

O RECONHECIMENTO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DE MATRIZ GERMÂNICA NO DIREITO PORTUGUÊS

THE RECOGNITION OF THE GERMAN ADMINISTRATIVE CONTRACT IN PORTUGUESE LAW

JORGE ALVES CORREIA

Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito de Coimbra.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1292-115X>.
jorgealvescorreia@fd.uc.pt
DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.23.correia>].

Recebido em: 05.08.2022 | Received on: Aug 5th, 2022
Aprovado em: 28.08.2022 | Approved on: Aug 28th, 2022

Assista agora aos
comentários do autor
para este artigo



ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Constitucional; Internacional

RESUMO: O presente estudo tem por objeto a análise do reconhecimento e da evolução do contrato administrativo de matriz germânica no direito português, designado "contrato sobre o exercício de poderes públicos", em relação ao qual se colocam relevantes questões de determinação do respetivo regime jurídico. O autor debruça-se sobre vários aspetos da relação contratual, relativos à formação, conteúdo, resolução, validade e incumprimento. A doutrina brasileira do contrato administrativo é nitidamente influenciada pelo modelo francês, mas a literatura jurídica mais recente vem sublinhando a necessidade de se adotar um novo estilo de "governança por contrato", aberta a novas formas contratuais sobre o exercício de poderes públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos administrativos – Estado Contratante – Estado Cooperativo – Poderes públicos – Autoridade.

ABSTRACT: This study assesses the recognition and evolution of the German administrative contract in Portuguese law, designated "contract on the exercise of public authority", in relation to which relevant questions arise regarding its legal regime. The author focuses on several aspects of the contractual relationship connected with the formation, content, rescission, validity and breach of contract. The Brazilian doctrine of the administrative contract is clearly influenced by the French model, but the most recent legal literature has underlined the need to adopt a new style of "governance by contract", open to new forms of contract on the exercise of public authority.

KEYWORDS: French and German administrative contract types – 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 – Contract on the exercise of public authority and regulation issues.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A gênese do contrato administrativo de matriz alemã – Gênese dogmática e jurisprudencial. 3. Reconhecimento legislativo na Alemanha, Itália e Espanha. 4. Reconhecimento legislativo em Portugal. 4.1. Evolução. 4.2. Código do Procedimento Administrativo. 4.3. Legislação especial. 4.4. Qualificação do sistema português de contratação administrativa. 5. Contratos sobre o exercício de poderes públicos no CCP. 5.1. Delimitação dos conceitos. 5.2. Contratos com objeto passível de ato administrativo. 5.3. Demais contratos sobre o exercício de poderes públicos. 6. O problema do regime jurídico. 6.1. Procedimento de formação. 6.2. Competência. 6.3. Tutela procedimental de terceiros e atos integrativos de eficácia. 6.4. Celebração e formalização do contrato. 6.5. Conteúdo contratual. 6.5.1. Sentido da utilização do contrato em vez do ato administrativo. 6.5.2. Modelação do conteúdo. 6.6. Modificação e extinção. 6.6.1. Negociabilidade da vigência dos vínculos contratuais. 6.6.2. Causas específicas de caducidade do contrato. 6.7. Regime de invalidade. 6.7.1. Invalidade derivada. 6.7.2. Invalidade própria. 6.7.3. Consequências das invalidades próprias do contrato. 7. Incumprimento e questões processuais. 8. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No¹ direito português, o reconhecimento legal do *contrato sobre o exercício de poderes públicos* filia-se no modelo alemão do contrato administrativo. Historicamente, a abertura do direito alemão ao exercício contratual de poderes administrativos em meados da década de setenta do século passado foi, depois, seguida noutros ordenamentos jurídicos euro-continentais, a partir da década de noventa, designadamente o italiano, o português e o espanhol. A construção dogmática que está na base do “contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos” aponta, *geneticamente*, para uma categoria completamente distinta do contrato administrativo de modelo francês. O *öffentlichrechtlicher Vertrag* e o *contrat administratif* correspondem a realidades distintas, não havendo entre ambas identidade ou equivalência de sentidos. Em rigor, trata-se de “dois tipos ou modelos” de contratos administrativos. Tal dualismo inerente à instituição do contrato administrativo no continente europeu explica-se porque os dois blocos de sistemas jurídicos (o alemão e o francês) – que são considerados “cabeças de estirpe” nesta matéria – evoluíram em sentidos opostos quanto à admissibilidade dos contratos de objeto público, gerando na Europa sistemas de contratação administrativa híbridos ou mistos, situados entre o modelo francês e o modelo alemão.

