA GERAL DO DIREITO PÚBLICO: AS GRANDES LINHAS DE EVOLUÇÃO

4. Significado antropológico e condição mundanal	36
--	----

5. Significado jurídico-constitucional	40
6. Significado histórico-dogmático	50
7. Significado jurídico-administrativo	53
8. Significado jurídico-internacional	61
9. Razão de ordem	68

## CAPÍTULO II

### CONTRATO SOCIAL E NORMA JURÍDICA PÚBLICA

10. A origem do contratualismo normativista na Antiga Hélade – a <i>lei-convenção</i> (LICOFRON) e a <i>obediência à lei por contrato</i> (SÓCRATES)	71
11. A conceção contratualista da <i>lex publica</i> (PAPINIANUS) na República e da <i>lex regia</i> (ULPIANUS) no Principado	79
12. O caso português: os Forais Régios enquanto <i>contrato social histórico</i> e a predeterminação negocial de normas de <i>ius publicum</i>	85

## CAPÍTULO III

### CONTRATO SOCIAL, ESTADO E ORDEM JURÍDICO-PÚBLICA

13. A ideia de contrato social nos movimentos constitucionais inglês, norte-americano e francês	96
13.1. Os <i>Pactos de Governo</i> medievais e os <i>Pactos do Povo</i> da Revolução Inglesa no movimento constitucional britânico	97
13.2. O <i>Pacto do Mayflower</i> , a fundação de <i>New Towns</i> nas Colónias Unidas da Nova Inglaterra e a <i>Constituição Federal</i> de 1787	103
13.3. A rotura com o <i>Ancien Régime</i> e a proposta do <i>contrat social</i> como origem do Estado no movimento constitucional francês	107

<b>14. Fundamentos jurídico-dogmáticos da ideia de contrato. O caráter comunitário e transcendental do contratualismo político antigo e os seus maître-penseurs</b>	<b>111</b>
<b>14.1. O contratualismo político atomista e materialista de EPICURO</b>	<b>111</b>
<b>14.2. Os postulados ordinalistas e contratualistas-normativistas medievais – de MANEGOLD DE LAUTENBACH a MARSÍLIO DE PÁDUA</b>	<b>114</b>
<b>15. Fundamentos jurídico-dogmáticos da ideia de contrato. Os maître-penseurs do contratualismo moderno: da Renascença ao Iluminismo</b>	<b>119</b>
<b>15.1. Teoria da soberania popular inicial e direito de resistência na alvorada da modernidade</b>	<b>129</b>
<b>15.1.1 Os Monarcómacos JOHANNES ALTHUSIUS E MARIO SALAMONI e a apologia dos direitos populares</b>	<b>129</b>
<b>15.1.2 FRANCISCO SUÁREZ e a origem do poder público</b>	<b>132</b>
<b>15.2. O teorema do contrato social segundo o método jusnaturalista: HUGO GRÓCIO, jusnaturalismo secularizado e a formação de uma comunidade internacional de Estados soberanos</b>	<b>134</b>
<b>15.3. O <i>código-fonte</i> do Estado Liberal post-revolucionário</b>	<b>136</b>
<b>15.3.1. O elemento democrático e a vertente autoritária</b>	<b>136</b>
<b>15.3.1.1. O contrato de segurança de THOMAS HOBBS</b>	<b>136</b>
<b>15.3.1.2. O esboço triangular de SAMUEL PUFENDORF na origem do Estado e da ordem política: «<i>pactum unionis, pactum subjectionis e decretum</i>»</b>	<b>139</b>
<b>15.3.1.3. A alienação de poderes <i>ao todo</i> e o dogma da <i>volonté générale</i> de JEAN-JACQUES ROUSSEAU</b>	<b>141</b>
<b>15.3.2 A vertente liberal e a garantia dos direitos originários</b>	<b>145</b>
<b>15.3.2.1. Limitação do poder político e doutrina dos direitos originários de JOHN LOCKE</b>	<b>145</b>

<b>15.3.2.2. O contrato originário de IMMANUEL KANT e o princípio republicano da autodeterminação</b>	<b>149</b>
---	------------

