

MARK BOBELA-MOTA KIRKBY

Título:

Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos

Autor:

Mark Bobela-Mota Kirkby

1.ª Edição

Janeiro 2011

Edição e Execução Gráfica:

Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora

Lisboa:

Torres de Lisboa
Rua Tomás da Fonseca
Torre G – 6.º A
1600-209 Lisboa

Coimbra:

Edifício Coimbra Editora
Ladeira da Paula, n.º 10
Antanhol — 3040-574 Coimbra

www.coimbraeditora.pt
editorial@coimbraeditora.pt

Distribuição:

Coimbra Editora, S.A.

Ladeira da Paula, n.º 10
Antanhol — 3040-574 Coimbra
Telef. 239 852 650 — Fax 239 852 651

Reservados todos os direitos por Wolters Kluwer Portugal.

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

ISBN 978-972-32-1907-4

Depósito Legal n.º 321 619/2011

CONTRATOS SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS

O EXERCÍCIO CONTRATUALIZADO DO PODER ADMINISTRATIVO DE DECISÃO UNILATERAL

 Coimbra Editora
grupo Wolters Kluwer

SECÇÃO II

CLASSIFICAÇÕES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
DE SUBORDINAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

A conceptualização e a elaboração de classificações doutrinárias participam no conjunto de tarefas jurídico-dogmáticas que asseguram a fecundidade heurística do direito e lhe conferem, em certo sentido, um carácter científico.

A este propósito, BAPTISTA MACHADO (2000:365/366) esclarece que a discriminação de problemas e figuras elaborada pelo trabalho dogmático (...) formam um contexto de evidências e representações que é como uma instância de controlo que o julgador de algum modo se vê forçado a respeitar". O trabalho de clarificação, de conceptualização e de classificação, num plano abstracto, do material jurídico obtido a partir da hermenêutica, permite a identificação de modelos, princípios e soluções que poderão, de forma inovadora, ser aplicados a situações concretas diferentes daquelas que serviram de ponto de partida ao cultor do direito.

A abordagem classificatória não é, nessa medida despicienda. Permite uma arrumação e a depuração de blocos institucionais com conexões valorativas homogéneas que se revelam importantes para o correcto enquadramento e tratamento jurídico das situações. No entanto, para que as classificações e a enunciação de critérios desempenhem a sua função de sistematização e de produção de conhecimentos novos, isto é, de modelos aplicáveis a novas situações, têm as mesmas que estar heurísticamente funcionalizadas. Ou seja, o esforço classificatório não pode redundar numa charada animada por um deleite intelectual improdutivo, já que as classificações devem servir um propósito de determinação dos regimes aplicáveis ou não aplicáveis.

Assim sendo, a nossa abordagem, ainda independente de qualquer juízo sobre a validade das *factispecies* identificadas à luz do ordenamento português, vai cingir-se às classificações de contratos administrativos de subordinação que, de entre os que resultaram das leituras

efectuadas e das nossas próprias reflexões, se mostram efectivamente relevantes para efeito do agrupamento ou distinção de *factispecies* que, respectivamente e a diversos níveis, tenham regimes jurídicos idênticos ou diferentes.

2. CLASSIFICAÇÕES E CATEGORIAS DE CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS DE SUBORDINAÇÃO

2.1. Acordos prévios ao procedimento, acordos endoprocedimentais, acordos de terminação do procedimento ou substitutivos de acto administrativo, acordos integrativos do acto de terminação do procedimento

Na esteira das *factispecies* que prevêm os contratos sobre o exercício do poder administrativo em Itália e Espanha, é muito frequente a identificação das categorias dos contratos de subordinação a partir da ligação funcional que têm ao procedimento de emanação de actos administrativos e ao seu impacto sobre o acto administrativo que pudesse pôr ou venha a pôr termo ao procedimento. Nesta perspectiva, haverá a distinguir:

a) Acordos prévios à tramitação do procedimento

São acordos celebrados entre a Administração e o particular tendo em vista a determinação total ou parcial do conteúdo de um acto administrativo a praticar no futuro, ou a estabelecer a obrigação de o praticar em determinadas condições, num momento anterior à tramitação do procedimento obrigatório para a prática do acto em causa. Trata-se de acordos que porventura podem ser válidos se assumidos pela Administração na condição de o acordado vir a verificar-se compatível com o resultado do procedimento a tramitar em momento posterior, em termos que analisaremos com mais profundidade noutra parte do presente trabalho.

