

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Mauro Hiane de Moura

A AUTONOMIA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Porto Alegre

2012

Mauro Hiane de Moura

A AUTONOMIA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva

Porto Alegre

2012

M929a Moura, Mauro Hiane de

A autonomia contratual da administração pública / Mauro Hiane de Moura. – 2012.
390 f. ; il.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

Orientador: Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva

1. Contrato Administrativo. 2. Teoria do Fisco. 3. Alteração Unilateral do Contrato. 4. Poderes Exorbitantes. 5. Michel Foucault. I. Almiro do Couto e Silva. II. Título.

CDU 351.712

Mauro Hiane de Moura

A AUTONOMIA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 30 de novembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva
Orientador

Prof. Dr. Itiberê de Oliveira Rodrigues

Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi

Prof. Dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro

AGRADECIMENTOS

No início do ano de 2010, pouco antes do início das aulas no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, decidi desligar-me do emprego que eu possuía na época e dedicar-me em tempo integral ao Mestrado. Essa dedicação integral fez, em minha avaliação, com que os dois anos em que estive vinculado ao programa fossem especialmente intensos, agradáveis e produtivos. Ela também fez, de outro lado, com que o apoio de diversas pessoas tenha sido absolutamente necessário para que esta dissertação pudesse ter sido concluída. Os agradecimentos que farei a seguir contam, em parte, a história desses dois anos.

Agradeço, em primeiro lugar, ao Prof. Almiro do Couto e Silva, modelo de pessoa e de jurista que inspira a todos os seus orientandos – e que, mais do que ensinar as regras e princípios que devem orientar a ação administrativa, personificas na sua conduta pessoal. O Prof. Almiro sempre esteve disponível para discutir comigo detalhes do projeto, efetuar-me recomendações de leitura, avaliar versões preliminares do texto e mesmo para encorajar-me a solicitar a conversão deste trabalho em uma tese de Doutorado. Ao mesmo tempo, ele sempre me deixou livre para efetuar as escolhas metodológicas e de conteúdo que me pareciam mais adequadas. Ele fez por mim muito mais do que seria necessário e muito mais do que eu mereceria. Eu sou muito grato a ele por tudo isso.

Igualmente fundamental foi a Prof. Maria Isabel de Azevedo Souza, que sempre me encorajou a desenvolver uma carreira acadêmica. A escolha do tópico desta dissertação está ligada a debates e livros que ela me apresentou durante a Graduação em Direito e ao aprofundamento que ela me estimulou a fazer desde então – especialmente nos quatro semestres de Estágio Docente que fiz, sob sua orientação, durante o Mestrado. Sem sua presença e o seu estímulo, em suma, este trabalho não existiria. Eu espero que ele tenha ficado à altura de tudo o que ela me ensinou e continua a me ensinar.

A Banca Examinadora foi fantástica nos comentários que fez. O diálogo com Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, José Guilherme Giacomuzzi e Itiberê Rodrigues foi incrivelmente aberto, transparente e engrandecedor desde a Qualificação, quando eles entenderam os motivos pelos quais eu queria utilizar as teorias de Michel Foucault como referencial teórico e me estimularam a fazê-lo na versão definitiva do

texto. Eles fizeram inúmeras sugestões de correção, aprofundamento e ajuste da dissertação e inclusive me disponibilizaram livros e artigos que eu poderia utilizar para fazê-lo. Todos esses gestos são, na minha compreensão, demonstrações de uma genuína vontade de fazer com que o mestrando que submete um trabalho a uma Banca Examinadora efetivamente se aperfeiçoe. Eu agradeço a eles pelo tempo que dedicaram à leitura do texto e pela absoluta generosidade que tiveram para comigo nas suas colocações e sugestões. A maneira como eles se conduziram fez com que a conclusão desse período de estudos tenha sido, para mim, particularmente recompensadora.

Incorporar todas essas sugestões de ajuste, todavia, demandaria a realização de um novo – e longo – período de pesquisas e dedicação exclusiva à dissertação, o que não pode ser efetuado dentro do relativamente exíguo prazo de que disponho para fazer o depósito de seu texto na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Por isso, esta versão da dissertação ainda não incorpora todos os ajustes, acréscimos e supressões que eles me recomendaram. Eles podem ter a certeza, contudo, com os meus mais sinceros e profundos agradecimentos, de que os trabalhos de pesquisa necessários à realização dessas modificações já estão sendo realizados. Uma nova versão deste trabalho, incluindo todas essas modificações, será concluída em breve.

Luís Fernando Oliveira, Matheus Faganello e Gustavo Baini, colegas de jornada, estiveram sempre comigo nos momentos mais fáceis e mais difíceis – o seu exemplo, o seu encorajamento e o seu apoio foram cruciais antes e depois da redação deste texto. E certamente nunca ninguém discutiu, de maneira tão agradável, as diferenças entre Canaris e Viehweg.

Por fim, mas certamente não por último, agradeço sobretudo à minha família por todo o apoio, compreensão e estímulo que sempre me forneceu. Por ela sempre fui acolhido em todos os momentos em que precisei. O seu apoio foi fundamental, em mais maneiras do que consigo explicar e enumerar, para que o plano de dedicação exclusiva ao Programa de Pós-Graduação pudesse ser executado e concluído com êxito. A todos sou imensamente agradecido – especialmente à Mônica, cujo amor está por trás do texto e das entrelinhas de todas as páginas que seguem.

Desta jurisprudência numerosa e constante, que exprime a tradição do nosso direito através dos nossos dois regimens constitucionais, resultam estas noções elementares, extraídas literalmente dos textos, que acabo de citar: 1º) O Estado, nos seus contratos, não funciona como poder público, simplesmente obra como pessoa jurídica; 2º) Neste caráter, o Estado contratante se nivela com a outra parte no contrato; 3º) Pessoa civil, equiparada ao outro contraente, sujeita-se, como qualquer particular, às leis do direito privado; 4º) Reduzido assim à posição de contratante, segundo o direito privado, incorre, pelas obrigações contraídas quando as infringir, ou descumprir, nas sanções civis cominadas a transgressão e inobservância dos contratos.

(Rui Barbosa, 1912)

Mas esse contrato não é de direito privado. [...] E o motivo é simples. Jamais as normas de direito privado poderão regular a organização e o funcionamento do serviço público, e muito menos o exercício dos poderes que aquele funcionamento exige, e que se delegam frequentemente ao concessionário, como os de desapropriação, fiscalização, percepção de tributos, e até de polícia especial, dentro do âmbito do serviço concedido. Demonstrar que tudo isso é objeto do direito público, e principalmente das normas do direito administrativo, seria o mesmo que recordar princípios elementaríssimos, e discorrer sobre coisas por si próprias evidentes.

(Mário Masagão, 1933)

O que a razão experimenta como sua necessidade, ou melhor, aquilo que as diferentes formas de racionalidade apresentam como lhes sendo necessário, podemos fazer perfeitamente a sua história e encontrar as redes de contingências de onde isso emergiu; o que, no entanto, não quer dizer que essas formas de racionalidade sejam irracionais; isso quer dizer que elas repousam em uma base de prática e de história humanas, e já que essas coisas foram feitas, elas podem, com a condição de que se saiba como foram feitas, ser desfeitas.

(Michel Foucault)

RESUMO

A dissertação examina a história do conceito de contrato administrativo no direito francês e no direito brasileiro, procurando identificar em quais fundamentos deve estar amparada a autonomia contratual da Administração Pública. Explica-se que a Administração Pública, no Brasil e na França, dispunha de poderes derogatórios do direito civil antes de passar a ser vista como titular de poderes exorbitantes, e identifica-se o conjunto de fatores que levou a doutrina francesa a desenvolver o conceito de contrato administrativo. Destacando as diferenças entre os fundamentos do Direito Administrativo francês e do Direito Administrativo brasileiro, a dissertação propõe o abandono do binômio "contratos administrativos" e "contratos de direito privado da Administração". Não sendo hoje admissível, à luz da Constituição, que a Administração possa contratar como se um particular fosse, propõe-se a unificação das duas partes desse binômio dentro de uma categoria mais ampla chamada "contratos públicos".

Palavras-chave: Contrato Administrativo. Teoria do Fisco. Alteração Unilateral do Contrato. Poderes Exorbitantes. Michel Foucault.

ABSTRACT

The dissertation examines the history of administrative contracts in French Law and in Brazilian Law and searches for the adequate bases upon which the Public Administration's contractual autonomy must be grounded. It is explained that, before it was seen as being entitled to "exorbitant powers", the Administration was able to access special legal regimes allowing it to derogate private law in its contracts. Afterwards, the dissertation identifies the peculiar set of reasons that led to the creation of administrative contracts in French Law. Highlighting the differences between the foundations of Brazilian Public Law and of French Public Law, it concludes that the conceptual pair "administrative contracts" and "private law contracts of the Administration" should be abandoned. Since it is no longer admissible, under the Constitution, for the Administration to be conceived of as a private agent whenever it executes contracts, it is proposed that "administrative contracts" and "private law contracts of the Administration" be unified under the broader category of "public contracts".

Keywords: Administrative Contract. *Fiscus Caesaris*. Unilateral Modification of Contract. Exorbitant Powers. Michel Foucault.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| Capítulo 1 — Apresentação do problema..... | 9 |
| §1º A Administração que regulamenta é a mesma Administração que contrata?..... | 9 |
| §2º Implicações práticas..... | 15 |
| Capítulo 2 — Resumo do argumento | 41 |
| Capítulo 3 — Referencial teórico | 44 |
| §1º Introdução: o estruturalismo e a arqueologia..... | 44 |
| §2º Segunda fase: o poder e a genealogia | 53 |
| §3º Diretrizes metodológicas..... | 63 |
| Capítulo 4 - Roteiro de exposição..... | 71 |
| TÍTULO I — HISTÓRIA DO CONCEITO NO DIREITO FRANCÊS | 76 |
| Capítulo 1 — Da Revolução ao final do Segundo Império..... | 76 |
| §1º Fatores políticos, sociais e econômicos | 76 |
| §2º Conceitos jurídicos fundamentais | 79 |
| A. A separação de poderes..... | 79 |
| 1. A versão revolucionária da separação de poderes..... | 79 |
| a) O receio da interferência do Poder Judiciário..... | 79 |
| b) A fuga da maneira de pensar típica do Direito Civil..... | 85 |
| 2. A busca de um conceito-chave: atos de império <i>versus</i> atos de gestão..... | 91 |
| B. O État legal | 100 |
| 1. A primeira versão do modelo: direitos naturais e as funções da lei | 100 |
| 2. Da administração pura ao poder discricionário | 105 |
| a) O par "administração pura" e "administração contenciosa" | 105 |
| b) O par "poder discricionário" e "poder vinculado"..... | 110 |
| §3º O enquadramento jurídico dos contratos da Administração..... | 114 |
| A. A natureza privada dos contratos da Administração | 114 |
| B. Os poderes "exorbitantes" da Administração | 122 |
| 1. O caderno de encargos do Departamento de Pontes e Caminhos de 1833..... | 123 |
| 2. O caderno de encargos do Departamento de Pontes e Caminhos de 1892..... | 133 |
| C. O caráter especial das concessões..... | 140 |
| Capítulo 2 — A Terceira República e suas conseqüências | 153 |
| § 1º Fatores políticos, sociais e econômicos..... | 153 |
| § 2º Conceitos jurídicos fundamentais..... | 156 |
| A. Do État légal para o État de droit..... | 156 |
| B. A disputa entre <i>puissance publique</i> e <i>service public</i> | 163 |
| § 3º O enquadramento jurídico dos contratos da Administração..... | 179 |
| A. Introdução: entre o serviço público e a teoria da instituição | 179 |
| B. O surgimento das concessões de serviço público..... | 187 |
| 1. A primeira onda jurisprudencial: a cláusula tácita de progresso técnico..... | 188 |
| 2. A segunda onda jurisprudencial: o direito de alteração unilateral..... | 198 |
| C. O desenvolvimento da teoria do contrato administrativo | 213 |
| TÍTULO II — HISTÓRIA DO CONCEITO NO DIREITO BRASILEIRO | 229 |
| Capítulo 1 — O Império | 229 |
| § 1º Fatores políticos, sociais e econômicos..... | 229 |
| § 2º Conceitos jurídicos fundamentais..... | 231 |
| A. O modelo do État legal | 231 |

| | |
|---|----------------|
| B. A primeira versão do princípio da legalidade..... | 236 |
| § 3º O enquadramento jurídico dos contratos da Administração..... | 244 |
| A. O caráter privado dos contratos da Administração..... | 244 |
| B. O regime dos contratos da Administração | 247 |
| C. A jurisprudência do Conselho de Estado..... | 254 |
| Capítulo 2 — A República Velha..... | 264 |
| §1º Fatores políticos, sociais e econômicos | 264 |
| §2º Conceitos jurídicos fundamentais | 266 |
| A. A mudança das bases constitucionais | 266 |
| B. A permanência do Direito Administrativo imperial | 271 |
| §3º O enquadramento jurídico dos contratos da Administração | 283 |
| A. As concessões e os contratos da Administração | 283 |
| B. O posicionamento da doutrina e da jurisprudência | 293 |
| 1. <u>A decisão do Supremo Tribunal Federal de 26 de agosto de 1908</u> | 294 |
| 2. <u>O panorama doutrinário e jurisprudencial</u> | 305 |
| C. O regime geral dos contratos da Administração..... | 317 |
| CAPÍTULO 3 — A REVOLUÇÃO DE 30 E SUAS CONSEQÜÊNCIAS..... | 324 |
| §1º Fatores políticos, sociais e econômicos | 324 |
| §2º A formação da teoria dos contratos administrativos | 326 |
| 1. <u>Afirmção: 1930-1964</u> | 327 |
| 2. <u>Consolidação: 1964-1993</u> | 342 |
| CONCLUSÕES | 354 |
| REFERÊNCIAS | 371 |

INTRODUÇÃO

Capítulo 1 — Apresentação do problema

§1º A Administração que regulamenta é a mesma Administração que contrata?

Existe uma aparente contradição no centro de nosso sistema de Direito Administrativo. Essa contradição opõe, de um lado, a maneira como concebemos a relação de subordinação existente entre a lei e o Poder Executivo quando ele edita regulamentos e atos unilaterais; e, de outro, o espaço de autonomia que é concedido ao mesmo Poder Executivo quando ele estabelece relações contratuais.

Desde há muito, os nossos manuais de Direito Constitucional e Administrativo enfatizam que a Administração só pode agir quando uma lei lhe autorize a tanto. É lugar comum dizer, entre nós, que os particulares e a Administração possuem relações inversas com a lei: enquanto os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não lhes proíbe, a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe autoriza:

De modo que, ao individuo é reconhecido o direito de fazer tudo quanto a lei não tem prohibido, e não póde ser elle obrigado sinão ao que elle lhe impõe. **Com a autoridade, porém, com os funcionarios publicos, dá-se justamente o contrario, - só podem fazer, nessa qualidade, o que a lei autorisa, como n'outra parte já expozemos.** Suas attribuições são sómente as que se acham definidas nas leis e nos regulamentos que com ellas se conformam. E é assim 1º a bem a liberdade individual e 2º da propria regularidade dos diversos serviços administrativos, que hão de ser geridos, não a arbitrio dos que os têm a seo cargo, mas observados os preceitos legaes e regulamentares que os regem¹.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do Direito [...] Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. **Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza**².