## **CAPÍTULO IV**

### **NEOCONTRATUALISMO E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO COMO REDE DE TEORIAS**

<b>16. A contra-corrente do contratualismo individualista liberal: FILMER, MAISTRE, HUME, BURKE, HEGEL, PROUDHON e MARX</b>	<b>152</b>
<b>17. A persistência do axioma contratualista na Teoria Geral do Direito Público e a sua renovação filosófico-jurídica na segunda metade do século XX</b>	<b>158</b>
<b>18. Distributivismo e Teoria da Justiça</b>	<b>163</b>
<b>19. Libertarismo e Estado Mínimo</b>	<b>170</b>
<b>20. Economia Constitucional e <i>Public Choice</i></b>	<b>173</b>
<b>21. Constituição Moral e relato consensual de princípios éticos vinculantes</b>	<b>180</b>
<b>22. Procedimentos comunicativos e Democracia Deliberativa</b>	<b>183</b>
<b>23. Posição adotada: o princípio contratualista enquanto princípio genético, informador e regulativo da ordem jurídica constitucional</b>	<b>190</b>

## **TÍTULO II**

### **INTERSECÇÕES ENTRE CONTRATO E PODER PÚBLICO NA TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

## **CAPÍTULO V**

### **CONTRATO SOCIAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA**

<b>24. Da receção e projeção das doutrinas contratualistas nas instituições administrativas post-revolucionárias</b>	<b>195</b>
<b>24.1. Pacto social e princípio da legalidade administrativa (controlo <i>ex ante</i>)</b>	<b>198</b>
<b>24.2. Pacto social, prestação de contas e princípio da fiscalização parlamentar da atividade administrativa (controlo <i>ex post</i>)</b>	<b>201</b>
<b>24.3. Pacto social e modelo administrativo concentrado, burocrático e hierarquizado</b>	<b>204</b>
<b>24.4. Pacto social e democracia administrativa: a negação da participação e a unilateralidade das formas da ação administrativa</b>	<b>208</b>
<b>25. As transformações do direito administrativo clássico no quadro da Nova Dogmática ou Ciência do Direito Administrativo</b>	<b>211</b>
<b>25.1. As transformações operadas pela socialização e pela regulação</b>	<b>211</b>
<b>25.2. Nova Dogmática ou Ciência do Direito Administrativo (<i>Neue Verwaltungswissenschaft</i>) e reforma do direito administrativo</b>	<b>222</b>
<b>25.3. A centralidade do contrato administrativo como modo de atuação e de relacionamento das administrações públicas: o seu carácter transversal no contexto dos principais reptos à reforma do direito administrativo</b>	<b>231</b>
<b>25.4. Avanço do Estado Contratante e expansão da Administração por contrato</b>	<b>235</b>
<b>25.4.1 Recuo do Estado Produtor e aumento progressivo das compras e aquisições públicas</b>	<b>235</b>
<b>25.4.1.1. Aumento do <i>contracting out</i></b>	<b>235</b>
<b>25.4.1.2. Europeização dos contratos públicos e processo de codificação da matéria da contratação pública</b>	<b>239</b>
<b>25.4.2 Regulação pública e contrato administrativo</b>	<b>242</b>



25.4.2.1.	Do Estado Regulador ao Estado Garantidor	242
25.4.2.2.	Participação e contratualização na atividade regulatória	247
25.4.3.	Pluralismo organizativo e relações interadministrativas	253
25.4.3.1.	Pluralização administrativa e modelo de equilíbrio eficiente	253
25.4.3.2.	Contratos verticais e contratos horizontais	260
25.4.3.3.	O problema dos contratos internos	262
25.4.4	Contrato e políticas horizontais de contratação pública	265
25.4.4.1.	Políticas de fomento económico e social	265
25.4.4.2.	Função de direção, condução ou pilotagem e políticas de ativação	273
25.4.4.3.	Políticas públicas de indução de investigação e desenvolvimento e inovação tecnológica	279
25.4.4.3.1.	Políticas de investigação e desenvolvimento (ID) e universidade técnica	279
25.4.4.3.2.	Referência aos contratos públicos de interesse da defesa nacional	281
25.4.5.	Contrato e planeamento urbanístico e ambiental	284
25.4.5.1.	Contratação urbanística	285
25.4.5.2.	Contratação ambiental	291
25.4.6.	Exercício contratual de poderes administrativos e renovação das formas jurídicas da ação administrativa	293