Este tipo de acordos surge frequentemente no contexto de operações complexas desenvolvidas por particulares cuja execução depende da obtenção de uma multiplicidade de licenças e autorizações administra-

tivas da competência de autoridades públicas diversas. Nestes casos, de que é um bom exemplo o projecto de reconversão turística da península de Tróia actualmente em curso, torna-se essencial, por questões de segurança no investimento privado e previsibilidade quanto ao acolhimento administrativo do projecto, que, no início da operação, sejam dadas ao particular garantias mínimas quanto à viabilidade administrativa da intervenção.

b) Acordos endoprocedimentais

Trata-se de acordos celebrados no decurso de um procedimento administrativo ⁽³²⁷⁾ e que podem ser de dois tipos:

- acordos dirigidos à definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo discricionário do acto administrativo final do procedimento; ⁽³²⁸⁾

⁽³²⁷⁾ Ora, a natureza jurídica do instrumento que opere a conformação final da situação concreta vai ter consequências importantes ao nível da forma como a vinculação dos acordos se manifesta e se tutela, da perspectiva do particular. No caso de um acordo endoprocedimental, se o acto administrativo final do procedimento não respeitar o que foi contratado, o mesmo será ilegal por ferir o “bloco de legalidade” a que a Administração está sujeita, podendo nessa medida o particular lançar mão de uma acção especial de condenação da Administração à prática do acto devido. Já se a Administração violar um contrato substitutivo de um acto administrativo, a tutela contenciosa faz-se, por regra, através da acção comum para o cumprimento do contrato. Dizemos “por regra” porque nem sempre assim sucederá. A acção comum será o meio processual adequado à tutela do particular face a situações de incumprimento do conteúdo pactuado do contrato substitutivo: se, por exemplo, a Administração atribuir uma subvenção através de um contrato substitutivo e depois não efectuar a prestação devida em incumprimento do mesmo, a sua pretensão deve ser deduzida no âmbito da acção comum. No entanto, nos casos em que o incumprimento se traduza no exercício, à margem da lei, dos poderes unilaterais de conformação contratual, por exemplo, através da prática de um acto administrativo ilegal de modificação ou rescisão do contrato por motivos de interesse público, então o meio processual adequado para tutelar a posição subjectiva do particular será, por regra, a acção especial de impugnação do acto em causa.

⁽³²⁸⁾ Como explica PAULO OTERO (1995:87), “...perante os acordos endoprocedimentais, a Administração limita o exercício do seu poder discricionário de fixar o conteúdo de uma decisão final, não obstante manter o exercício de um poder unilateral

- os acordos de trâmite procedimental, ou acordos integrativos do procedimento, que se destinam a solucionar por consenso uma questão controvertida ou duvidosa (a valoração de uma prova, a interpretação de um preceito, etc.) que possa surgir no decurso daquele, mas que não tenha directa influência no conteúdo do acto final. Podem ser contratos administrativos de fixação ou de transacção ⁽³²⁹⁾.

de decisão; em relação aos contratos substitutivos, pelo contrário, a Administração abdica de exercer o seu poder unilateral de decisão, substituindo-o por um instrumento contratual, o que traduz o exercício de uma forma de actividade administrativa consensual”.

⁽³²⁹⁾ A transacção, nos termos do artigo 1248.º do CC é “o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões”. Sendo um contrato, e não se descortinando à partida qualquer impedimento legal ou fundado na sua natureza, pode ser utilizada para a composição de controvérsias que sejam suscitadas no âmbito do procedimento administrativo, tendo em conta a amplitude do princípio da autonomia pública contratual plasmado no artigo 179.º do CPA. Como bem refere JOÃO TABORDA DA GAMA (2003:658), a admissibilidade da transacção, baseada em primeira linha na autonomia contratual da Administração pública, leva a que o âmbito e os limites da celebração de transacções se confundam com estes (...). Neste plano, a Administração poderá celebrar transacções, como poderá celebrar quaisquer outros contratos desde que, *in casu*, respeite os limites concretos e comuns da sua actuação, ou seja, se tiver a disponibilidade da relação jurídica objecto da transacção. Numa palavra, pode haver transacção onde haja discricionariedade, onde haja vinculação não pode haver transacção”. Ora, esta última conclusão levanta o problema que é mais discutido na doutrina estrangeira e entre nós, sobre os limites da transacção administrativa: saber se pode haver transacção em matérias formalmente vinculadas, mas em que a resolução de determinadas questões levante graves dúvidas e incertezas, que poderão ser eficazmente ultrapassadas através da composição da relação jurídica por transacção. É, segundo TABORDA DA GAMA (2003:660), o caso da interpretação de normas — conceitos indeterminados ou muito abertos — ou da verificação sobre a existência ou inexistência de factos (liberdade probatória). Sobre este problema nos pronunciaremos adiante. Haverá ainda um afinamento a fazer, que passa pela controvérsia doutrinária entre a exigência de uma mera *res dubia* ou de uma *res litigiosa* enquanto elemento estruturante do tipo contratual em causa: é que, como parece decorrer do próprio preceito e é reconhecido pela doutrina dominante, “...a lei não dispensa é uma controvérsia entre as partes, como base ou fundamento de um litígio eventual ou futuro: uma há-de afirmar a juridicidade de certa pretensão, e a outra negá-la (...). A transacção tem por objecto concessões recíprocas. Não há na transacção o ânimo de fixar ou determinar a situação jurídica anterior das partes (*negozio di accertamento*); a ideia básica dos contraentes é a de concederem mutuamente e não a de fixarem rigidamente os termos reais da situação controvertida...” (cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES

c) Acordos substitutivos de actos administrativos

Os acordos substitutivos de actos administrativos são os que põem termo a um procedimento, em substituição de um acto administrativo com o mesmo conteúdo da perspectiva dos efeitos derivados do exercício do poder administrativo. Nestes casos, a regulação imperativa de uma determinada relação jurídico-administrativa é exclusivamente feita por via contratual, em detrimento da prática de um acto administrativo unilateral.

VARELA 1996:856). Esta clarificação leva a doutrina que perfilha a necessidade de uma *res litigiosa*, a distinguir a transacção, enquanto contrato típico, da figura, de construção doutrinária, do “negócio de fixação ou acertamento”. Como esclarece PALMA DEL TESO (2000:279), “o negócio de fixação ou verificação tem sido entendido como o acordo mediante o qual as partes buscam a eliminação de incertezas ou dúvidas relativas a factos ou situações, ou tornar não controvertidas relações jurídicas que eram incertas por qualquer motivo. A função do acordo ou negócio de fixação é determinar ou verificar a realidade ou existência da situação. Neste tipo de negócio não existem concessões recíprocas, as partes não procuram uma solução de compromisso, mas tão só conhecer, verificar ou determinar a realidade de uma situação incerta”. Parece-nos que efectivamente o acordo de fixação é o que melhor enquadra as situações referidas, de resolução pactuada de dúvidas na apreciação da prova ou na interpretação de normas (*res dubia*). Por outro lado, confrontando o artigo 1248.º do nosso CC com o artigo 55.º da Lei de Procedimento alemã, que regula o contrato administrativo de transacção, resulta claro que estamos perante *factispecies* próximas, mas ainda assim diferentes. É que, onde o Código Civil funcionaliza a transacção à eliminação de um litígio mediante concessões recíprocas, já a Lei de Procedimento alemã funcionaliza a sua *transacção* à eliminação de dúvidas ou incertezas, não exigindo a existência de uma controvérsia entre as partes. A transacção alemã pode, efectivamente, abranger os negócios de fixação ou acertamento que acima referimos (*res dubia*). Contra este entendimento, sustentando que a transacção prevista no CC português abrange igualmente as situações de mera eliminação de dúvidas ou incertezas, dispensando uma controvérsia quanto a pretensões, cfr. TABORDA DA GAMA (2003:617-660). No entanto, para a questão que essencialmente interessa à presente investigação — apurar da admissibilidade de acordos sobre actividades formalmente vinculadas, como a interpretação de normas ou a verificação de factos — a qualificação dos acordos endoprocedimentais que se destinam a solucionar por consenso uma questão controvertida ou duvidosa da índole referida, acaba por não ter grande relevância. Ambos os contratos — de fixação ou transacção — são admissíveis à luz do artigo 179.º do CPA e relativamente a ambos o mesmo problema se coloca, porque lhes é externo: saber se é possível, e em que condições, recorrer ao contrato para o exercício de poderes vinculados.

No âmbito dos acordos substitutivos, haverá, ainda, que distinguir consoante o contrato define, por si só, de forma imediata, os contornos de uma determinada relação jurídica, da situação em que o acordo substitutivo se limita a disciplinar a sucessiva emanção de actos administrativos, caso em que teríamos um contrato substitutivo de uma promessa unilateral para a prática de um acto administrativo⁽³³⁰⁾.

d) Acordos integrativos de actos administrativos

São os acordos através dos quais se regula um aspecto da relação jurídica nascida com a prática de um acto administrativo e que, nessa medida, completam a regulação por operada por aquele.