Daí o especial significado que assume, entre nós, o princípio da legalidade, como expressão primeira da representatividade. **Na sua conformidade, toda ação estatal subordina-se à lei e desta depende. Toda ação pública tem por base e limite a lei.** Esta

¹ BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira: comentários.** Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992. p. 302. Grifei.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 89. Grifei.

contém as decisões inaugurais, inovadoras e básicas do Estado. As demais ações do Estado são pela lei balizadas, demarcadas, contidas, pautadas e limitadas³.

Essa doutrina possui um complemento: uma demanda de *densidade mínima* dessa lei que autoriza a ação do Executivo — e uma vedação à edição de leis excessivamente abertas, sem essa densidade mínima, que impliquem uma delegação disfarçada de poder legislativo ao Poder Executivo. É dizer: não basta que o Poder Legislativo autorize o Executivo a agir em relação à matéria "X": é preciso que ele estabeleça minimamente, nessa lei que institui uma competência em benefício do Poder Executivo, os *standards* que deverão guiar a sua ação. O objetivo desses argumentos é evidente: forçar o Poder Legislativo a efetivamente exercer a sua função constitucional, fazendo escolhas políticas que depois devem vincular a conduta do Poder Executivo. Se o Poder Legislativo, por conveniência ou como resultado de uma barganha política, *demitir-se* da sua atribuição e, por meio de uma lei vazia de conteúdo, transferir uma parcela de poder normativo originário ao Poder Executivo, essa lei será inconstitucional; se o Poder Executivo editar regulamentos que criem obrigações não previstas em lei ou ultrapassem as suas diretrizes, esses regulamentos serão nulos.

O Congresso Nacional não pode delegar poderes, mas pode legislar, deixando ao Poder Executivo certa apreciação das circunstâncias, desde que a resolução obedeça a critério que a lei fixa. Isso de modo nenhum torna invocáveis, hoje, opiniões que se expenderam sob a Constituição de 1891 e sob a de 1937, porque aquela não as proibia, explicitamente, e essa as permitia. (...) É dado ao Poder Legislativo deixar ao Poder Executivo a fixação de quota mínima ou máxima de plantio, industrialização ou consumo de determinada produção nacional? [Não haveria delegação de poderes] naqueles casos em que a fixação da percentagem ou quota constitui ato de execução, isto é, em que ao Poder Executivo se concedeu apreciar elementos de fato, dentro de certos critérios estabelecidos, explícita ou implicitamente, pela lei. **Ainda quando haja liberdade, não-absoluta, de determinação de quota, o Poder Executivo não recebe delegação, apenas exerce a sua função específica, que é executar a lei. Não assim se, para a fixação de percentagem ou quota, não há critério nos textos legais e se deixou ao arbítrio do Poder Executivo⁴.**

³ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 178. Grifei.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. 2, p. 357, 360-1. Grifei.

[...] ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação *novos*. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento. Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que *aquele específico* direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que *aquele específico* direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e *identificados* na lei regulamentada. **A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege. É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições estabelecidas, a especificação delas**⁵.

Existem, em nossa história, períodos de concentração de poder em que a relação entre o Legislativo e o Executivo foi concebida de outra maneira, conferindo mais espaços de atuação originária ao Presidente da República. Mesmo nossa atual Constituição demarca espaços e institui procedimentos específicos para que o Poder Executivo possa exercer parcelas do poder normativo originário que ela atribui preponderantemente ao Congresso Nacional. A existência desses espaços não modifica o que se quer ressaltar aqui: uma visão do sistema político que tem raízes profundas na história da nossa República e segundo a qual, via de regra, é *do Legislativo* que deverão vir as escolhas que conformam o nosso sistema normativo⁶. Ao Executivo, que só pode agir quando autorizado por lei, caberá implementar as escolhas feitas no seio do Poder Legislativo. Essa intenção de deslocar o centro de gravidade de nosso sistema político para o Poder Legislativo é evidente na nossa atual Constituição, que fez, no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *tabula rasa* de todos os dispositivos anteriores a ela que atribuíam competência normativa originária ao Poder Executivo.

Essa visão se reflete em uma série de pontos do nosso sistema de direito público: na instituição de uma reserva de lei total; em um poder regulamentar criado

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. Grifei. O itálico é do original.

⁶ Sobre as diferentes conformações de nossos regimes republicanos, seus graus de fidelidade a um modelo de República inspirado na experiência norte-americana e a restauração de um modelo de submissão plena do Executivo ao Legislativo pelas constituintes democráticas, conferir ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011, especialmente p. 132-5, 169-83.

para a "*fidel execução da lei*" e na vedação à possibilidade de edição de decretos autônomos (fora dos estritos limites instituídos pela Emenda Constitucional nº 32); na declaração de inconstitucionalidade de leis vazias de conteúdo que promovam "deslegalizações" amplas; e na anulação de decretos e atos administrativos que usurpem a função da lei. O que se retira daqui é uma espécie de cercamento do Executivo pela lei: como é dito por nossos manuais, o Poder Executivo só pode agir quando lei autorizar-lhe a tanto. Essa lei precisa, ademais, possuir uma densidade mínima. O Executivo, agente do Legislativo, precisa encontrar na autorização de agir que recebe os parâmetros que irão conformar a sua conduta.

Mas, mesmo assim, quando nós analisamos as leis que regulam a atuação do Poder Executivo na elaboração de contratos administrativos, nós encontramos leis que estipulam conjuntos de cláusulas essenciais que esses contratos devem ter e, quando indicam quais cláusulas são essas, limitam-se a enumerar os assuntos que elas devem abordar⁷. Isso é duplamente problemático: primeiro, porque falar em um conjunto de "*cláusulas essenciais*" sugere que o Poder Executivo permanece livre para *adicionar* a elas outras cláusulas que possa entender convenientes. Segundo, porque simplesmente mencionar o assunto que deve ser abordado por uma cláusula contratual é tão inadmissível quanto elaborar uma lei que simplesmente atribua ao Poder Executivo uma competência para "*fixar uma quota máxima de produção nacional*", como no exemplo dado por Pontes de Miranda que transcrevi acima. Essa lei atributiva de competência seria inconstitucional por ser despida de *standards*; os artigos de lei que tão-somente instituem listas de cláusulas necessárias são igualmente vazios de *standards*. A menos que o conteúdo dessas cláusulas necessárias pudesse ser controlado por critérios localizados em outros artigos dessas leis, elas seriam igualmente inconstitucionais. No entanto, nós convivemos com eles há muitos anos sem que essa possível causa de inconstitucionalidade seja discutida pela nossa doutrina.

⁷ Por exemplo: Lei nº 8.630/1993 (Lei dos Portos), art. 4º, §4º; Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), art. 55; Lei nº 8.987/1995 (Concessões de Serviços Públicos), art. 23; Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), art. 43; Lei nº 10.233/2001 (Lei dos Transportes Aquaviário e Terrestre), arts. 35 e 39; Lei nº 11.079 (Lei das Parcerias Público-Privadas), art. 5º; Lei nº 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos), art. 4º; Lei nº 11.668/2008 (Lei da Franquia Postal), art. 4º; Lei nº 11.909/2009 (Lei do Gás), art. 21; Lei nº 12.351/2010 (Lei do Pré-Sal), art. 29. A Lei nº 9.472/1997 (Lei de Telecomunicações), de maneira elogiável, distancia-se dessa fórmula: seu artigo 29, ao dizer que "*o contrato de concessão indicará*", e depois apresentar um rol de matérias que devem estar contidas nele, não dá margem ao argumento de que "outras cláusulas" além das essenciais poderiam nele ser incluídas.

Há mais: o artigo 62, §3º da Lei nº 8.666/1993, recepcionando uma tradição que possui uma longa história em nosso Direito Administrativo, afirma que a Administração Pública pode firmar tanto "*contratos administrativos*" quanto "*contratos regidos preponderantemente pelo direito privado*"⁸. Há aqui dois problemas. O primeiro está em que, ao afirmar que aos contratos regidos "*preponderantemente*" pelo direito privado aplica-se o disposto no artigo 58 da Lei nº 8.666/1993⁹, onde estão reunidos os poderes exorbitantes que são considerados como marca distintiva dos contratos administrativos, o artigo parece automaticamente *destruir* a categoria que pretende regular: se os contratos regidos preponderantemente pelo direito privado possuem os elementos que diferenciam os contratos administrativos do restante dos contratos, então parece necessário concluir que estes contratos regulados pelo artigo 62, §3º, também são administrativos. O segundo, mais sério e talvez menos evidente, decorre do fato de que, ao falar em "*contratos regidos preponderantemente pelo direito privado*", o artigo parece pressupor "*contratos firmados com base em um espaço de autonomia privada*" — i.e., contratos que a Administração pode firmar independentemente de autorização legislativa prévia, quanto mais uma autorização legislativa contendo *standards* que devam guiar a sua atuação.

Esse espaço de autonomia privada também parece estar embutido no artigo 54 da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual "*os contratos administrativos [...] regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de*

⁸ Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. [...]. § 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, **e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado.**

⁹ Art. 58. **O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:** I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

direito privado"¹⁰. Aqui nós temos duas alternativas: ou entendemos que a aplicação supletiva do Direito Civil deve ser feita apenas para permitir a *interpretação* das cláusulas contratuais elaboradas pelo Poder Público, ou podemos pretender que essa aplicação supletiva abra ao Estado um campo de *autonomia contratual* semelhante à dos agentes privados — e que ele poderá usar para estabelecer, nos contratos que firmar, cláusulas *complementares* àquelas que são requeridas pela lei.

Nenhuma dessas duas possibilidades — seja a autonomia dos "contratos de direito privado" do artigo 62, §3º, seja a autonomia "privada" complementar do artigo 54 — é aceitável diante do modelo de ampla reserva legal e submissão do Executivo ao Legislativo que mencionei mais acima. Como nós podemos conceber a existência de um espaço de "*autonomia privada*" dentro de um arcabouço constitucional que exige prévia autorização legal, acompanhada de *standards* com certa densidade, para permitir a ação pública? Nós temos, de um lado, uma base constitucional que submete o Executivo ao Legislativo em termos bastante severos, determinando que o Executivo só possa agir quando houver uma lei com uma densidade mínima que o autorize. De outro, nós temos (a.) regimes contratuais instituídos por leis que não possuem densidade alguma e/ou instituem conjuntos de cláusulas contratuais "mínimas", deixando espaço aberto para a inclusão de cláusulas adicionais por parte da Administração, (b.) o conceito de "contratos de direito privado da Administração Pública", que parece assumir que a Administração pode, em algumas oportunidades, agir como se um particular fosse, e ainda (c.) a possibilidade de extrair uma "autonomia privada complementar" do artigo 54 da Lei nº 8.666/1993. É possível que a mesma Administração que é amplamente subordinada ao Legislativo quando edita regulamentos e atos unilaterais possa estabelecer o conteúdo dos contratos que firma independentemente de *standards* prévios e adicionar as cláusulas que reputar convenientes a esses contratos ainda que não haja autorização legal para tanto? Se a resposta a essas duas perguntas for afirmativa: estamos tratando, na prática, da *mesma* Administração?

¹⁰ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, **aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.**

§2º Implicações práticas

Essa dificuldade de organização da relação entre a autonomia contratual da Administração e a lei está envolvida em uma série de problemas. Alguns conjuntos de exemplos, organizados e apresentados a seguir, ajudarão a tornar esses problemas mais palpáveis.

Primeiro exemplo: a despeito da ausência de previsão legal neste sentido, o Poder Público tem inserido, nos contratos que firma, cláusulas exigindo a manutenção da regularidade fiscal de um particular, com quem ele faça um contrato, durante a fase de execução desse mesmo contrato. Essa exigência não é efetuada para fins de determinar a rescisão do contrato caso tal condição seja perdida, mas para permitir à Administração, nessa eventualidade, proceder à retenção dos pagamentos por ela devidos. Assim, mesmo depois de concluída uma licitação, firmado um contrato e executado o seu objeto, o Poder Público utiliza tal cláusula para deixar de efetuar os pagamentos que eram contratualmente previstos caso o seu contratado passar a ter alguma obrigação tributária em aberto. Como tal hipótese de retenção de pagamentos não está prevista na Lei nº 8.666/1993, a única maneira de legitimar essa prática à luz do princípio da legalidade¹¹ seria entender que, em matéria contratual, a vinculação do Estado à lei ocorre por meio da técnica da *supremacia* e não apenas da *reserva* de lei. A leitura do artigo 54 da Lei nº 8.666/1993 que dele extrai uma "autonomia complementar" em prol do Poder Público poderia justificar esse resultado.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, já examinou essa situação e proferiu decisão afirmando que, em razão do princípio da legalidade, o Estado não pode inserir em seus contratos uma causa de retenção de pagamento que não esteja prevista em lei¹². Essa decisão está ancorada no entendimento de que o

¹¹ Não estou considerando os problemas de legalidade que essa cláusula poderia possuir por proporcionar um eventual enriquecimento ilícito em benefício do Estado. A análise, no corpo do texto, foi feita unicamente em relação à questão "possibilidade de instituição de obrigação contratual" vs. "ausência de autorização legal".

¹² "ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que 'a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios', e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93. 2. **O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado**

princípio da legalidade aplica-se, de maneira estrita, também à atividade contratual da Administração Pública: ela conclui, assim, que também na seara contratual "a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina". Não havendo autorização na Lei nº 8.666/1993 para que a Administração proceda à retenção de pagamento de um contratado seu que eventualmente deixar de pagar algum tributo, seria vedado a ela inserir tal cláusula em um de seus contratos.

Outra decisão, em direção convergente, afirma que a Administração não pode estipular cláusula contratual prevendo que, em caso de rescisão por culpa da própria Administração, seu contratado terá direito ao recebimento de uma multa. Nos termos desse acórdão, "*não pode existir cláusula contratual que afaste a lei, até porque a Administração está premida pelo princípio da legalidade*". Por isso, apenas as rubricas expressamente previstas no parágrafo segundo do artigo 79 da Lei nº 8.666/1993 (devolução de garantia, pagamentos até a data de rescisão, custo da desmobilização e prejuízos regularmente comprovados que o particular houver sofrido) poderiam ser pagas na hipótese de rescisão por falta imputável ao Poder Público¹³.

ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina. 3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços. 4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional 'não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.' (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549). 5. Recurso especial a que se nega provimento." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 633.432/MG**. Rel. Ministro Luiz Fux, Julgado em 22/02/2005, DJ 20/06/2005, p. 141. Grifei. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgRg no Ag 1.030.498/RO**. Rel. Ministro Castro Meira. Julgado em 09/09/2008. DJ em 10/10/2008).