25.4.6.1.	O problema da (in)compatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo	293
25.4.6.2.	A penetração do contrato na administração de autoridade	295
25.4.7.	Contrato administrativo e funções de soberania do Estado	297
25.4.7.1.	Contratação pública e gestão de estabelecimentos prisionais	298
25.4.7.1.1.	Modelo contratual	298
25.4.7.1.2.	Riscos associados à contratação no âmbito da gestão de estabelecimentos prisionais	299
25.4.7.2.	Contratação pública e segurança das fronteiras	301
25.4.7.3.	Contratação pública, polícia privada e investigação criminal privada	301
25.4.7.4.	O problema do <i>outsourcing</i> de funções de soberania e da terceirização de agentes privados em ações de defesa militar e de segurança do Estado	303
25.4.7.4.1.	Sentido dos conceitos em presença	303
25.4.7.4.2.	Funções exercidas pelos militares contratados	304
25.4.7.4.3.	Crítica à terceirização de funções de soberania no domínio da defesa nacional	305
26.	Esboço de uma compreensão pan-contratualista da ação pública	308
26.1.	O contrato administrativo como instituição fundamental do Estado Administrativo Cooperativo	308

26.2. Princípio de preferência constitucional e legal por formas administrativas contratuais	313
27. Funções do Estado e contratualização da juridicidade	319
27.1 Negociação legislativa e contratualização política	321
27.2. Contratualização da vinculação internacional	330
27.3. Contratualização da função jurisdicional	335
28. Síntese conclusiva da Parte I: coordenadas de enquadramento dogmático de uma compreensão pan-contratualista da ação pública	342

## PARTE II

### SOBRE A COMPATIBILIDADE ENTRE CONTRATO E AUTORIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO: O PROBLEMA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS

#### TÍTULO I

##### O PROBLEMA DA COMPATIBILIDADE ENTRE CONTRATO E AUTORIDADE NA DOGMÁTICA ADMINISTRATIVA

29. Indicação de sequência: Coordenadas de enquadramento dogmático do problema da negociação e da contratualização do poder administrativo	375
--	-----

#### CAPÍTULO VI

##### O CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS E O SEU RECONHECIMENTO NAS ORDENS JURÍDICAS EUROPEIAS

30. O contrato administrativo enquanto instrumento de colaboração com o setor privado para a prossecução de tarefas públicas: o modelo do contrato administrativo de matriz francesa	380
31. O contrato administrativo enquanto categoria que tem por objeto regular os termos do exercício do poder público: o modelo do contrato administrativo de matriz germânica	392
32. O problema da (in)compatibilidade entre contrato e autoridade no direito administrativo – da recusa inicial do contrato jurídico-público até à sua aceitação generalizada	400
32.1. 1. <sup>a</sup> Fase – qualificação contratual ou unilateral de atos administrativos sob consentimento ou dependentes de requerimento: o diálogo entre PAUL LABAND e OTTO MAYER; a recusa de aceitação do contrato por RANELLETTI e CAMMEO; a contra-corrente de HANS KELSEN	400
32.2. 2. <sup>a</sup> Fase – desenvolvimentos posteriores: a inversão de rota a partir de meados da década de 50; as posições de ERNST FORSTHOFF e de KLAUS STERN; a Sentença do <i>Bundesverwaltungsgericht</i> de 04/02/1966	408
32.3. 3. <sup>a</sup> Fase – da consagração do contrato jurídico-público nos §§ 54-62 da <i>Verwaltungsverfahrensgesetz</i> de 1976 até à atualidade (expansão do contrato sobre poderes administrativos)	417
33. O problema do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos nos ordenamentos jurídicos europeus	440
33.1. Ordenamento jurídico italiano	441
33.2. Ordenamento jurídico espanhol	449
33.3. Ordenamento jurídico português	458
33.4. Ordenamento jurídico inglês	463
33.5. Ordenamento jurídico francês	474