1. Como citar este artigo | *How to cit this article*: CORREIA, Jorge Alves. O reconhecimento do contrato administrativo de matriz germânica no direito português. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, a.6, n.23, out./dez.2022. DOI: <https://doi.org/10.48143/rdai.23.correia>

O que está em causa no contrato administrativo de modelo francês é, na verdade, a exigência de sujeitar, em bloco, certos contratos da administração a um conjunto de regras especiais, a um *regime jurídico especial* que, em aspetos concretos, se afasta do regime geral dos contratos de direito privado. Na sua génese, o regime jurídico especial a que ficaram submetidos certos contratos da administração – os contratos administrativos – ficou marcado pela exigência de compatibilizar o *consenso*, que a instituição contratual pressupõe, e a *autoridade da administração*, que o interesse público reclama: baseado no *acordo* entre as partes, o contrato administrativo convive com uma certa *supremacia jurídica da administração*, que se vê investida de poderes extracontratuais de direito público que podem pôr em causa a evolução da relação contratual tal como foi consensualmente concebida. Deste modo, o contrato administrativo de modelo francês viu-se convertido num instrumento jurídico de larga utilização pela administração, sobretudo enquanto instrumento regulador dos termos da colaboração que, tantas vezes, os privados são chamados a providenciar à administração pública (v.g., empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços).

Apesar de o contrato administrativo de *tipo francês* conhecer mais de um século de história (em países como a França, Espanha ou Portugal), o contrato administrativo de *matriz alemã* só mais recentemente se tornou objeto da atenção da doutrina portuguesa e de consagração legislativa, primeiro, no Código do Procedimento Administrativo (CPA) e, mais tarde, no Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP). Desde a sua versão originária, o CCP introduziu uma regulamentação que não se esgota apenas nos contratos de concessão e de compras públicas, disciplinando outras figuras contratuais de enorme importância da “Administração Pública por Contrato” do nosso tempo, como os contratos interadministrativos, as parcerias público-privadas e os contratos sobre o exercício de poderes públicos.

Interessa-nos particularmente o *contrato administrativo sobre o exercício de poderes públicos* (contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos), instituto de importação mais recente no ordenamento jurídico português e em relação ao qual se colocam, por isso, dificuldades acrescidas quanto à determinação do respetivo regime jurídico. As categorias “contratos com objeto passível de ato administrativo” e “demais contratos sobre o exercício de poderes públicos” correspondem a duas espécies de *contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos* que, no direito alemão, foram consagradas na Lei do Procedimento Administrativo, como adiante se verá.