¹³ Ver a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.112.895/SP — de cuja ementa extraio o seguinte trecho: "19. **Em contratos administrativos, embora deva ganhar relevância a vontade das partes, não se pode esquecer da existência da Lei n. 8.666/93. Não pode existir cláusula contratual que afaste a lei, até porque a Administração está premida pelo princípio da legalidade (CR/88, art. 37, caput)** - longe de lícita, este tipo de conduta, a que coloca a vontade contratual do particular no âmbito do Poder Público acima e/ou contra a lei, poderia inclusive configurar crime. Daí porque impossível condenar a Administração com fundamento na cláusula contratual pura e simples, sem levar em conta o art. 79, § 2º, da Lei n. 8.666/93." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 1.112.895/SP**. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 17/11/2009. DJ em 02/12/2009. Grifei).
Discutia-se, no caso, a possibilidade de rescisão de contrato administrativo, por iniciativa do

particular, em cenário onde a Administração dava causa a reiteradas interrupções da execução do contrato — nos termos da ementa, "*a Administração Pública entendeu pela inconveniência da manutenção do contrato administrativo, sem, no entretanto, rescindi-lo unilateral ou amigavelmente*". O contrato tinha por objeto a construção da nova Casa de Detenção do Carandiru; depois dos eventos de 1992, a Administração decidiu proceder à desativação do presídio — sem, contudo, rescindir o contrato para sua reforma que havia sido anteriormente firmado. Com base em cláusula contratual que permitia a rescisão do contrato por iniciativa das partes em caso de descumprimento, a contratada notificou a Administração sobre sua intenção de fazê-lo por ato próprio seu (i.e., sem ação judicial) e cobrar a multa contratualmente prevista. Posteriormente, ajuizou ação de cobrança que tinha por objeto tal multa. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que essa rescisão era possível e determinou o pagamento da multa, cujo valor seria determinado em liquidação de sentença. Em seu recurso especial, a Administração alegou que (a.) diante do conteúdo do artigo 79 da Lei nº 8.666/1993, que só permite a rescisão de contratos administrativos (i.) por ato unilateral da Administração, (ii.) por acordo entre as partes, ou (iii.) judicialmente, a cláusula contratual que permitia à contratada rescindir o contrato por ato próprio era *ilegal*, e que (b.) a previsão de *multa* em benefício da contratada na hipótese de rescisão por culpa da Administração também era nula: diante do parágrafo 2º do artigo 79 da Lei nº 8.666/1993, apenas os *prejuízos regularmente comprovados nos autos* poderiam ser indenizados. O Superior Tribunal de Justiça acolheu o *segundo* desses argumentos e reformou parcialmente a decisão recorrida, excluindo dela a multa — que era de 10% sobre o valor restante do contrato. O Tribunal deixou de examinar o *primeiro* argumento, afirmando que examinar a aplicabilidade da cláusula contratual sobre a qual discutiam as partes envolveria o reexame de provas e a interpretação de cláusula contratual — o que seria vedado pelas Súmulas 5 e 7 do Tribunal.

No REsp nº 710.078/SP, que envolve uma outra parte do mesmo problema, a Segunda Turma configurou a situação como sendo de *força maior* ou de *rescisão do contrato por iniciativa da Administração* por razões de *forte interesse público*. Nos termos da ementa: "6. A verdade é que, como sustentado pelo recorrente, embora as rebeliões sejam uma constante no sistema carcerário brasileiro, a extensão e os impactos daquelas ocorridas no complexo prisional Carandiru extrapolaram qualquer perspectiva de previsão governamental, o que acarreta, sem dúvida, a caracterização da força maior/caso fortuito. 7. A imprevisibilidade importante aos contratos administrativos diz não apenas com a ocorrência de certo fato, mas também com os efeitos de certo fato (casos em que a ocorrência era previsível, mas a amplitude das consequências não). 8. **Incide, na espécie, portanto, o art. 78, inc. XVII, da Lei nº. 8.666/93**". Acessoriamente, diz-se que: "16. Como dito anteriormente, e considerando os fatos que subjazem à presente demanda, **creio ser possível entender que a não-construção de uma nova casa de detenção, com rescisão do contrato por parte da Administração, deveu-se exclusivamente a fortes razões de interesse público, o que enseja a incidência do art. 69, § 2º, do Decreto-lei n. 2.300/86**". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 710.078/SP. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 23/03/2010. DJ em 12/04/2010. Grifei). Esse recurso decorre de uma ação ajuizada pela própria Administração para "declarar extinto, por força maior, o contrato firmado entre as partes" — pretensão que foi rejeitada nas instâncias ordinárias. Perante o STJ, discutia-se se eventual culpa do Estado de São Paulo em sua reação às rebeliões ocorridas no Carandiru poderia impedir a utilização da alegação de força maior em decorrência do fato da rebelião ocorrida no Carandiru. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia entendido que, aqui, não se poderia falar em "rescisão por força maior" — seja porque a rebelião era um fato *previsível*, seja porque a reação do Estado a ela havia sido excessiva e ilícita. O Superior Tribunal de Justiça *rejeitou* esse posicionamento pelos fundamentos acima indicados, e esclareceu que "*avaliar se, no caso, ficou ou não caracterizada a força maior não esbarra nas Súmulas n. 5 e 7 [...] na medida em que não há controvérsia acerca dos fatos, mas sim acerca de sua qualificação jurídica*".

Na *combinação* dos dois acórdãos, temos um resultado que é sustentável à luz do nosso ordenamento (rescisão do contrato por força maior e/ou interesse público superveniente combinado com o pagamento de indenização, ficando excluído o pagamento de uma multa predeterminada e que poderia superar os prejuízos efetivos do particular). Tecnicamente, contudo, as decisões (a.) não encaixam com os fatos (conforme as informações que estão contidas nas decisões proferidas pelo STJ e pelo TJSP, quem promoveu a rescisão contratual foi o consórcio contratado pela Administração. Ele moveu, depois, uma ação judicial para cobrar a *multa*

Na prática, contudo, essa equação não é tão simples assim, e não é possível extrapolar dessas decisões uma regra que sirva como indicativo daquilo que nossos

pactuada, não para obter um provimento que rescindisse o contrato.); (b.) são contraditórias entre si quanto às suas conclusões (o TJSP *primeiro* declarou que não era caso de força maior; *depois*, entendeu que a rescisão do contrato poderia ter sido promovida pelo contratado, e que a multa era devida. O STJ *primeiro* entendeu que a multa não era devida e disse que examinar a causa efetiva da rescisão importava em "reexame de fatos"; *depois*, disse que a situação poderia ter sido explicada como uma hipótese de "rescisão contratual por interesse público superveniente" ou como hipótese de força maior impeditiva da regular execução do contrato. A rigor, há *prejudicialidade* entre os dois casos: o STJ não deveria ter decidido o REsp nº 1.112.895/SP antes de julgar o REsp nº 710.078/SP. Reconhecer essa prejudicialidade é particularmente importante porque diferentes causas de rescisão do contrato levam a consequências diferentes: pense-se, por exemplo, no regime aplicável aos *lucros cessantes* do contratado nos casos de rescisão por força maior ou por interesse público superveniente. Embora a Lei nº 8.666/1993 não reconheça direito a indenização por lucros cessantes nos casos de rescisão por ato unilateral da Administração, a jurisprudência recente do STJ entende que, nessa última hipótese, os lucros cessantes *são devidos* — v., por todos: EREsp nº 737.741/RJ, Primeira Seção. Rel. Ministro Teori Zavascki. Julgado em 12/11/2008. DJ em 21/08/2009; e REsp nº 1.232.571/MA. Segunda Turma. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 22/03/2011. DJ em 31/03/2011. Dizer-se, então, que a Lei nº 8.666/1993 não autoriza a pré-fixação de uma multa pode não resolver satisfatoriamente a questão: de acordo com as características do caso, poderia ser preciso, para manter a coerência entre as diferentes decisões do Tribunal, incluir os lucros cessantes do contratado na determinação dos "prejuízos efetivamente sofridos". O problema é que, *sem uma definição prévia sobre a causa da rescisão* — força maior, interesse público superveniente ou culpa da Administração —, não é possível saber se essa inclusão precisaria ser feita ou não. Com o reconhecimento da prejudicialidade, esse problema seria evitado.); e (c.) são contraditórias entre si quanto aos seus fundamentos (o fundamento adotado pelo REsp nº 1.112.895/SP para acolher o segundo argumento da recorrente poderia ter sido empregado também para acolher o primeiro argumento: violação direta do princípio da legalidade pela instituição, via contrato, de modalidade de rescisão contratual não prevista em lei. O Tribunal parece ter sido movido por um sentimento geral de equidade e entendido que, embora a rescisão do contrato fosse *justa*, a imposição de multas pré-fixadas contratualmente ao Poder Público era inaceitável. Usou, daí, o argumento da "submissão à legalidade" para excluir a multa, embora pudesse — e, por coerência, devesse — ter também usado o mesmo fundamento para analisar a possibilidade de rescisão unilateral promovida por ato do administrado. O Tribunal poderia eventualmente dizer que, como a legitimidade da rescisão estava sendo em última análise pronunciada *por decisão judicial*, a relevância de tal discussão ficava esvaziada naquele caso; mas ele não poderia ter se desviado do problema alegando que ele demandaria o "reexame de fatos". Além disso, se "os fatos ocorridos eram incontroversos", inclusive porque notórios, para o REsp nº 710.078/SP, *também deveriam ter sido considerados* incontroversos no REsp nº 1.112.895/SP — e não como "de impossível exame" à luz das súmulas do Tribunal.). Essas decisões poderiam, portanto, ter sido melhor fundamentadas. Para o que aqui importa, ficou sem clara resposta a seguinte questão: é **possível** a estipulação de cláusula contratual permitindo ao contratado a rescisão unilateral do contrato nas hipóteses de culpa da Administração? A questão é de estrita legalidade: problemas de "reexame de fatos" ou de "interpretação de cláusula" não deveriam ter impedido o Tribunal de dizer que tal cláusula **não** poderia ter sido pactuada, e que a rescisão só poderia ter sido promovida judicialmente. Corretos, nesse sentido, (a.) o posicionamento dos Ministros Peçanha Martins, João Otávio de Noronha e Denise Arruda no REsp nº 737.741/RJ (Segunda Turma, Julgado em 03/10/2006), concluindo que a ilegalidade de cláusula de não indenizar inserida em contrato administrativo pode ser examinada em sede de recurso especial; e (b.) o Ministro Teori Zavascki no REsp nº 1.155.771/DF (Primeira Turma, Julgado em 02/09/2010), explicando que "o *juízo sobre a validade jurídica da cláusula de não indenizar* [inserida em contrato administrativo] é *passível de exame no âmbito do recurso especial*." No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a controvérsia foi apreciada nas seguintes decisões: (a.) TJSP, 12ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 194.371-5/2-00. Rel. Des. Eduardo Braga. Julgado em 21/12/2005; (b.) TJSP, 2ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 142.621-5/9-00. Rel. Des. Lineu Peinado. Julgado em 17/02/2004.

Tribunais têm feito quando analisam outros litígios envolvendo contratos feitos pela Administração.

Um segundo exemplo deixará essa dificuldade bastante clara. O artigo 41 da Lei nº 8.666/1993 impõe à Administração um dever de "*estrita vinculação ao edital de licitação*"¹⁴ — e o artigo 54, § 1º, da mesma lei, afirma que os contratos administrativos devem estar "*em conformidade com os termos da licitação e da proposta*". O Superior Tribunal de Justiça, muito apropriadamente, já proferiu uma decisão confirmando que "*o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se 'estritamente' a ele*"¹⁵, e outra esclarecendo que "*uma vez constatada a nulidade [de] contrato, em face da sua aparente desconformidade com as disposições editalícias que lhe antecederam, em relação às quais deveria guardar conformidade, não só pode o Tribunal como deve declará-la de ofício, ainda que as partes tenham pedido apenas a rescisão do contrato, em decorrência do alegado inadimplemento da outra, sem que com isso incorra em julgamento ultra petita*"¹⁶. Esse entendimento está alinhado com a

¹⁴ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

¹⁵ "ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE REGRA PREVISTA NO EDITAL LICITATÓRIO. ART. 41, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.666/93. VIOLAÇÃO. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO EDITAL. I - Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por SOL COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA, contra ato do Senhor Presidente da Comissão Especial de Licitação da Secretaria de Serviços de Radiodifusão do Ministério das Comunicações, que a excluiu da fase de habilitação por ter entregue a documentação exigida para essa finalidade com 10 (dez) minutos de atraso. II - O art. 41 da Lei nº 8.666/93 determina que: "*Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*" III - **Supondo que na Lei não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do Administrador Público, posto que este atua como gestor da *res publica*. Outra não seria a necessidade do vocábulo "*estritamente*" no aludido preceito infraconstitucional.** IV - "*Ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei nº 8.666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresso e exaustivo, no corpo do edital.*" (*in*: **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, p. 385) V - **Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se '*estritamente*' a ele.** VI - Recurso Especial provido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 421.946/DF**. Rel. Ministro Francisco Falcão. Julgado em 07/02/2006. DJ em 06/03/2006. Grifei).

¹⁶ "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESILIÇÃO CONTRATO DE COMPRA E VENDA, CONFISSÃO DE DÍVIDA E HIPOTECA, CELEBRADO ENTRE O INCRA E A CONAN. PROJETO PACAL. DISSONÂNCIA ENTRE OS TERMOS DO

vinculação estrita da Administração à legalidade que dá suporte às decisões compreendidas no grupo de casos que, mais acima, chamei como "primeiro exemplo".

O mesmo Tribunal, todavia, também proferiu decisões entendendo que é permitido à Administração pactuar, com o vencedor de uma licitação, **cláusulas contratuais que não houvessem sido mencionadas no edital**. Usando esse raciocínio, o STJ legitimou pactos feitos entre a Administração e particulares por meio dos quais foram incluídas em contrato *cláusulas penais*¹⁷ e *cláusulas*

EDITAL DE LICITAÇÃO E AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS, EM PREJUÍZO DA ADMINISTRAÇÃO. NULIDADE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, PELO JUIZ. INOCORRÊNCIA DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. ARTIGOS 2º E 3º DA LICC NÃO VIOLADOS. ARTIGOS 133, 134 E 139 do DL 200/67, 187 E 422 do CC E 1.056, 1.059, 1.092 e 1.518 do CC/16. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 05 E 07 DO STJ. 1. Recurso especial contra acórdão que, em demanda na qual se discute a rescisão de contrato administrativo, declarou, de ofício, a sua nulidade, por estar em desconformidade com o edital. 2. Em sede de remessa oficial, atua o Tribunal como guardião do interesse público, de modo que deve examinar toda a matéria objeto de discussão, ainda que o juízo monocrático sobre elas não tenha se pronunciado, tendo como único limite o de não poder agravar a responsabilidade da Fazenda Pública. 3. Em sendo assim, **uma vez constatada a nulidade do referido contrato, em face da sua aparente desconformidade com as disposições editalícias que lhe antecederam, em relação às quais deveria guardar conformidade, não só pode o Tribunal como deve declará-la de ofício, ainda que as partes tenham pedido apenas a rescisão do contrato, em decorrência do alegado inadimplemento da outra, sem que com isso incorra em julgamento *ultra petita***. 4. Não há violação aos artigos 2º e 3º da LICC, especialmente porque, da análise dos acórdãos proferidos pela instância inferior, verifica-se que a questão dos autos foi dirimida à luz do Decreto-lei 200/67, vigente à época dos fatos, sendo certo que em nenhum momento se afirmou que a licitação foi regida pela Lei 8.666/93, editada posteriormente. 5. As argumentações atinentes ao reconhecimento de que o contrato administrativo reveste-se das formalidades legais e editalícias vigentes à época de sua celebração, bem como que o Incra, além de descumprir com os contratos firmados, agiu com má-fé e beneficiou-se de um enriquecimento ilícito, esbarram nos óbices das súmula 05 e 07/STJ, porquanto demandaria a análise das cláusulas do contrato questionado, bem como do conjunto probatório e da perícia realizada nos autos, o que não é admitido em sede de recurso especial. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, improvido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 1.162.732/DF**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 06/03/2012. DJ em 26/03/2012. Grifei).