- 34. Síntese conclusiva. Natureza bicéfala do contrato administrativo: dualismo ou uniformização de regimes jurídicos? 484**

## **CAPÍTULO VII**

### **ENQUADRAMENTO PRINCIPOLÓGICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS**

- 35. Os princípios jurídicos que fundamentam formal e materialmente o recurso ao contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos 491**
- 36. Autonomia pública contratual e princípio da intercambialidade ou fungibilidade entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais 492**
- 36.1. Autonomia pública contratual 492**
- 36.2. Princípio da intercambialidade ou fungibilidade entre formas jurídicas unilaterais e bilaterais 495**
- 36.2.1. Escolha da forma e disponibilidade do regime jurídico aplicável 498**
- 36.2.2. Limites à disponibilidade do regime jurídico aplicável e fuga a vinculações de direito público 504**
- 37. Princípio da legalidade administrativa 509**
- 37.1. A sujeição da administração pública à lei 509**
- 37.2. A estipulação do conteúdo do contrato e a vinculação à lei 512**
- 37.3. Exigências procedimentais e vinculação à lei 515**
- 38. Princípio da boa administração 517**
- 39. Princípio da participação dos particulares na atividade administrativa 520**
- 39.1. Sobre a «ideologia» da participação administrativa no Estado Cooperativo 520**

<b>39.2.</b>	<b>As categorias fundamentais da participação administrativa</b>	<b>529</b>
<b>39.2.1</b>	<b>Participação orgânica</b>	<b>536</b>
<b>39.2.1.1.</b>	<b>Integração de representantes de interessados na gestão efetiva das estruturas administrativas</b>	<b>537</b>
<b>39.2.1.2.</b>	<b>Incorporação de peritos ou especialistas</b>	<b>540</b>
<b>39.2.1.3.</b>	<b>Administração em condomínio</b>	<b>543</b>
<b>39.2.1.4.</b>	<b>Integração de parceiros sociais em comités e estruturas de governança europeia</b>	<b>545</b>
<b>39.2.2</b>	<b>Investidura em competências decisórias próprias (autogoverno por interessados)</b>	<b>549</b>
<b>39.2.3</b>	<b>Participação administrativa procedimental</b>	<b>553</b>
<b>39.2.3.1.</b>	<b>Participação <i>uti singuli</i> e participação <i>uti cives</i></b>	<b>558</b>
<b>39.2.3.2.</b>	<b>Participação preventiva e participação sucessiva</b>	<b>564</b>
<b>39.2.3.3.</b>	<b>Participação dialógica e participação coconstitutiva. Participação-audição e participação-concertação</b>	<b>570</b>
	<b>39.2.3.3.1. O problema do contrato que tem por objeto regular os termos do exercício do poder público por ato administrativo</b>	<b>576</b>
<b>39.2.4</b>	<b>O caso especial da participação nos procedimentos regulamentares</b>	<b>580</b>
<b>39.2.4.1.</b>	<b>A <i>regulatory negotiation</i> (“<i>reg-neg</i>”) no ordenamento jurídico norte-americano</b>	<b>580</b>
<b>39.2.4.2.</b>	<b>O contrato administrativo sobre o exercício de poder regulamentar (<i>Normsetzungsvertrag</i>)</b>	<b>585</b>

**CAPÍTULO VIII****FUNÇÕES E LIMITES IMPOSTOS AO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE  
PODERES PÚBLICOS**