Um bom exemplo deste tipo de acordos é aquele, de que LAURENT RICHER (2002:57) nos dá conta, porque muito habitual em França, em que a prática de um acto — *v. g.* a concessão de uma autorização ou licença — está subordinada à conclusão de um acordo com o particular. É o caso de alguns contratos celebrados pelas colectividades territoriais tendo em vista assegurar a manutenção de determinados serviços em zonas rurais, previstos pela Lei de 2 de Março de 1982, sobre a descentralização administrativa. Assim, quando uma autarquia concede um apoio a uma empresa em situação económica difícil, a lei preconiza como obrigatória a celebração de um acordo. A celebração da convenção que estabelece, por exemplo, as obrigações da empresa beneficiária relativamente à aplicação das ajudas concedidas, é uma condição de “validade” (nós diríamos de eficácia) da subvenção, ainda que esta tenha sido atribuída por acto administrativo unilateral⁽³³¹⁾.

O mesmo se passa, no nosso ordenamento, com o contrato relativo à realização de infra-estruturas urbanísticas previsto no n.º 3 do

⁽³³⁰⁾ Chamando a atenção para a relevância desta distinção, cfr. LIBERATI (1996:78).

⁽³³¹⁾ Como esclarece RICHER (2002:58), “a atribuição da ajuda resulta de uma decisão unilateral mas as condições da atribuição e da sua manutenção são definidas através de uma convenção. Se a convenção não for celebrada a ajuda é ilegal, se a convenção for desrespeitada a ajuda pode ser suprimida”.

artigo 25.º do DL n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a redacção que lhe foi conferida pelo DL n.º 177/2001, de 4 de Junho, que estabelece o “regime jurídico da urbanização e da edificação”.

Assim, nas situações em que:

- “a operação urbanística, constituir, comprovadamente, uma sobrecarga incomportável para as infra-estruturas 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 águas, de energia eléctrica ou de saneamento” que, nos termos da alínea *b)* do n.º 2 do artigo 24.º do diploma citado, constitui motivo de indeferimento da licença imposta pelo artigo 4.º, n.º 2, alíneas *a)* e *b)*, para o desenvolvimento de determinadas operações de loteamento ou de obras de urbanização ou trabalhos de remodelação de terrenos;
- se verifique a “ausência de arruamentos ou infra-estruturas de abastecimento de água e saneamento ou se a obra projectada constituir, comprovadamente, uma sobrecarga incomportável para as infra-estruturas existentes, que, nos termos do n.º 4 do artigo 24.º do diploma citado, constitui motivo de indeferimento da licença imposta pelo artigo 4.º, n.º 2, alínea *c)*, para a realização de determinadas obras de construção;...

...determina o artigo 25.º, n.ºs 2 e 3, do mesmo diploma que, quando exista projecto de decisão de indeferimento com os fundamentos referidos, pode haver deferimento do pedido desde que o requerente, em 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 infra-estruturas por um período mínimo de dez anos. Ora, estatui o n.º 3 do mesmo preceito que “no caso de deferimento nos termos dos números anteriores, o requerente deve, antes da emissão do alvará, celebrar com a câmara municipal, contrato relativo ao cumprimento das obrigações assumidas e prestar caução adequada...”.

Como é fácil de constatar, estamos na presença de um contrato administrativo de subordinação integrativo do acto de deferimento da licença, que, a não ser celebrado, impede a atribuição do alvará; o acto é assim emanado sob condição suspensiva de ser celebrado o contrato integrativo da respectiva eficácia.

Costumam ser integrados neste tipo de contratos os acordos sobre a quantitativo da indemnização devida a um particular no âmbito de um procedimento de expropriação por utilidade pública.

No entanto, e mudando de posição relativamente ao que anteriormente defendemos ⁽³³²⁾, entendemos que esses acordos não são verdadeiros contratos administrativos de subordinação no nosso ordenamento jurídico. Como já acima referimos, estes acordos não se referem ao exercício do poder discricionário, mas à regulação de um aspecto patrimonial de uma relação jurídica que nasce depois do exercício desse poder em determinado sentido, regulação essa que a Administração não pode desenvolver unilateralmente nos quadros da discricionariedade.

Com efeito, o âmbito da justa indemnização e os respectivos critérios de cálculo estão expressa e, tanto quanto possível, rigorosamente definidos nos artigos 23.º e segs. do Código das Expropriações, em termos que excluem a existência de qualquer margem de discricionariedade administrativa na sua determinação. Para além do mais, a determinação do quantitativo não consubstancia um poder administrativo — não há um poder de decisão unilateral, nem privilégio de execução prévia —, pelo que, na falta de acordo, seguem-se os trâmites da expropriação litigiosa — artigos 38.º e segs. — que deferem a competência decisória a um tribunal arbitral, com recurso para os tribunais comuns.

2.2. Contratos de troca ou com obrigações para as partes e contratos compositivos

Os contratos administrativos de subordinação podem envolver, ou não, a assunção de obrigações recíprocas pelas partes. São os contratos

⁽³³²⁾ Cfr. KIRKBY (2002:92).