¹⁷ "ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - CLÁUSULA PENAL NÃO PREVISTA NO EDITAL - LICITUDE - VALIDADE. **Cláusula penal não prevista no edital, ajustada, após adjudicação, entre a Administração Pública e o licitante vitorioso. Se não houve vício de consentimento em sua contratação, tal cláusula penal é lícita e eficaz.**" STJ, Primeira Turma. REsp nº 132.855/MG. Rel. Ministro Gomes de Barros. Julgado em 19/04/2001. DJ 01/10/2001. Grifei. O Tribunal de origem havia estabelecido que (a.) não se pode incluir em contrato uma cláusula não prevista no edital, e que (b.) prejuízos a serem indenizados devem ser previamente comprovados — não podendo ser fixados antecipadamente, de maneira genérica, em uma cláusula penal. O recorrente protestou contra esse entendimento alegando que "*não se pode dividir, realmente, qualquer ilicitude na inclusão de cláusula penal em contrato administrativo, recomendando a lei o uso das multas nos contratos da espécie, como medida salutar, não só para reforçar o princípio da autoridade da convenção, como para evitar os penosos e imprevisíveis procedimentos judiciais de apuração e definição de perdas e danos*", e que "*não há nenhuma ofensa à natureza do contrato administrativo, no fato de nele se incluir a cláusula penal, como modalidade tarifada de predeterminação das perdas e danos para a hipótese de inadimplemento ou rompimento do ajuste*" (argumentos que foram rechaçados no REsp nº 1.112.895/SP, como acima explicado). O voto elaborado pelo Min. Francisco Falcão, relator originário do acórdão, corretamente ressalta

*compromissórias*¹⁸ que não haviam sido previstas em edital. Sugere-se, nessas decisões, que a Administração gozaria de uma "*autonomia contratual*" com base na qual esses pactos complementares poderiam ser estabelecidos; ela ora decorreria do artigo 54 da Lei nº 8.666/1993¹⁹, ora decorreria naturalmente da esfera de ação que a Administração teria para solucionar controvérsias ligadas aos contratos que firma²⁰.

Além de um risco de violação ao princípio da legalidade, o risco de comprometimento aos demais princípios que devem reger a atuação da Administração Pública é enorme: do ponto de vista das garantias do administrado, porque os licitantes que acorrem a uma licitação fazem seus lances com base na minuta contratual previamente divulgada pela Administração. Permitir à Administração que use de seu poder de barganha para forçar a inclusão de cláusulas *depois* do encerramento do certame é desleal e pode afetar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (que, nos termos do artigo 37, XXI, está baseado

que, em virtude do princípio da vinculação ao edital, a Administração não poderia incluir em um contrato uma cláusula que não houvesse sido mencionada no instrumento convocatório: "*o princípio da vinculação ao instrumento convocatório deve ser obedecido pela administração. O contrato administrativo, tanto na sua fase de formalização, quanto na execução e nas eventuais alterações, deverá observar rigorosamente as disposições do edital de licitação. Assim, não havendo previsão no instrumento convocatório sobre cláusula penal, remanesce inviável a inclusão desta em contrato administrativo posteriormente celebrado*". Os votos posteriores, contudo, legitimaram a prática da Administração. O Min. Gomes de Barros entendeu que "*essa cláusula [penal] é eficaz, embora não prevista no edital, a consequência da não-previsão no edital seria lesão a quem não contratou e, nesse caso, foi uma contratação*". O Min. José Delgado entendeu que "*o Decreto-Lei nº 2.330, confirmado pela Lei nº 8.666, obriga a firmação desse pacto na celebração do contrato*". Nenhum desses votos examina o problema da possibilidade da "fixação antecipada dos danos" ou da correspondência que uma cláusula penal deveria ter com os prejuízos efetivamente sofridos pelo particular.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp nº 904.813/PR**. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 20/10/2011. DJ em 28/02/2012. Tecnicamente, o que ocorreu foi a assinatura, entre as partes, de um *compromisso arbitral* para a resolução de uma controvérsia oriunda de um contrato que *não possuía cláusula compromissória*. Indiretamente, no entanto, se nós lermos a conduta das partes à luz do princípio da vinculação ao edital, o que temos é a inclusão indireta e tardia de uma cláusula compromissória dentro do próprio contrato. O voto condutor da Min. Nancy Andrighi afirma que: (a.) "*o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes, não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente*" e que (b.) "*assim como a concessionária recorrente teria autonomia para resolver a controvérsia relativa ao equilíbrio econômico financeiro do contrato celebrado com a recorrida sem precisar de autorização legislativa ou de recorrer ao Poder Judiciário, haja vista a disponibilidade dos interesses envolvidos, ela também tem autonomia para eleger um árbitro que solucione a controvérsia*". Seu voto foi acompanhado por todos os Ministros da Terceira Turma do STJ.

¹⁹ É a fundamentação esboçada no REsp 132.855/MG. Ela reaparecerá, como será indicado a seguir, nos acórdãos que discutirem a legitimidade da inclusão de cláusulas arbitrais em contratos firmados por sociedades de economia mista.

²⁰ É a fundamentação empregada no REsp nº 904.813/PR.

na preservação das condições da *proposta* feita à Administração)²¹. Do ponto de vista da imparcialidade da ação administrativa, esse entendimento é perigoso porque essa abertura que ele reconhece à Administração pode fazer com que agentes públicos incluam cláusulas adicionais, com conteúdo mais ou menos benéfico para os particulares, de acordo com a *gris* política ou com as afiliações pessoais dos vencedores de uma licitação. Frustrar-se-ia, com isso, não só a legalidade, mas também o propósito republicano de imparcialidade que está no centro do instituto da licitação²².

²¹ Sobre a relação entre "poder de barganha" e "vinculação jurídica", Hartmut Maurer explica que um dos riscos ligados a contratos administrativos é "*o perigo que uma ou outra parte contratante jogue sua posição de poder real. A administração, em regra, é a mais forte, porque ela então, quando as negociações contratuais não conduzem ao êxito, sem dúvida, mas não sempre, mas frequentemente, pode publicar um ato administrativo e, com isso, impor unilateralmente suas ideias. Se ela depende da prestação estatal, não lhe resta, aliás, outra coisa que admitir as exigências da administração. A posição mais forte da administração, todavia, é restringida e neutralizada pela sua vinculação jurídica. As relações de força podem, além disso, também estar situadas ao contrário; quando a administração, por exemplo, está interessada nos investimentos de um empresário, na ampliação de um estabelecimento industrial para a criação de postos de trabalho, o empresário tem as melhores cartas. O contrato fortalece os fortes e enfraquece os fracos. O direito precisa, aqui, dirigir em sentido oposto.*" (MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 135-6. Grifei).

²² A Min. Nancy Andrichi responde da seguinte maneira a essas preocupações no REsp nº 904.813/PR: "*a previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. Com efeito, não se pode dizer que a licitação teria outro resultado ou dela participariam mais ou menos concorrentes unicamente pelo fato de estar ou não previsto determinado foro para solução de controvérsias*". Duas críticas podem ser feitas a esse raciocínio. A primeira diz respeito à consistência na aplicação do artigo 41 da Lei nº 8.666/1993. De fato, talvez a inclusão de uma cláusula arbitral não afete o conteúdo das propostas submetidas à Administração Pública, mas a inclusão, por exemplo, de uma cláusula de *limitação de responsabilidade*, uma cláusula de *não indenizar* ou de uma *cláusula penal* certamente o fariam — essas cláusulas, modificando o risco ao qual o licitante está exposto, podem modificar os cálculos econômico-financeiros que fundamentam o seu lance. Quando o artigo 41 fala em "vinculação estrita" ao edital, ele não traça uma distinção entre "cláusulas com impacto financeiro" e "cláusulas sem impacto financeiro": a vinculação é total. Ela deve ser aplicada *com consistência* para qualquer cláusula. O voto condutor afirma efetuar uma análise teleológica do artigo 41 da Lei nº 8.666/1993, mas essa análise teleológica parece *desviar o artigo* da sua finalidade principal, que é impor à Administração um dever republicano de respeito integral às condições que antes ofereceu. O fundamento para a segunda crítica, que está relacionada com a primeira, aparece quando nós mudamos o *momento* da análise: o voto procura analisar a relevância do artigo 41 *antes* da apresentação de lances à Administração; nós podemos descobrir nele outra relevância se pensarmos nele *depois* da identificação do vencedor. O artigo 41 *impede* que a Administração inclua no contrato cláusulas *mais favoráveis* que possam beneficiar um licitante que seja afiliado político/pessoal seu. A inclusão de cláusulas de limitação de responsabilidade certamente pode produzir esse efeito; a inclusão de cláusulas de arbitragem ou de compromissos arbitrais, também: não é difícil pensar em um cenário no qual administradores e particulares entrem em colusão para lesar a Administração. O oferecimento de uma demanda frívola a um painel arbitral composto *ad hoc*, sem o prestígio de uma instituição séria, forneceria uma cobertura sob a qual recursos públicos poderiam ser desviados da Administração para particulares. A obrigatoriedade de utilização do Poder Judiciário para solução de controvérsias fecharia essa porta.

Esses dois exemplos permitem pensar em um terceiro foco de problemas. A despeito de algumas manifestações doutrinárias em sentido contrário, a categoria dos "*contratos de direito privado da Administração*" continua sendo solidamente reconhecida e praticada em nosso ambiente jurídico²³. O reconhecimento dessa categoria, como já expliquei, permite à Administração elaborar e inserir cláusulas, nos contratos que firma, sem que seja necessária uma autorização legal prévia e específica para tanto. Nesse sentido, inclusive, o artigo 62, §3º, I, da Lei nº 8.666/1993 afirma que ao regime desses contratos aplica-se, "*no que couber*", o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 dessa lei — mas *apenas* esses artigos. Há, aqui, duas premissas ocultas: (a.) assume-se que a Administração poderá, no exercício de sua autonomia contratual, escolher cláusulas que eventualmente tornem "*incabível*" a aplicação desses artigos aos contratos que vier a firmar; e (b.) assume-

²³ V., como exemplos, apenas na jurisprudência do STJ: (a.) REsp nº 755.811/AL, Rel. Min. Og Fernandes. Decisão monocrática. Julgado em 02 de dezembro de 2009. Publicado em 09 de dezembro de 2009 (mantendo decisão recorrida envolvendo um contrato de locação firmado pelo Município de Alagoas na qual se lia que: "*Inobstante tratar-se uma das partes de pessoa jurídica de direito público, cujos atos devem reger primordialmente pelos preceitos de direito público, o Estado de Alagoas participa de uma sinalagma perfeito, como se particular fosse, dada a natureza do contrato em tela, configurando-se este não mais como contrato administrativo, com todas as exigências legais que as normas de direito público estabelecem, inclusive a da publicidade, mas como contrato de Direito Privado da Administração, em que esta participa em nível de igualdade com o particular. Portanto, o contrato tem eficácia e gera obrigações para ambas as partes, estando o Estado na condição do devedor em relação ao autor.*"); (b.) Ag nº 1.254.559. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Decisão monocrática. Julgado em 02 de fevereiro de 2010. Publicado em 10 de março de 2010 (rejeitando agravo contra decisão que negou admissibilidade a recurso especial e destacando que "*quando a COHAB, sociedade de economia mista municipal, loca de particular imóvel destinado à instalação de filial, atua como particular na locação, não se aplicando normas específicas dos demais contratos administrativos (Lei de Contrato e Licitações nº 8.666/93). Ademais, a questão versa sobre contrato de direito privado da Administração e não contrato administrativo, e portanto, deve reger-se a matéria pelas normas de direito privado após a celebração.*"); (c.) REsp nº 953.526/SP. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Decisão monocrática. Julgado em 30 de junho de 2009. Publicado em 07 de agosto de 2009 (negando seguimento a recurso especial contra acórdão assim ementado: "*Contrato que não foi renovado após seu término, prosseguindo por prazo indeterminado - Versando a questão posta em juízo sobre contrato de direito privado da Administração, e não contrato administrativo, a matéria reger-se-á pelas normas de direito privado - Vigência da lei do Inquilinato - Municipalidade que não é detentora de qualquer privilégio em relação ao locatário particular - Recurso provido, para o fim de reformar a r. sentença de Primeiro Grau, julgando a ação procedente.*"); (d.) REsp nº 1.205.965. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Decisão monocrática. Julgado em 05 de junho de 2012. Publicado em 13 de junho de 2012 (negando seguimento a recurso especial interposto contra acórdão assim ementado: "*ADMINISTRATIVO. LOCAÇÃO DE BEM PÚBLICO. REGISTRO DO CONTRATO NO RGI. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA EM CLÁUSULA CONTRATUAL. APLICAÇÃO DE NORMAS DE DIREITO PRIVADO. 1- Os contratos de direito privado da Administração Pública são regidos pelas normas privadas que sejam compatíveis com o regime jurídico administrativo. II - Havendo possibilidade de o locatário registrar o contrato no RGI, para dar efetividade à cláusula de vigência contratual no caso de alienação da coisa locada, é dever do locador manter regularizada a matrícula do imóvel. III - Apelação da CONAB desprovida. Provida a apelação da parte autora.*"). Todos os grifos são meus.

se que a Administração poderá, utilizando-se de sua autonomia contratual, elaborar cláusulas supletivas a esse conjunto mínimo de dispositivos indicado pela lei. Na segunda premissa, derruba-se a legalidade enquanto reserva; na primeira, permite-se à Administração afastá-la até mesmo enquanto supremacia (embora isso não seja admitido pela lei, que utiliza um genérico "*no que couber*" para permitir ao intérprete dizer que "*foi a própria lei*" que decidiu demitir-se da regulação de certos contratos). Estamos já muito longe do modelo de "*autorização legal estrita*" que tradicionalmente resulta do princípio da legalidade.