No plano das vantagens, a escolha do contrato administrativo de modelo alemão *deve* satisfazer inteiramente ambas as partes e produzir *resultados* preferíveis às alternativas disponíveis. Quando utilizado devidamente (ou seja, sem captura do agente público), é possível destacar as seguintes *virtualidades* associadas à escolha do contrato: estímulo à programação das atividades de iniciativa privada sujeitas a controlo administrativo, induzindo um *quadro de confiança* entre público e privado no decurso do procedimento administrativo; vocação da forma contratual para a *execução* da decisão administrativa, por via da *adesão e aceitação* da decisão pelos respetivos destinatários; aptidão do contrato para se ajustar a *situações não previstas ou atípicas*; função de *autocomposição ou de resolução de conflitos* que o contrato revela propensão para cumprir em cenários de incerteza objetiva; e função de *heterocomposição de conflitos* reconhecida e enquadrada na lei. *Do lado do investimento privado*, a utilização do contrato cria maior previsibilidade sobre a atuação administrativa futura, permitindo auxiliar, estimular ou orientar os particulares na decisão de realizar (ou não realizar) investimentos numa determinada atividade sujeita a controlo administrativo. *Do lado da administração e do interesse público*, o recurso ao contrato poderá revelar-se, no caso concreto, a forma jurídica mais *apropriada* para cumprir a obrigação de escolher aquela que será a *melhor solução para o interesse público*, seja pelos resultados que permite alcançar, seja por envolver o destinatário na implementação da decisão administrativa (reduzindo a conflitualidade e a litigiosidade administrativas).

Em suma, a *expansão do consenso nas decisões administrativas de autoridade* é um fenómeno típico do nosso tempo, bem descrito pela Nova Ciência do Direito Administrativo, denominada “*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*”⁴⁷. Entre as inovações estruturais, procedimentais e substanciais propostas, cumpre destacar as novas modalidades de intersecção entre contrato e poder administrativo, as quais constituem uma das linhas mestres do Novo Direito Administrativo. Por outras palavras, o *paradigma contratualista é um componente essencial do Novo Direito Administrativo*⁴⁸. Nos principais reptos à reforma do direito administrativo,

47. Na sua génese 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-ASSMANN e ANDREAS VOSSKUHL – *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3 Bänden, Beck, München, 2006/2008/2009.

48. Esse tema é tratado diretamente pela *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* – cfr. as linhas que lhe dedicou HARTMUT BAUER, “*Verwaltungsverträge*”, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II, München, 2008.

são destacadas – como momentos essenciais deste processo de transformação – a *concertação* entre atores públicos e privados no desenvolvimento das finalidades do Estado Administrativo Cooperativo, expressando um novo entendimento do pacto político-social fundamental, bem como a importância crescente do *contrato público na realização do direito* e no modo de *relacionamento* e de *atuação* das administrações públicas.

REFERÊNCIAS

- A. BARBOSA DE MELO/F. ALVES CORREIA, *Contrato Administrativo*, CEFA, Coimbra, II, 1984.
- A. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, II, Coimbra, 2006, pp. 168-169.
- A. LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011, pp. 234-246.
- ANA RAQUEL MONIZ, *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*, Coimbra, 2013, pp. 145 e segs.
- ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, Coimbra, 2009, pp. 94 e 273-283.
- C. NABAIS, *Contratos Fiscais*, Coimbra, 1994, pp. 17-54.
- DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, RJ, Forense, 2006. p. 163.
- EURICO BITENCOURT NETO, *Concertação Administrativa Interorgânica – Direito Administrativo e Organização no Século XXI*, Almedina, SP, 2019.
- F. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Tübingen, 2005, p. 651.
- F. CALVÃO, “O Contrato Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, *Estudos da Contração Pública I*, Coimbra, 2008, pp. 327-370.
- FAUSTO QUADROS... [et al.], *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Coimbra, 2022.
- FILIPA CALVÃO, “O Contrato”, cit., p. 363.
- GUILHERME DIAS REISDORFER, *Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana*, Lumen Juris, RJ, 2014, com enfoque na expansão do contrato no direito urbanístico.
- H. MAURER, cfr. V. SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, Tübingen, 2000, pp. 18-20.
- HARTMUT BAUER, “Verwaltungsverträge”, *Grundlagen des Verwaltungsrechts, II*, München, 2008.
- HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 388.
- HELLY LOPES MEIRELLES, *Licitações e Contratos Administrativos*, Malheiros, SP, 2006, p. 158.
- HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Universidad de Oviedo, 1998, pp. 355-356.
- J. LOUREIRO, “Os Acordos Endoprocedimentais no novo CPA”, *Comentários ao Novo CPA*, org. Carla Amado Gomes/Ana Neves/Tiago Serrão, Lisboa, 2015.