<b>40. Vantagens associadas à escolha do contrato em detrimento de uma atuação administrativa unilateral</b>	<b>588</b>
<b>40.1. Programação e gestão da relação jurídica contratual</b>	<b>589</b>
<b>40.2. Concretização de políticas públicas (em especial, a captação de investimento privado)</b>	<b>593</b>
<b>40.3. Mediação e resolução de conflitos</b>	<b>596</b>
<b>41. Garantias dos particulares, vinculações da administração pública e princípios jurídicos fundamentais</b>	<b>599</b>
<b>41.1. Princípios da igualdade de tratamento e da imparcialidade</b>	<b>601</b>
<b>41.2. Princípios da transparência e da publicidade</b>	<b>603</b>
<b>41.3. Princípios da igualdade de chances e da concorrência</b>	<b>605</b>
<b>41.4. Princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade</b>	<b>606</b>
<b>41.5. Princípio da indisponibilidade do poder público</b>	<b>609</b>
<b>42. Limites jurídicos ao contrato administrativo e limites político-institucionais do Estado Contratante</b>	<b>612</b>
<b>42.1. Proibição de forma e matérias alérgicas à técnica contratual</b>	<b>614</b>
<b>42.2. Limites à estipulação de conteúdo contratual</b>	<b>617</b>
<b>42.3. Inadmissibilidade de substituição de norma jurídica pelo contrato</b>	<b>619</b>

## TÍTULO II

### O CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS E O PROBLEMA DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL: A *EXTENSIO* E OS *LIMITES*

## CAPÍTULO IX

### A INTERSECÇÃO ENTRE CONTRATO, ATO E REGULAMENTO ADMINISTRATIVO: DOGMÁTICA CONCEPTUAL E CLASSIFICATÓRIA

<b>43. Conceito de contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos</b>	<b>621</b>
a) <b>Acordo de vontades</b>	<b>624</b>
(i) <b>Distinção entre acordo ou ato complexo e contrato administrativo</b>	<b>624</b>
(ii) <b>Distinção entre ato administrativo e contrato administrativo</b>	<b>626</b>
b) <b>Entre dois ou mais sujeitos de direito, sendo um deles necessariamente um membro da administração que age nessa qualidade (enquanto tal)</b>	<b>630</b>
c) <b>Juridicamente vinculativo</b>	<b>634</b>
d) <b>Submetido a um regime substantivo de direito público</b>	<b>637</b>
e) <b>Que tem por objeto regular o modo ou os termos do exercício do poder administrativo, seja quanto à emissão (ou não emissão) de um ato unilateral da administração com um certo conteúdo, seja quanto à substituição de um procedimento unilateral por outro de estrutura bilateral</b>	<b>640</b>
(i) <b>Exercício do poder discricionário</b>	<b>643</b>
(ii) <b>Exercício do poder vinculado</b>	<b>646</b>
<b>44. Conceção dinâmica das formas da ação administrativa e princípio da aceleração: da rigidez à flexibilidade e da unicidade à combinação</b>	<b>654</b>



<b>45. A intersecção entre contrato e ato administrativo: dogmática conceptual e classificatória</b>	<b>657</b>
<b>45.1. Contratos procedimentais e contratos prévios à tramitação do procedimento</b>	<b>658</b>
<b>45.2. Contratos endoprocedimentais</b>	<b>662</b>
<b>45.2.1 Contratos sobre o exercício da discricionariedade procedimental, de conteúdo procedimental <i>stricto sensu</i> ou integrativos do procedimento administrativo</b>	<b>662</b>
<b>45.2.2 Contratos obrigacionais ou de vinculação à prática de ato administrativo</b>	<b>664</b>
<b>45.2.3 Acordos endocontratuais na execução de contratos administrativos</b>	<b>670</b>
<b>45.3. Contratos decisórios, substitutivos da emanção de atos administrativos ou com objeto passível de ato administrativo</b>	<b>671</b>
<b>45.4. Contratos de execução ou complementares de atos administrativos</b>	<b>675</b>
<b>46. A intersecção entre contrato administrativo e regulamento administrativo: dogmática conceptual e classificatória</b>	<b>677</b>
<b>46.1. Contratos com efeitos regulamentares</b>	<b>679</b>
<b>46.2. Contratos de delegação de poder regulamentar</b>	<b>682</b>
<b>46.3. Contratos regulamentares, normativos, de normação ou com objeto passível de regulamento administrativo</b>	<b>685</b>
<b>46.4. Contratos endoprocedimentais</b>	<b>695</b>
<b>46.4.1. Contratos de conteúdo procedimental <i>stricto sensu</i> ou integrativos do procedimento regulamentar</b>	<b>695</b>
<b>46.4.2. Contratos sobre o exercício do poder regulamentar ou de vinculação à aprovação de regulamento administrativo</b>	<b>696</b>