Voltemos ao problema das cláusulas de retenção de pagamento, mencionado no "primeiro exemplo", e imaginemos como ele poderia ser resolvido no âmbito destes contratos. O problema está em que o artigo 62, §3º, I, da Lei nº 8.666/1993 **não faz referência** ao artigo 87 dessa mesma lei, onde, segundo o Superior Tribunal de Justiça, estão as causas de retenção de pagamento que a Administração poderá legitimamente utilizar nos contratos administrativos que estabelecer. Isso significa que nos "*contratos de direito privado*" que estabelecer, a Administração *poderá incluir as cláusulas de retenção de pagamento que desejar*, desde que com isso consinta o particular que com ela contratar? Se for assim: em um Estado Democrático de Direito que tem no princípio da legalidade uma de suas peças principais, faz sentido que deixemos tal abertura à disposição do Estado? Faz sentido que nós imponhamos uma vedação, e uma submissão estrita à legalidade, em relação aos contratos tidos como "administrativos", e que depois adotemos uma posição diametralmente oposta em relação a outros contratos, feitos pela mesma Administração, que classificamos como "de direito privado"? O que mais deveria importar aqui não seria o fato de que, em qualquer um desses casos, nós temos o *Estado* como contratante — o que deveria servir em qualquer hipótese para justificar uma submissão estrita à legalidade e às diretrizes elaboradas pelo Parlamento?

A ideia de que "*a Administração pode atuar como se um particular fosse*" reaparece em um quarto âmbito de problemas: o regime dos contratos firmados por sociedades de economia mista e empresas públicas que executam atividades econômicas. É verdade que, em razão do artigo 173, §1º, II, da Constituição, essas entidades devem se sujeitar "*ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e*

tributários"²⁴. Empresas públicas e sociedades de economia mista usualmente invocam esse dispositivo como suporte para a conclusão de que elas "*podem agir como se agentes privados fossem*" — em particular, para obter um espaço de liberdade que lhes permita realizar certos contratos independentemente de licitação e para sustentar a existência de um direito de manter confidenciais alguns dos contratos que firmam²⁵. Essa conclusão, todavia, não parece justificável diante do artigo 37 da Constituição, cujos princípios aplicam-se a *toda* a Administração Pública²⁶, nem diante do inciso III do §1º do artigo 173 da Constituição, que, de maneira convergente, esclarece que os contratos de "*obras, serviços, compras e alienações*" feitos pelas entidades que ele abrange devem "*observar os princípios da administração pública*"²⁷.

No artigo 173, §1º, II da Constituição não está um mandamento de equalização desses entes da Administração Pública com particulares: a interpretação sistemática da Constituição faz com que esse resultado seja inviável. O que se pretende com ele é, diferentemente, instituir uma *proibição da criação de privilégios* para essas entidades — que, afinal de contas, atuarão dentro de um

²⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - **a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.**

²⁵ Esse argumento foi utilizado, recentemente, (a.) em relação a contratos de compra e venda de energia firmados pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE (v. TCU, 2ª Câmara. Acórdão nº 584/2003. Relator Min. Ubiratan Aguiar. Decidido em 10/04/2003.); (b.) em relação aos contratos de compra e venda de gás natural decorrentes dos leilões promovidos pela Petrobras, argumento com base no qual agências estaduais têm negado, aos usuários do serviço público de distribuição de gás, acesso aos valores envolvidos nessas transações; (c.) em relação a um empréstimo feito pelo Banco do Brasil a uma construtora para viabilizar a construção do estádio do Esporte Clube Corinthians (um press release elaborado pelo Ministério Público Federal possui mais informações sobre esse episódio. Ele está disponível em http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/30-03-12-copa-do-mundo-banco-do-brasil-se-recusa-a-fornecer-documentos-requisitados-pelo-mpf, acesso em 13 de abril de 2012); e (d.) em relação a contratos de publicidade firmados pelo Banco do Brasil e pela Petrobras (cf. as informações disponíveis em <http://www.pannunzio.com.br/archives/10107>; e <http://www.pannunzio.com.br/archives/1012>, acesso em 13 de abril de 2012.).

²⁶ Art. 37. **A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: [...]

²⁷ Art. 173 [...] §1º [...] III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, **observados os princípios da administração pública.**

espaço que está aberto à livre concorrência²⁸. Um regime tributário especial e menos oneroso ou um regime trabalhista diferenciado e menos oneroso trariam vantagens substanciais para empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam em ambientes concorrenciais. A Constituição, forçando essas entidades a ingressar em um processo de competição pelos méritos com os agentes privados localizados nos mercados em que elas atuam, proibiu que elas recebessem esses benefícios. Sendo assim, seria lógico concluir que o artigo 173, §1º, II, quando aplicado às entidades públicas por ele abrangidas, *deveria impedi-las de utilizar, em seus contratos, os poderes exorbitantes previstos no artigo 58 da Lei nº 8.666/1993*²⁹. A Constituição, afinal, textualmente prevê a aplicação do "regime civil e comercial" utilizado pelas empresas privadas — e não há nada mais oposto a esse regime do que as cláusulas exorbitantes previstas no artigo 58 da Lei nº 8.666/1993,

²⁸ Isso fica muito claro nos debates parlamentares da Assembleia Constituinte. Na Comissão de Sistematização, em especial, ocorreram várias manifestações criticando a ineficiência das estatais durante o período anterior a 1988 e o fato de que, para não causar distorções no mercado, elas deveriam operar sem privilégios que não fossem extensivos às empresas privadas. Uma manifestação do Constituinte Marcondes Gadelha apresentada em tal Comissão, por exemplo, destacava que o texto elaborado pelo Relator Bernardo Cabral "[era] *simples, objetivo, claro e direto. Retira, pura e simplesmente, os privilégios fiscais das empresas estatais. Com essa atitude, tomada da forma elegante, não assume ele qualquer predisposição ou idiossincrasia contra a forma estatal de gestão. Simplesmente suprime os privilégios fiscais, porque são uma forma de acomodação do vício. O privilégio é uma espécie de folga compensatória para a incompetência, o desleixo e a corrupção. A retirada desses privilégios apenas obriga as empresas estatais a serem eficientes. Assim, o Sr. Relator resgata uma moção de confiança também na forma de gestão estatal como sendo capaz de desincumbir-se com a mesma desenvoltura da iniciativa privada. A retirada dos privilégios obriga as empresas estatais a passarem a enxugar seus custos, a reciclarem seus recursos humanos e a absorverem tecnologia, ou seja, a se tornarem mais ágeis e a apresentarem resultados positivos na relação de custos e benefícios.*" Na mesma manifestação, o Constituinte Gadelha advertiu que ninguém deveria "[subestimar] o peso dessas empresas estatais dentro da economia. Lá está o poder, pois, grosso modo, elas geram recursos cinco vezes maiores do que o Orçamento da União. Gozam, sobretudo, do privilégio da opacidade e da impermeabilidade, porque não têm o seu orçamento submetido ao crivo do Congresso Nacional, da Nação, das auditorias, da opinião pública ou de quem quer que seja. Uma dessas empresas movimenta recursos, muitas vezes, maiores do que vários Ministérios reunidos. Sabemos como funcionam as contas do Ministério da Educação, da Saúde e de outros, **mas não sabemos como funciona a programação de investimentos e gastos dessas estatais, que se converteram em verdadeiros feudos, em mandarinos, em 'shogunatos', à revelia da opinião pública, sem que a elas tenha acesso sequer o Congresso Nacional**". Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Suplemento "C" (p. 141. Grifei).

²⁹ Introduzindo uma discussão que não precisa ser encerrada nesta dissertação, faço uma ressalva: ao menos, nos casos em que, nos mercados relevantes nos quais essas empresas atuam, suas concorrentes não dispusessem de poder de barganha que lhes permitisse inserir cláusulas semelhantes em seus contratos. Excepcionalmente, onde a inclusão de cláusulas semelhantes fosse *comum* dentro das práticas de mercado usuais de um determinado setor da atividade econômica, *proibir* o estabelecimento dessas posições contratuais causaria uma *desvantagem* à Administração. Essa possível exceção, no entanto, precisaria ser interpretada com muito cuidado para que não acabasse se tornando a regra, nem permitindo à Administração abusar de seu poder de barganha dentro de mercados pouco competitivos.

que inclusive são costumeiramente definidas como privilégios atípicos às relações privadas e exclusivos da Administração³⁰.

No entanto, o que nós vemos na prática são ocasiões em que sociedades de economia mista e empresas públicas buscam, *ao mesmo tempo*, obter uma esfera alargada de liberdade negocial e garantir a possibilidade de utilização desses poderes exorbitantes. Quando quer mais liberdade de atuação, a Administração Indireta alega que sua "*natureza privada*" deve fazer com que ela possa atuar com autonomia semelhante à dos agentes privados; quando lhe interessa fazer uso das prerrogativas exorbitantes do artigo 58 da Lei nº 8.666/1993, ela invoca a sua "*natureza pública*" e seu conseqüente "*dever de estrita submissão à legalidade*" — e alega que não pode renunciar às posições contratuais que a lei lhe impõe. Essas duas posições são insustentáveis ao mesmo tempo. Ou bem a Administração atua como se particular fosse, e então ela não deveria ter direito às prerrogativas do artigo 58, ou então a Administração jamais pode ser inteiramente comparável a um particular — cenário em que ela poderia fazer jus a algumas prerrogativas especiais, instituídas em nome do interesse público ou da proteção do patrimônio público, mas também precisaria admitir que sua liberdade contratual é condicionada pelo conjunto de princípios e valores contidos na Constituição.

Há acórdãos, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reconhecem a tese da "natureza privatiforme" dos entes abrangidos pelo artigo 173 da Constituição para o fim de conferir-lhes uma maior liberdade negocial; nenhum acórdão do Superior Tribunal de Justiça, todavia, extraiu dessa natureza privatiforme aquela que deveria ser sua conclusão *mais necessária*: a proibição da utilização de poderes exorbitantes. Isso ficará mais claro nos próximos parágrafos.

³⁰ Por todos (e como reflexo de uma tradição com longas raízes no nosso Direito Administrativo, como ficará demonstrado nas próximas partes deste trabalho), confira-se a seguinte decisão do STJ: "ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESCISÃO. INDENIZAÇÃO. 1. **Distinguem-se os contratos administrativos dos contratos de direito privado pela existência de cláusulas ditas exorbitantes, decorrentes da participação da administração na relação jurídica bilateral, que detém supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste, por meio de edital de licitação, utilizando normas de direito privado, no âmbito do direito público.** 2. Os contratos administrativos regem-se não só pelas suas cláusulas, mas, também, pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente as normas de direito privado. 3. A Administração Pública tem a possibilidade, por meio das cláusulas chamadas exorbitantes, que são impostas pelo Poder Público, de rescindir unilateralmente o contrato. 4. O Decreto-Lei nº 2.300/86 é expresso ao determinar que a Administração Pública, mesmo nos casos de rescisão do contrato por interesse do serviço público, deve ressarcir os prejuízos comprovados, sofridos pelo contratado. 5. Recurso especial provido em parte." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 737.741/RJ**. Rel. Ministro Castro Meira. Julgado em 03 de outubro de 2006. Grifei).

Nossos Tribunais começaram a analisar, há pouco, a necessidade de prévia autorização legislativa para que sociedades de economia mista e empresas públicas possam incluir cláusulas compromissórias nos contratos que firmam. Uma análise superficial de nosso sistema normativo conduziria a uma resposta *afirmativa* para essa pergunta. A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) afirma, em seu artigo 1º, que "*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*" Depois do início de sua vigência, o Poder Legislativo aprovou numerosos artigos de lei preocupando-se em expressamente (a.) "*tornar disponíveis*" alguns direitos patrimoniais de entidades públicas e autorizá-las a solucionar controvérsias por meio de arbitragem, e/ou (b.) autorizar o Poder Público a resolver as controvérsias emergentes de determinados contratos por meio de arbitragem³¹. *A contrario sensu*, o que se poderia razoavelmente depreender disso é que, nos casos em que essa autorização específica não existisse, a utilização de cláusulas arbitrais pela Administração não poderia ser efetuada — seja em razão da indisponibilidade dos direitos pertencentes às entidades públicas, seja pela ausência de uma autorização legal específica. Essa solução estaria de acordo com o modelo de "reserva legal" que mencionei mais acima.

Com efeito, a primeira decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União sobre esse assunto concluiu pela impossibilidade de utilização de cláusulas arbitrais, na ausência de prévia autorização legislativa, em contratos que envolvam entes

³¹ Nesse sentido: Lei nº 8.987/1995 (Concessões de Serviços Públicos), art. 23-A, incluído pela Lei nº 11.196 de 2005; Lei nº 9.472/1997 (Lei de Telecomunicações), art. 29, XV; Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), art. 43, inciso X; Lei nº 10.233/2001 (Lei dos Transportes Aquaviário e Terrestre), arts. 35, XVI e 39, XI; Lei nº 11.668/2008 (Lei da Franquia Postal), art. 4º, inciso XII; Lei nº 11.909/2009 (Lei do Gás), art. 49; Lei nº 12.351/2010 (Lei do Pré-Sal), art. 29, inciso XVIII. O artigo 4º da Lei nº 8.630/1993 não possui uma autorização para a utilização de arbitragem. Na Lei nº 8.666/1993, requer-se que o contrato contenha "*necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei*" (art. 55, §2º). Parte da doutrina entende que essa cláusula não impede a utilização, por parte da Administração Pública, da autorização geral para a utilização de cláusulas arbitrais que está contida na Lei nº 9.307/1996. O problema dessa solução é que, em uma interpretação sistemática do nosso ordenamento, ela se coloca em posição **contrária** àquela de todas as demais leis mencionadas nesta nota de rodapé. Se a Lei nº 9.307/1996 pudesse ser invocada diretamente pela Administração Pública (ou mesmo por sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem atividade econômica), então todas as autorizações setoriais específicas elaboradas pelo Poder Legislativo (inclusive, pela proximidade temporal entre essas leis e a Lei de Arbitragem, pode-se dizer: pelo *mesmo* Poder Legislativo) seriam **desnecessárias**. Faz mais sentido que elas tenham o objetivo de funcionar como exceções à regra geral prevista na Lei nº 8.666/1993 — conforme a qual controvérsias envolvendo a Administração devem ser julgadas, via de regra, pelo Judiciário, juiz natural de controvérsias envolvendo o patrimônio público e prerrogativas públicas.

públicos. O voto do Ministro Relator, encampando as razões de decidir apresentadas pela unidade técnica do Tribunal, utilizou como fundamentos para essa conclusão: (a.) a inexistência de autorização legal, na Lei nº 8.666/1993, para a utilização de arbitragem: as únicas passagens do Decreto-Lei nº 2.300/1986 que admitiam seu emprego foram revogadas pela Lei nº 8.666/1993; (b.) o fato de que a utilização de arbitragem em contratos administrativos implicaria a "*violação de uma série de princípios de direito público*", dentre os quais o princípio da indisponibilidade do interesse público, o princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos e o princípio da vinculação ao edital; e (c.) a impossibilidade de invocação, para esse fim, do campo residual de autonomia contratual que decorreria do artigo 54 da Lei nº 8.666/1993 em razão dessa incompatibilidade entre uma cláusula compromissória e os princípios de direito público que devem nortear a ação da Administração³².