- JORGE ALVES CORREIA/ANDREAS ISENBERG, *Código do Procedimento Administrativo Alemão – Guias de Leitura e Anotações*, 2.^a edição, Lisboa, 2018, pp. 78-85.
- JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, RJ, Lumen Iuris, 2007, p. 160.
- LUÍSA CRISTINA PINTO E NETTO, *A contratualização da função pública*, Editora del Rey, 2005.
- M. AROSO DE ALMEIDA, *O Problema do Contrato Administrativo*, p. 95.
- M. AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Coimbra, 2016, pp. 468-480.
- _____, *O Problema do Contrato Administrativo*, Coimbra, 2018, pp. 18 e segs.
- M. NIGRO, “Convenzioni Urbanistiche e Rapporti fra Privati”, *Scritti Giuridici*, II, Milano, 1996, p. 1311.
- M. JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2012, pp. 184-198.
- _____, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1990.
- M. KIRKBY, *Contratos Administrativos de Subordinação*, Lisboa, 2002.
- _____, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra, 2011.
- M. PORTOCARRERO, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos, Transação e Arbitragem*, Porto, 2015.
- MARCELLO CAETANO, “Conceito de contrato administrativo”, *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, 1974.
- MARCELO REBELO DE SOUSA/SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral. Contratos Públicos*, Lisboa, 2009, p. 115.
- MARIA SYLVIA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Atlas, SP, 2007, p. 233.
- MARK KIRKBY, *Contratos sobre o Exercício*, cit., p. 360.
- MAURICE HAURIUO, *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.
- MICHAEL SACHS, “Volenti non fit iniuria – Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht”, *VerwArch*, n.º 76, 1985, pp. 398-426.
- ORLANDO DE CARVALHO, *Contrato Administrativo e Ato Jurídico Público*, Coimbra, 1953, pp. 1-17.
- OTTO MAYER, “Zur Lehre von Öffentlichrechtlichen Verträge”, *AöR*, 3 (1888), p. 42.
- PAULO OTERO, *O Poder de Substituição*, Vol. I, Lisboa, 1995, pp. 79-91.
- _____, *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra, 2003, pp. 834-844.
- _____, *Direito Administrativo – Relatório*, Lisboa, 1998, pp. 346-347 e 423-426.
- PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2015, pp. 467-492.
- _____, *O Contrato Administrativo*, Coimbra, 2003.
- RAQUEL CARVALHO, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Coimbra, 2010, p. 478.

S. DAVID, “O princípio da adequação procedimental, os acordos endoprocedimentais e a administração electrónica no novo CPA”, *CJA*, n.º 116, 2016.

SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 739-743.

TABORDA DA GAMA, *Promessas Administrativas*, Coimbra, 2008, pp. 24-29.

THIAGO LIMA BREUS, *Contratação Pública Estratégica*, Almedina, SP, 2020.

VIEIRA DE ANDRADE, “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos da Contratação Pública – II*, Coimbra, 2010.

VILHENA DE FREITAS, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, Lisboa, 2014.

WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, München, 2000, p. 202, porquanto isso poderia implicar uma “venda indevida [ou, traduzindo à letra, uma «liquidação total»] de prerrogativas de soberania” (*Ausverkauf der Hoheitsrechte*).

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



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Constitucional; Internacional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- *Contracting out is in* – a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e o aperfeiçoamento do ambiente institucional para a ampliação do uso da contratação pública como meio de implementação de políticas públicas, de Thiago Lima Breus – *RDAl* 20/43-68;
- O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos na Lei 14.133/2021: entre continuidades e novidades, de Patrícia Baptista – *RDAl* 22/127-140; e
- Os meios alternativos de solução de controvérsias na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de Gustavo da Rocha Schmidt – *RArb* 70/241-266.