<b>46.5. Contratos de execução ou complementares de regulamentos administrativos</b>	<b>707</b>
--	------------

## **CAPÍTULO X**

### **REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS**

<b>47. Indicação de sequência. O problema do contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos como um problema de regime jurídico no ordenamento jurídico português. Delimitação do objeto de estudo</b>	<b>708</b>
---	------------

#### **Secção I – Da natureza jurídica ao regime jurídico**

<b>48. Natureza jurídica do contrato sobre o exercício de poderes públicos</b>	<b>711</b>
<b>48.1. Tese unilateralista</b>	<b>711</b>
<b>48.1.1. Ato administrativo de adesão ao contrato</b>	<b>711</b>
<b>48.1.2. Promessa administrativa</b>	<b>712</b>
<b>48.2. Tese contratualista</b>	<b>713</b>
<b>48.2.1. Contrato submetido a um regime jurídico misto de direito público e de direito privado</b>	<b>713</b>
<b>48.2.2. Posição adotada: contrato administrativo submetido a um regime jurídico misto de direito público</b>	<b>713</b>

#### **Secção II – Procedimento de formação**

<b>49. Da aplicação do regime procedimental previsto no CPA para a emissão de atos administrativos</b>	<b>717</b>
<b>50. Da aplicação das regras da contratação pública</b>	<b>723</b>
<b>50.1. Pluralidade de interessados e fungibilidade do cocontratante</b>	<b>723</b>

<b>50.2. Os atos administrativos substitutivos de contratos administrativos</b>	<b>733</b>
<b>51. Competência</b>	<b>735</b>
<b>52. Tutela procedimental de terceiros e atos integrativos de eficácia</b>	<b>736</b>
<b>53. Celebração e formalização do contrato</b>	<b>740</b>
<b>Secção III – Conteúdo prestacional</b>	
<b>54. Condições de validade específica do conteúdo prestacional. Poderá o consentimento do particular representado no contrato alargar o conteúdo admissível no ato administrativo correspondente (<i>volenti non fit iniuria</i>)?</b>	<b>741</b>
<b>55. Condições de validade específica do conteúdo prestacional dos contratos involuntários (<i>unfreiwillige Vertrag</i>)</b>	<b>748</b>
<b>Secção IV – Vicissitudes da relação jurídica contratual</b>	
<b>56. Da aplicação das regras substantivas da Parte III do CCP à relação jurídica contratual</b>	<b>752</b>
<b>57. Modificação, resolução, caducidade e extinção</b>	<b>754</b>
<b>57.1. Preliminares</b>	<b>754</b>
<b>57.2. Limites à negociabilidade dos termos da modificação e extinção do contrato</b>	<b>755</b>
<b>57.3. Poderes unilaterais de conformação da relação jurídica contratual</b>	<b>757</b>
<b>57.3.1. Preliminares</b>	<b>757</b>
<b>57.3.2. Poder de modificação</b>	<b>761</b>
<b>57.3.3. Poder de resolução</b>	<b>765</b>
<b>57.4. Caducidade</b>	<b>768</b>
<b>57.4.1. Contratos obrigacionais</b>	<b>769</b>
<b>57.4.2. Contratos substitutivos</b>	<b>774</b>

<b>58. Regime de Invalidade</b>	<b>775</b>
<b>58.1. Invalidade derivada e consequential</b>	<b>777</b>
<b>58.2. Invalidade própria</b>	<b>779</b>
<b>58.3. Falta e vícios da vontade</b>	<b>783</b>
<b>59. Resolução de litígios e questões processuais</b>	<b>784</b>
<b>60. Coordenadas de enquadramento dogmático da contratualização do poder público</b>	<b>792</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>810</b>
<b>Índice</b>	<b>884</b>