Dois esclarecimentos devem ser feitos em relação a essa decisão. O primeiro diz respeito a uma questão de fato: ela envolvia contratos firmados pela Companhia

³² Trata-se da Decisão 286/93, proferida pelo Plenário do Tribunal de Contas da União em 15 de julho de 1993. DOU em 04/08/1993. Do voto do Relator, destaco os seguintes trechos: (a.) **Sobre o argumento da inexistência de autorização legal:** "*já o recém-editado Estatuto das Licitações e Contratos - Lei nº 8.666, de 21.06.93, que revogou o Decreto-lei nº 2.300/86 -, cujos § 6º do art. 32 e § 2º do art. 55 guardam correlação, respectivamente, com os citados § 13 do art. 25 e parágrafo único do art. 45 do Estatuto revogado, sem, contudo, repetir-lhes o exato teor, deixa de admitir expressamente até mesmo aquelas hipóteses de juízo arbitral contempladas no Decreto-lei nº 2.300/86. Tal supressão da autorização expressa para o uso do juízo arbitral nas pendências atinentes aos contratos antes referidos no § 13 do art. 25 do Decreto-lei nº 2.300/86 e, hoje, no § 6º do art. 32 da Lei nº 8.666/93, longe de sugerir que, pelo disciplinamento atual seria cabível o juízo arbitral nos contratos administrativos, mostra que, ao contrário, essa hipótese foi, de plano, refutada pelo legislador do novo Estatuto, até porque, se posta fosse sua intenção, ele (legislador) decerto teria introduzido na Lei dispositivo consignando ser admissível o juízo arbitral nos contratos por ela disciplinados ou enumerando as hipóteses em que isso seria cabível"; (b.) **Sobre o conflito entre a arbitragem e os princípios de direito público:** "*de outro lado, admitir-se a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos seria, para nós, afrontar uma série de princípios de direito público, dentre os quais se avultam (alguns deles, em verdade, conseqüências de outros citados): a) o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração; c) o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; d) o do controle administrativo ou tutela; e) o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem"; (c.) **Sobre a impossibilidade de utilização subsidiária das disposições de direito privado (art. 54, Lei nº 8.666/1993):** "*por último, cabe notar que, não obstante a previsão legal de que aos contratos administrativos aplicam-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 54 da Lei nº 8.666/93 e art. 44 do revogado Decreto-lei nº 2.300/86, que não se referia expressamente aos princípios da teoria geral dos contratos), isso em nada muda nossa conclusão pela inviabilidade legal da adoção do juízo arbitral em contratos da espécie, isso porque a eventual suplementação de normas de direito público, por normas de índole privada, só pode ter lugar até e enquanto cogitadas normas de direito privado se harmonizarem com os princípios e postulados básicos de direito público, coisa que efetivamente não ocorre no caso presente, conforme julgamos ter aqui demonstrado".***

Hidro-Elétrica do São Francisco ("CHESF"), uma empresa pública federal subsidiária integral da Eletrobrás, que tinham por objeto a construção da usina hidrelétrica de Xingó e das instalações de interesse restrito a ela associadas (a razão deste destaque ficará clara alguns parágrafos mais adiante). O segundo é de direito: a decisão foi proferida em 1993, e portanto ela é anterior à Lei de Arbitragem. Os seus fundamentos, contudo, podem ser aplicados a contratos firmados pela Administração *posteriores* a ela: os argumentos da "*inexistência de autorização legal na Lei nº 8.666/1993*" e da "*incompatibilidade com os princípios de direito público*" fazem com que a Lei de Arbitragem deva ser interpretada restritivamente no que diz respeito à Administração Pública. Seguindo o princípio hermenêutico de que a lei especial afasta a lei geral, apenas uma *autorização específica* poderia permitir aos agentes públicos fazer referência aos mecanismos previstos na Lei nº 9.307/1996.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem sido diferente. A sua primeira decisão sobre o assunto, proferida em 2006, afirma que sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem atividade econômica, atuando no âmbito do artigo 173, §1º, II, da Constituição, não precisam de autorizações específicas para proceder à inclusão de cláusulas compromissórias nos contratos que firmarem³³. A decisão lê, no artigo 173 da Constituição, uma permissão para *equalizar* essas sociedades de economia mista e empresas públicas a agentes particulares "*salvo quando suas atividades decorrerem do poder de império da Administração Pública*".

³³ "PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial parcialmente provido." STJ, Segunda Turma. REsp 612.439/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 25/10/2005, DJ 14/09/2006, p. 299. Grifei. Essa ementa seria repetida no REsp nº 606.345/RS: no REsp nº 612.439/RS, apreciou-se recurso interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em sede de ação cautelar; no REsp nº 606.345, o recurso interposto contra o acórdão que apreciou o mérito da ação principal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 606.345/RS. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 17/05/2007, DJ 08/06/2007).

Essa decisão deve ser lida com algumas cautelas. A primeira decorre do fato de que ela envolve a Companhia Estadual de Energia Elétrica ("CEEE") — uma sociedade de economia mista do Estado do Rio Grande do Sul responsável pela prestação do **serviço público** de distribuição de energia elétrica. O contrato que gerou o litígio tinha por objeto a compra e venda de energia elétrica e servia, dentro do arranjo negocial em que foi feito, para viabilizar a construção de uma usina termelétrica. Tudo isso sugere fortemente que o artigo 173, §1º, II *não poderia ter sido utilizado* para resolver essa controvérsia: a CEEE, enquanto prestadora de serviços públicos, estaria fora de seu âmbito de incidência³⁴. Talvez a solução adotada pelo STJ possa ser sustentada com base no fato de que, dentro do marco regulatório do setor elétrico, a *comercialização* de energia seja estruturada de maneira semelhante à atividade privada — i.e., dentro de um espaço de livre negociação e concorrência entre os agentes do setor. Seja como for, (a.) ainda assim haveria conflito com a decisão "CHESF" do TCU, que também envolvia contratos para a construção de uma usina³⁵; e (b.) o fato de que a comercialização

³⁴ A tese de que o art. 173, § 1º, aplica-se às empresas públicas e sociedades de economia mista que executam serviços públicos já foi examinada e rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal: o *leading case* sobre a matéria é o REExt 220.906/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 16/11/2000; DJ em 14/11/2002. No mesmo sentido, dentre vários outros: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA "d" DO INCISO XXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. **DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO.** REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. [...] 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. **3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito 4. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.**" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI nº 1.642/MG. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 03/04/2008. DJ em 19/09/2008. Grifei).

³⁵ A semelhança entre este caso e o caso "CHESF" fica ainda maior se nós levarmos em consideração que os contratos de compra e venda de energia firmados pela CEEE eram, sobretudo, um mecanismo empregado para remunerar os *custos de construção da usina térmica* responsável pela sua geração — e que seria construída para isso. Em um caso e no outro, tratava-se de viabilizar a construção de uma usina que fornecesse insumos para o serviço público de distribuição de energia elétrica. A diferença está no regime de governança das duas situações: em um caso, a usina seria pública depois do final de sua construção; no outro, a usina seria privada, e a CEEE garantiria o retorno necessário à sua construção por meio de contratos de compra e venda de energia elétrica. A conexão material entre os dois contratos e o serviço público de distribuição de energia elétrica era, no entanto, a mesma.

de energia possua um regime privatiforme não faz com que ela esteja necessariamente excluída, à luz do artigo 21, XII, *b*, da Constituição, do campo abrangido pelo conceito de serviço público³⁶. Qualquer um desses dois caminhos deixaria a solução do caso muito mais próxima do artigo 175 do que do artigo 173 da Constituição³⁷.

³⁶ "Art. 21. Compete à União: [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos." O argumento de suporte para a afirmação que fiz no corpo do texto é: o fato de que a legislação ordinária tenha decidido regular parte dos serviços de energia elétrica sob um regime que simula o conjunto de incentivos existentes na atividade privada (e.g. liberdade de negociação, competição por méritos, incentivos ao aperfeiçoamento técnico e à redução de custos, etc.) não faz com que esses serviços não devam ser qualificados, *à luz da Constituição*, como serviços públicos. O Estado não pode demitir-se da responsabilidade de supervisioná-los e assegurar sua devida execução apenas por optar por um regime regulatório mais permissivo; se esse regime *falhar* na promoção de um ambiente que leve à prestação de serviços adequados, o Estado *permanece responsável* por essas falhas. Esse argumento é, advirto, contestável: seu principal adversário é o argumento que extrai do termo "*autorização*", incluído na alínea *b* do inciso XII do artigo 21, um nicho de "atividade econômica em sentido estrito" dentro do campo dos serviços de energia elétrica. Uma discussão mais aprofundada sobre esses pontos não precisa ser realizada neste momento: o que se quer aqui é apenas demonstrar como seria fácil aproximar o caso decidido pelo STJ do conjunto de princípios emergentes do artigo 175 da Constituição. Essa inclusive seria, a meu ver, a solução correta para o caso: o argumento baseado na "*autorização*" (a.) descola o texto constitucional do contexto histórico em que ele foi formulado e da compreensão que os Constituintes tinham sobre a caracterização dos serviços de energia como serviços públicos; e (b.) possui o sério inconveniente de *não oferecer uma trava* que permita ao intérprete definir quais dos serviços de energia devem ser prestados em regime público ou em regime privado — ele termina permitindo ao legislador ordinário que aumente cada vez mais o campo reservado às "*autorizações*" e, com isso, comprima o campo dos serviços que devem ser prestados em regime público. Mais razoável é compreender que o *regime associado à titulação* do particular que é convocado pelo Poder Público não causa uma mudança substancial no *regime da atividade que ele deverá desempenhar*. Incentivos privatiformes à eficiência e à competição, assim, jamais deveriam nos fazer perder de vista o fato de que o serviço *continua sendo público*, e que sua prestação deverá ter em vista um conjunto de princípios que não são idênticos àqueles presentes nas relações privadas. Sobre esse problema, e indicando que as atividades "autorizadas" do artigo 21 podem ser caracterizadas como serviço público (quando envolverem a prestação de serviço a terceiros, i.e., quando houver a "exploração" da atividade, nos termos dos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição) ou como atividade econômica em sentido estrito (quando os resultados da atividade forem destinados apenas ao titular de direitos para sua execução, como no caso da autoprodução de energia) conferir COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público "à Brasileira"? **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., dez. 2003. p. 209-237.

³⁷ O STJ não prestou atenção nesse detalhe: ele entendeu que o fato de que a CEEE é uma sociedade de economia mista era suficiente para atrair o regime jurídico das empresas privadas, *ex vi* do artigo 173 da Constituição. Do voto do Min. Relator: "*é certo que a Emenda Constitucional n. 19/98 previu a edição, por lei, de estatuto jurídico para as sociedades de economia mista exploradora de atividade econômica (CF, art. 173), com vistas a assegurar sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade, bem como sua sujeição aos princípios norteadores da Administração Pública. Isso não representa, entretanto, o engessamento dessas empresas no que diz respeito à possibilidade de se utilizarem dos mecanismos de gerência e administração próprios da iniciativa privada, direcionados para o pleno desenvolvimento de suas atividades comerciais, mormente diante do teor do art. 173, § 1º, I, da CF, que reconhece a sujeição da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias 'ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto*

Além disso, o Poder Legislativo preocupou-se, em 2002, em editar uma autorização específica para a utilização de convenções arbitrais por sociedades de economia mista e empresas públicas atuantes no setor elétrico: essa lei não teria sido editada se fosse tão claro que essas empresas já tinham autonomia contratual para tanto em virtude do artigo 173 da Constituição. De fato, como se viu mais acima, isso era *longe* de ser evidente: a conclusão sugerida pelo estado da discussão existente à época era precisamente a *oposta*. Todos os fundamentos empregados pelo TCU no caso "CHESF" poderiam também ser aplicados aos contratos de compra e venda de energia firmados por empresas públicas e sociedades de economia mista no âmbito do Setor Elétrico — e isso tornaria não apenas plausível, mas também necessária a edição de uma autorização específica

aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias', e do disposto no art. 235 da Lei das S.A. Sob essa perspectiva, submetida a sociedade de economia mista ao regime jurídico de direito privado e celebrando contratos situados nesta seara jurídica, não parece haver dúvida quanto à validade de cláusula compromissória por ela convencionada, sendo despicienda a necessidade de autorização do Poder Legislativo a referendar tal procedimento" (grifei). No lugar do binômio "atividade econômica/serviço público", o STJ aparentemente interpretou o artigo 173 à luz do binômio "atos de gestão/atos de império": apenas contratos que tivessem por objeto prerrogativas de império poderiam ser afastados do regime privatiforme que é requerido pelo artigo 173: **"em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que 'as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis'. Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem"** (grifei). A decisão, aqui, confunde algumas coisas: (a.) o conceito de "atividade econômica em sentido estrito" *exclui* o conceito de serviço público; o conceito que o abrange é o de "atividade econômica em sentido lato". O artigo 173, conforme jurisprudência estabelecida no Supremo Tribunal Federal, regula apenas as sociedades de economia mista e empresas públicas que executam atividades econômicas *em sentido estrito*; (b.) ainda que nós possamos entender que interesses patrimoniais do Estado devem ser qualificados como *"interesses secundários"*, isso não faz com que contratos ligados à execução de *serviços públicos* devam receber essa mesma qualificação. O conceito de serviço público, desde a sua criação, está ligado àquelas atividades que são tidas como *existenciais* para uma sociedade em determinado momento histórico. A existência desse conceito só faz sentido se a correta execução das atividades que ele abranger for considerada como sendo ligada à implementação do *interesse público primário*. Isso não quer dizer que *todas as questões patrimoniais* decorrentes de contratos firmados para a execução do serviço público devam ter a mesma qualificação; mas (1.) faz com que *algumas* questões ligadas a esses contratos possam estar conectadas ao interesse público primário (e.g. a correta execução do objeto contratual quando a Administração nele figura como adquirente de produtos ou serviços), e (2.) faz com que o binômio elaborado pelo STJ — "atividade econômica" vs. "atos de império" — esteja errado: como se verá mais adiante, ele joga o Direito Administrativo na *contramão* da evolução pela qual ele passou desde o início do século XX na França. Eu voltarei a esta decisão no final da presente dissertação.

por parte do Poder Legislativo caso fosse desejado que esses entes públicos pudessem recorrer a arbitragens. Essa autorização, por isso, foi elaborada. O STJ, entretanto, não pôde utilizá-la para resolver o litígio em questão porque ela foi editada *depois* da assinatura do instrumento que gerou a controvérsia apreciada pelo Tribunal. Isso talvez sugira que, por uma questão de equidade, a cláusula arbitral utilizada pela CEEE deveria ser tolerada — afinal, contratos idênticos àquele em que ela foi incluída, e feitos pouco depois dele, poderiam adotá-la. A equidade, porém, é um péssimo fundamento para a solução de controvérsias em um campo jurídico que tem sua pedra angular no princípio da legalidade³⁸.

Uma segunda decisão do STJ sobre a mesma matéria, proferida também em 2006, vai um passo além: ela, primeiro, utiliza o artigo 173 como fundamento de decidir, e combina a "*autonomia privada*" dele resultante com a autorização genérica para a utilização de arbitragem contida na Lei nº 9.307/1996. Repete-se, até aqui, o raciocínio da decisão anterior: a autonomia privada que emerge do artigo 173 permite a sociedades de economia mista e a empresas públicas valer-se da Lei de Arbitragem como qualquer outro agente privado. A seguir, todavia, a decisão apresenta um argumento inovador: ela afirma que a inclusão de uma cláusula arbitral em um contrato firmado por uma sociedade de economia mista pode inclusive **impedi-la** de utilizar os poderes exorbitantes decorrentes do artigo 58 da Lei nº 8.666/1993³⁹. No caso, o Tribunal impediu a Nuclebrás Equipamentos

³⁸ Essa autorização foi conferida pelo art. 2º, parágrafo 4º, da Lei 10.433/2002; o contrato que ensejou a controvérsia, de acordo com o acórdão, era de 1997. *In verbis*: "Art. 2º São órgãos do MAE a Assembléia-Geral, o Conselho de Administração e a Superintendência. [...] **§ 4º Ficam as empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, autorizadas a aderirem ao MAE, inclusive ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 3º.**" A Lei nº 10.433 foi posteriormente revogada pela Lei nº 10.848/2004; a autorização que estava contida em no art. 2º, §4º da lei anterior foi substituída pela autorização contida no art. 4º, § 6º, da lei posterior: "§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CEEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo".

³⁹ "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. 1. Mandado de segurança impetrado contrato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A - NUCLEP, com a ora impetrante, empresa TMC - TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE - SPE - S/A. [...] 9. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. **10. Nestes termos, as sociedades**

Pesados S.A. ("Nuclep"), uma sociedade de economia mista federal, de rescindir unilateralmente um contrato de arrendamento de um terminal portuário que havia sido firmado com uma empresa privada. O STJ, com isso, impediu a Nuclep de proceder à assunção imediata do terminal portuário que havia sido por ela arrendado e obrigou as partes à utilização da via arbitral para a solução de suas divergências.

Essa decisão também deve ser analisada com cuidado. Primeiro, porque esses poderes exorbitantes são tradicionalmente tidos, pela doutrina, como "*indisponíveis*" e "*existentes e aplicáveis ainda que não escritos*"⁴⁰. Entender que o seu exercício pode ser impedido em razão de uma cláusula contratual diverge radicalmente da nossa tradição sobre esse assunto e do artigo 58 da Lei nº 8.666/1993, que não admite, em seu texto, semelhante limitação. O Superior Tribunal de Justiça *poderia* ter utilizado o argumento de que a "*natureza privatiforme*" de uma sociedade de economia mista, em razão da proibição de privilégio contida no artigo 173 da Constituição, deveria impedi-la de invocar os poderes exorbitantes do artigo 58 nos contratos que firma — e, assim, ancorado seu argumento em uma interpretação conforme a Constituição da Lei nº 8.666/1993. Esse ponto, entretanto, sequer foi discutido: o Tribunal preferiu traçar uma distinção em relação à *qualidade* dos interesses da Administração (diferenciando interesses puramente patrimoniais, *secundários*, de interesses *primários*) e depois concluir que a *inclusão de uma cláusula arbitral* tendo por objeto interesses secundários poderia impedir o exercício de poderes exorbitantes.

Esse raciocínio tem dois problemas: (a.) primeiro, ele **coloca em xeque o princípio da legalidade**: como é possível que uma sociedade de economia mista,

de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres. [...] STJ, Primeira Seção. AgRg no MS nº 11.308/DF. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgado em 28/06/2006. DJ em 14/08/2006. Grifei. O mérito da controvérsia foi julgado em 2008 no MS nº 11.308/DF. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgado em 09/04/2008. DJ em 19/05/2008.

⁴⁰ Neste sentido, por todos, fique-se com a conhecida posição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "***Daí que os poderes reconhecidos à Administração nestes 'contratos administrativos' parece-nos que nada têm de contratuais. São poderes reconhecidos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos. É só por esta razão que prescindem de cláusulas contratuais que os mencionem e de normas legais sobre contratos efetuados pela Administração. Tais poderes de instabilização descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre os serviços públicos e o uso de serviços públicos. E são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insuscetíveis de transação e, pois, de 'contratos'***". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 631. Grifei).

em razão de uma decisão sua de adoção de uma determinada cláusula contratual, possa *optar por renunciar* aos poderes de supremacia contratual que decorrem obrigatoriamente da lei — que não oferece ao administrador a opção de não utilizar essas posições contratuais privilegiadas? Segundo, (b.) **ele parece não ser aplicável ao caso**: que interesses patrimoniais sejam arbitráveis é uma coisa; mas que o Estado não possa exercer sua *posição de supremacia contratual* e editar um *ato de império* que decorre desses poderes que necessariamente possui é outra bastante diferente. No limite, a arbitrabilidade de *questões patrimoniais* não deveria fazer com que o Estado não pudesse rescindir um contrato quando entendesse que ele havia se tornado contrário ao interesse público. Eventuais perdas e danos, assim como ocorre nos casos de desapropriação indireta, poderiam ser discutidas pela via apropriada — judicial ou arbitral. A decisão, embora fale apenas em "*interesses secundários*", termina também interferindo com "*interesses primários*" ao bloquear o exercício dos poderes exorbitantes do artigo 58 — e os seus fundamentos são, por isso, inadequados para sustentar a sua conclusão⁴¹.

A segunda reserva decorre do fato de que o contrato sobre o qual se discutia aqui tinha por objeto o **arrendamento de um terminal portuário** — e a exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres, nos termos do artigo 21, XII, *f*, da

⁴¹ O principal fundamento do acórdão, como já se disse, está em entender que sociedades de economia mista gozam de uma autonomia contratual equiparável à das empresas privadas — se estas podem celebrar convenções de arbitragem, aquelas também podem. Em outra passagem, o acórdão sugere que todos os poderes exorbitantes poderiam ser *desclassificados* para a categoria dos *atos de gestão* — sugerindo que, assim, eles se tornam disponíveis. Leia-se: "*Defende ainda, o ilustre Ministro Eros Grau, que 'embora a Administração disponha, nesse dinamismo, de poderes que se tornam como expressão de puissance publique (alteração unilateral da relação v.g), essa relação não deixa de ser contratual,' expressando, por conseguinte, meros atos de gestão, enquanto praticados pela Administração-contratante. É dizer, que a clássica diferença doutrinária entre contratos administrativos e privados não pode ser considerada como realidade radicalmente oposta, ou seja: todo e qualquer contrato pode refletir elementos de direito administrativo e de direito privado.*" Mesmo assim, depois a decisão ressalva que "*não se deve confundir os conceitos de indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de interesses patrimoniais*", e que "*resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade e indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público*" — e com isso indiretamente limita (ou deveria limitar) o alcance da tese de que os poderes exorbitantes, quando inseridos em um contrato, possuem caráter disponível. Como se explicará mais adiante, essa tese seria válida *durante o século XIX*. Ela é radicalmente contrária à atual *Teoria do Contrato Administrativo* e mesmo à Lei nº 8.666/1993. Seria preferível dizer, via uma interpretação conforme a Constituição da Lei nº 8.666/1993, que "*nos casos de sociedades de economia mista que executam atividades econômicas em sentido estrito, esses poderes são disponíveis, e podem ser incluídos ou não nos contratos que essas entidades firmam*" — não que são disponíveis em *todo e qualquer* contrato administrativo.

Constituição, é um serviço público⁴². Ainda que a Nuclep, no exercício de sua atividade-fim, fosse uma entidade abrangida pelo artigo 173 da Constituição, ela agia em uma qualidade diferente quando atuava como exploradora de um porto marítimo: quando ocupava essa posição, agia como permissionária da União e poderia estar submetida ao conjunto de princípios que decorrem do artigo 175 da Constituição. O exercício de um poder exorbitante dentro de um contrato de arrendamento de terminal portuário, nessa ótica, não poderia ser reconduzido ao âmbito do artigo 173, tampouco descrito como envolvendo apenas interesses secundários. Cuidar-se-ia, ao invés, de uma medida tendente a assegurar a correta execução de um serviço público. Nada disso foi levado em consideração pelo Tribunal⁴³.

A decisão mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, já citada mais acima, aproxima *ainda mais* a autonomia contratual de uma sociedade de economia mista à autonomia contratual de agentes privados. A Companhia Paranaense de Gás ("Compagás"), sociedade de economia mista vinculada ao Estado do Paraná e responsável pela execução do serviço público de distribuição de gás canalizado, havia contratado o Consórcio Carioca Passarelli para a construção de redes de distribuição de gás. Depois de disputas entre as partes em torno do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, foi firmado um compromisso arbitral — que a Compagás, posteriormente, impugnou em juízo. O Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, entendendo que a atividade da Compagás **não era qualificável como um serviço público**⁴⁴, concluiu que a utilização da arbitragem era legítima

⁴² Art. 21. Compete à União: [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

⁴³ É verdade que o terminal portuário envolvido era um Terminal de Uso Privativo localizado fora da área do porto organizado — e que, por isso, nos termos da legislação portuária, poderia ser descrito como estando incluído no campo das atividades econômicas em sentido estrito, não no campo dos serviços públicos. O acórdão, no entanto, não examina esse problema. Se a NUCLEP executasse atividade econômica em sentido estrito e se esse terminal de uso privativo pudesse ser qualificado como pertencente ao campo da atividade econômica em sentido estrito (essas frases estão no condicional porque não possuo mais conhecimento sobre as circunstâncias de fato envolvidas no litígio), então um argumento consistente de "impossibilidade de utilização de poderes exorbitantes" poderia ser oferecido. Ele precisaria passar por uma interpretação conforme a Constituição da Lei nº 8.666/1993 para chegar a esse resultado.

⁴⁴ Essa afirmação está absolutamente equivocada. A distribuição de gás canalizado é serviço público estadual por força do artigo 25, §2º, da Constituição (Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. [...] § 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.). O *transporte* de gás até as redes locais de distribuição, a seu turno, é uma atividade econômica monopolizada e regulada pelo artigo 177 da Constituição. O monopólio sobre

em razão do artigo 173 da Constituição — mesmo que ela não estivesse prevista no edital da licitação por meio da qual o consórcio construtor havia sido contratado⁴⁵. A Compagás interpôs um recurso especial, e a matéria foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça. O recurso especial da Compagás tinha por fundamento principal uma alegação de negativa de vigência da Lei nº 8.666/1993: como o edital de licitação não fazia referência a compromissos arbitrais, eles não poderiam ser utilizados pelas partes. Divergências entre elas, nos termos do edital e do contrato, deveriam ser submetidas ao Poder Judiciário e à Comarca de Curitiba — conforme o artigo 55, XIII, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

O Superior Tribunal de Justiça novamente entendeu⁴⁶ que "*não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista*". Nas decisões anteriores do STJ, como se viu, explicava-se que essa autonomia para a pactuação de compromissos arbitrais decorria de uma combinação entre o artigo 173 da Constituição e a Lei nº 9.307/1996. Neste caso, a despeito de haver rapidamente citado tais precedentes, o Tribunal não desceu a tamanho detalhe — e, assim, não precisou enfrentar a

essa atividade econômica, atente-se, foi instituído pela Constituição em benefício **da União**. Falta explicar, no acórdão do Tribunal de Alçada do Paraná, a qual título uma sociedade de economia mista teria direito originário, oriundo de uma concessão feita **pelo Estado**, à execução da atividade de distribuição de gás canalizado.

⁴⁵ "COMPROMISSO ARBITRAL - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO - EXPLORAÇÃO DE GÁS CANALIZADO NÃO CARACTERIZA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, MAS ATIVIDADE DE REGIME PRIVADO - NÃO ENVOLVE DIREITOS INDISPONÍVEIS - CONTRATO ADMINISTRATIVO - ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM - VÍCIOS DO COMPROMISSO NÃO CONFIGURADOS - RECURSO IMPROVIDO. A atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime jurídico próprio das empresas privadas (Constituição Federal, art. 173, § 1º, II). O fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por arbitragem. Admissível nos contratos administrativos a solução dos conflitos por meio de compromisso arbitral." TAPR, Sétima C.Cível (extinto TA), AC 247646-0, Curitiba, Rel.: Lauro Laertes de Oliveira, J. 11.02.2004. Do voto condutor, extraio o seguinte trecho: "*em segundo lugar, preconiza a apelante-autora pela nulidade do compromisso arbitral, porque envolve interesse público e não poderia ser objeto de arbitragem. Sem razão a apelante. Primeiro, a autora é sociedade de economia mista, com personalidade de direito privado, conforme o disposto no art. 1º, § 2º da Lei Estadual nº 10.865 de 6 de julho de 1994 (fls. 137/139). Dessa maneira, evidente que os contratos celebrados entre a autora e a ré se regulam pelo direito privado e nada impede que a solução dos conflitos se dê pela arbitragem prevista em nosso ordenamento jurídico. Segundo, a atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado e demais atividades correlatas e afins, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime jurídico próprio das empresas privadas (CF, art. 173, § 1º, II), por versar sobre intervenção do Estado no domínio econômico, sob a forma de monopólio, nos termos do art. 177, inciso IV, da Constituição Federal. Terceiro, o fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por arbitragem*" (grifei).

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp nº 904.813/PR**. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 20/10/2011. DJ em 28/02/2012.

alegação de que a Compagás, enquanto prestadora de serviço público, não estaria no âmbito de incidência do artigo 173 da Constituição. Depois de estabelecer uma compatibilidade genérica entre contratos firmados pela Administração e compromissos arbitrais, a decisão esclareceu que a ausência de referência à utilização de arbitragem no edital "*não vulnera[va] o certame*", e que, como a disputa envolvia apenas direitos patrimoniais, a arbitragem poderia ser legitimamente utilizada como meio de solução de controvérsias. Os fundamentos da sua decisão fazem com que sua conclusão, em tese, seja aplicável para *toda* a Administração Pública — independentemente da incidência do artigo 173.

Há um ponto comum a todos os exemplos acima citados: uma dificuldade de compreensão da relação entre a autonomia contratual da Administração e a lei. Nós temos, em um extremo, decisões que estabelecem uma rígida vinculação da Administração à legalidade (as decisões mencionadas no "primeiro exemplo") e ao edital de licitação (as primeiras decisões citadas no "segundo exemplo"); mas temos também decisões reconhecendo que nada disso é necessário, e que a Administração possui autonomia para pactuar cláusulas que não tenham previsão expressa em lei ou mesmo no edital de licitação (as decisões indicadas no final do "segundo exemplo") — e até mesmo cláusulas que, além de não encontrarem autorização expressa, poderiam ser tidas por implicitamente rejeitadas pela Lei nº 8.666/1993 (como se percebe comparando os fundamentos das decisões sobre cláusula penal que estão no "primeiro exemplo" e no "segundo exemplo"). As complicações aumentam quando nos concentramos nos contratos feitos por sociedades de economia mista e empresas públicas: temos, de um lado, decisões e leis que, partindo da natureza pública desses entes, ressaltam sua vinculação à legalidade e a editais de licitação (a primeira decisão do Tribunal de Contas da União mencionada no "quarto exemplo" e as leis que instituíram autorizações setoriais específicas para a utilização de cláusulas de arbitragem); de outro lado, vemos uma corrente jurisprudencial, oriunda do STJ, onde cada vez mais esses entes são assemelhados a *empresas privadas*: o entendimento do Tribunal, que começou com o estabelecimento de uma ampla esfera de liberdade negocial com base no artigo 173 da Constituição, depois passou a tornar disponíveis e contingentes os poderes exorbitantes que decorrem necessariamente da lei e da posição especial da Administração, e agora coloca-se em franco conflito com a Lei nº 8.666/1993 ao admitir que *toda a Administração* (independentemente de ser

atingida ou não pelo artigo 173) possa recorrer à arbitragem mesmo quando isso não houver sido previsto em um edital de licitação.

Temos, por trás disso, dois *modelos de compreensão* em jogo: ora a Administração que contrata é compreendida como *Poder Público*, e então sua vinculação à lei é destacada; ora a Administração que contrata é compreendida como comparável aos *particulares*, e então reconhece-se a ela um *espaço de liberdade* semelhante ao que decorre da autonomia privada. Os exemplos que citei acima mostram que a jurisprudência oscila entre um e outro desses modelos e que, mesmo quando assume um deles como ponto de partida, ela não extrai dele todas as suas implicações possíveis. As decisões sobre a impossibilidade de inclusão de cláusulas de retenção de pagamentos, sobre a impossibilidade de fixação de multa contra a Administração e sobre a vinculação da Administração ao edital de licitação, por seus fundamentos, deveriam ter levado automaticamente à rejeição da tese de que a Administração poderia incluir, em um contrato, cláusula penal não prevista em edital — a estrita vinculação ao edital e a submissão da Administração ao princípio da legalidade tornariam esse resultado impossível. A tese da "natureza privatiforme" de sociedades de economia mista deveria ter como resultado necessário a declaração da *impossibilidade de utilização* dos poderes exorbitantes do artigo 58 da Lei nº 8.666/1993. Não é o que acontece: o Tribunal, de um lado, força essa tese *além* dos seus limites devidos ao simplesmente *não tomar conhecimento* de que as sociedades de economia mista envolvidas nos casos que apreciou eram ou *prestadoras de serviço público* (casos "CEEE" e "Compagás"), ou haviam firmado contratos *enquanto permissionárias de serviço público* (caso "Nuclep"), ou mesmo que haviam feito contratos *ancilares* à prestação de um serviço público (casos "CEEE" e "Compagás"). De outro, ele também vai *aquém* de quanto poderia: ele prefere dizer que o princípio da boa-fé pode impedir o exercício de um poder exorbitante nos casos em que essa conduta puder conflitar com uma cláusula contratual, mas não analisa a compatibilidade entre esses poderes e a tese da "natureza privatiforme". Ao mesmo tempo, as sociedades de economia mista e empresas públicas acabam sendo *mais e menos* privadas do que deveriam ser.

Afinal, quando contrata, a Administração submete-se aos modelos tipicamente empregados para avaliar seus regulamentos e atos unilaterais (submissão estrita à legalidade, compreendida como reserva legal e combinada com a necessidade de *standards* com densidade mínima nas leis habilitantes da ação

pública, e vinculação estrita a editais de licitação) ou ela aproxima-se substancialmente dos modelos empregados pelos agentes privados na elaboração dos seus contratos (legalidade entendida apenas como supremacia de lei, impondo algumas condutas e vedando algumas outras, e espaço de livre negociação supletivo das diretrizes legais)? Ou, repetindo a pergunta feita na introdução deste estudo: a Administração que contrata é a *mesma* Administração que regulamenta? Se não é, *deveria ser*?

Capítulo 2 — Resumo do argumento

O argumento que será desenvolvido nesta dissertação responde à primeira dessas perguntas de maneira negativa: atualmente, a Administração que contrata **não** é a mesma Administração que edita atos unilaterais e regulamenta. A resposta à segunda pergunta é afirmativa: como as bases constitucionais que condicionam a atuação da Administração nesses dois campos são as mesmas, ela *deveria* ser a mesma — deveria ser uma só Administração, e não uma Administração que, à maneira de Janus, pode escolher atuar por uma face de direito privado ou por uma face de direito público.

Se nós retrocedermos duzentos anos, encontraremos, na França, um sistema de Direito Administrativo em que *todos* os contratos firmados pela Administração *possuíam natureza privada*. As razões desse entendimento são anteriores à Revolução Francesa e suas raízes últimas remontam à Roma Imperial. No início do século XX, surgiu, por motivos que ficarão claros ao longo deste texto, uma teoria *inversa* à anterior: se antes se dizia que, quando o Estado contratava, ele renunciava à sua posição de supremacia e se nivelava com o particular com quem estabelecia um pacto, a doutrina do início do século XX adotou a tese *contrária* — e argumentou que, mesmo ao contratar, o Estado *não* poderia se despir da sua posição de superioridade, o que fazia com que ele tivesse certos privilégios exorbitantes em algumas relações contratuais que estabelecia. A partir daí, nasceria a teoria dos contratos administrativos.

Em um primeiro momento, nós tínhamos uma concepção de acordo com a qual o Estado era visto como possuindo "dois níveis" — um, onde se concentrava o exercício das prerrogativas ínsitas à soberania, e que depois veio a ser conhecido como *État puissance*; outro, onde o Estado agia como se um particular fosse, e que

foi chamado de *État propriétaire*. No início do século XIX, esses dois níveis agiam de acordo com regimes jurídicos distintos: a lei, manifestação da vontade geral, limitava a ação do *État puissance*, impedindo que ele violasse direitos reconhecidos à sociedade civil; e o regime geral de Direito Civil regulava a conduta do *État propriétaire*. Na virada para o século XX, uma parte dos contratos firmados pelo Estado foi *descolada* da sua face proprietária e *vinculada* à sua face *puissante*. É esse movimento teórico que gera a teoria dos contratos administrativos.

Essa teoria foi criada pelo Conselho de Estado e pela doutrina sobretudo para resolver alguns *problemas práticos e políticos* decorrentes da Segunda Revolução Industrial e da guinada à esquerda que ocorreu durante a IIIª República. A brecha por ela aberta seria aproveitada durante as Grandes Guerras do século XX para desenvolver um regime especial e mais flexível para os contratos do Estado — permitindo a realização de revisões em seu conteúdo que eram inconcebíveis para os contratos firmados de acordo com o Direito Civil. Desenvolveu-se um corpo doutrinário em torno desses institutos forjados na casuística do Conselho de Estado: *jus variandi*, cláusula *rebus sic stantibus*, equilíbrio econômico-financeiro, rescisão unilateral, conexão com um serviço público. Esse corpo doutrinário, no entanto, *não foi completamente teorizado* no momento em que surgiu — cunhado pelo Conselho de Estado no meio dos litígios que lhe eram submetidos, ele surgiu para *resolver problemas* que precisavam ser equacionados pela jurisdição administrativa. Foi preciso esperar até 1945 para que Péquignot denunciasse o fato de que o Conselho de Estado jamais havia formulado uma teoria coerente capaz de explicar a teoria do contrato administrativo como um todo e propusesse que o fundamento dos contratos administrativos deveria ser o mesmo dos atos unilaterais da Administração: seu poder discricionário.

A doutrina francesa, todavia, nunca disse que *toda* a autonomia contratual da Administração deveria ser reconduzida a seu poder discricionário: ela prefere entender que contratos feitos por entes públicos possam ser classificados como "públicos" ou como "privados" (i.e., idênticos aos contratos firmados por pessoas privadas) de acordo com *o rol de cláusulas que apresentam* ou de acordo com *seu grau de conexão* com um serviço público. Essa maneira de organizar o problema deixa a doutrina continuamente aprisionada no modelo dicotômico "contratos

administrativos" e "contratos de direito privado"⁴⁷. Ela também parece pressupor que a autonomia contratual por trás de *ambos* é preponderantemente privada — afinal, como explicar que um *mesmo* contrato possa ser administrativo ou não dependendo da presença, em seu rol de cláusulas, de dois ou três poderes contratuais que a Administração pode *escolher* incluir em uma minuta contratual ou *não*? Há aqui um primeiro problema que eu chamaria de "teorização incompleta do instituto".

Esse problema foi *agravado* no Brasil em razão da nossa formação constitucional. O Direito Administrativo praticado no Brasil Império é uma cópia do Direito Administrativo francês do século XIX: aqui, como lá, praticava-se a doutrina conforme a qual todos os contratos firmados pela Administração eram *de natureza privada*. As complicações começam a ocorrer no final do século XIX: enquanto a França abandonaria o Direito Administrativo liberal do século XIX a partir da IIIª República, o Brasil passou por dois movimentos distintos: nós *primeiro* abandonamos os fundamentos constitucionais que serviam de sustentação ao Direito Administrativo Imperial quando, em 1889, construímos uma República lastreada nos institutos do Direito Constitucional norte-americano. Essa mudança de fundamento deveria ter levado à rejeição de vários institutos de nosso Direito Administrativo, mas isso não aconteceu: eles continuaram presentes em nossa tradição *durante toda a República Velha* (e nela estão até hoje). Há uma lenta recepção da doutrina francesa ao longo desse período, mas nosso Direito Administrativo só segue a guinada socializante feita pela França no início do século XX a partir da Revolução de 30: é aí que a figura dos contratos administrativos e o conceito de serviço público realmente são acolhidos em nosso sistema.

Esse processo fez com que os problemas decorrentes da "teorização incompleta do instituto" fossem agravados: é que, quando nós rejeitamos os fundamentos constitucionais inspirados na experiência francesa e optamos por um regime baseado na experiência americana, importamos toda uma nova concepção sobre *o papel da lei* e sobre *a relação entre Poder Legislativo e Poder Executivo*. Essa visão está refletida nas citações sobre o princípio da legalidade que estão no primeiro capítulo deste trabalho; elas demandam uma submissão *mais estrita* do Executivo à lei do que a visão francesa. Se na França é possível, até hoje, falar-se

⁴⁷ Com exceções: propondo a adoção de um critério *orgânico* que abranja todos os contratos firmados por entes públicos, cf. MARCUS, Laure. **L'unité des contrats publics**. Paris: Dalloz, 2010.

globalmente em submissão da Administração "ao Direito", nos Estados Unidos o ponto de partida é sempre a submissão do Poder Executivo, nas suas competências ordinárias, à *lei* — ainda que, depois, o alcance dessas competências legais possa ser definido com a ajuda de instituições da *common law* ou princípios interpretativos dela decorrentes. Essa submissão estrita deveria, em tese, ter causado uma mudança na maneira como concebíamos os contratos que eram "vinculados à face *puissante*" do Estado (além de uma mudança na maneira em que concebíamos outros institutos de nosso Direito Administrativo, como o poder regulamentar e o poder discricionário). No entanto, nós nunca o fizemos: juntando pedaços de tradições diferentes, formamos uma colcha de retalhos jurídica e forçamos esses pedaços a trabalhar em conjunto como se eles fossem compatíveis entre si. Eles não o são, e essa incompatibilidade gera as dificuldades que foram listadas no capítulo anterior. Precisamos, por isso, enfrentá-la, e resolvê-la, para que as questões que foram antes apresentadas possam ser solucionadas de uma maneira mais clara, compreensível e consistente.

A solução para o problema, como explicarei ao longo deste texto, passa por dois movimentos: primeiro, por uma compreensão das origens históricas dos nossos institutos de Direito Administrativo, e por uma compreensão dos conceitos que inconscientemente estamos utilizando quando recebemos as formulações do Conselho de Estado e da doutrina francesa. Nós temos que tornar evidente o conflito entre os fundamentos desses conceitos e os fundamentos de nosso Direito Constitucional, e depois *reformular* a maneira como concebemos esses institutos que importamos para que eles sejam compatíveis com as bases de nosso sistema jurídico. O segundo movimento consiste reformatar a teoria dos contratos da Administração de maneira a fazer com que esses dois blocos conceituais voltem a conversar entre si.

Capítulo 3 — Referencial teórico

§1º Introdução: o estruturalismo e a arqueologia

O argumento desta dissertação está baseado na análise da formação histórica do conceito de contrato administrativo. Para isso, utilizarei o método genealógico de Michel Foucault. É conveniente, para compreender como ele

funciona, possuir uma visão de conjunto sobre a obra de Foucault e compreender de que maneira essa genealogia articula-se com outras partes dela⁴⁸.

A primeira fase da produção de Foucault pode ser inserida no movimento filosófico que se convencionou chamar estruturalismo⁴⁹. O estruturalismo foi uma

⁴⁸ De elaboração do próprio Foucault, conferir as seguintes obras **História da Loucura na Idade Clássica**. 9. ed. Trad. de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010; **O nascimento da clínica**. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977; **As Palavras e as Coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. 9. ed. Trad. de Salma Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007; **A arqueologia do saber**. Trad. de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010; **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 19. ed. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999; **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Machado e Eduardo Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003; **História da Sexualidade: A vontade de saber**. 19. ed. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2009. v. 1; **História da Sexualidade: o uso dos prazeres**. 12. ed. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2007. v. 2; e **História da Sexualidade: o cuidado de si**. 9. ed. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Edições Graal, 2007. v. 3. Em complemento a elas, merecem ser lidas (a.) as transcrições dos cursos ministrados por Foucault no Collège de France entre 1970 e 1984 (que estão em curso de publicação em língua portuguesa), e (b.) a compilação da produção esparsa de Foucault (entrevistas, artigos e textos curtos) feita na coleção *Ditos e Escritos* (também ainda em curso de publicação em língua portuguesa). Em complemento ao *corpus* elaborado por Foucault, várias obras foram produzidas sobre seu pensamento. Dentre elas, destaco: DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Trad. de Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 2005; VEYNE, Paul. **Foucault: seu pensamento, sua pessoa**. Trad. de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011; CASTRO, Edgardo. **Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores**. Trad. de Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009; BILLOUET, Pierre. **Foucault**. Trad. de Beatriz Sidou. São Paulo: Estação Liberdade, 2003; OKSALA, Johanna. **Como ler Foucault**. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2011; MILLER, James. **La pasión de Michel Foucault**. Trad. para o espanhol de Oscar Luis Molina. Santiago: Andrés Bello, 1996; DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Carneiro. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010; HONNETH, Axel. **Crítica del Poder: Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad**. Trad. para o espanhol de Germán Cano. Madrid: Machado Libros, 2009; v. também, para uma boa visão global e uma explicação da relação entre o saber/poder e a dominação (embora com algumas imprecisões quanto às possibilidades e finalidades, para Foucault, do exercício de resistência ao poder), o capítulo sobre Foucault incluído em COHEN, Jean; ARATO, Andrew. **Civil Society and Political Theory**. Massachusetts: MIT Press, 1994. Sobre o surgimento do estruturalismo, seus fundamentos e suas vertentes, a referência obrigatória é DOSSE, François. **História do Estruturalismo**. Trad. de Álvaro Cabral. Bauru: Edusc, 2007. 2 v. Existe um capítulo sobre estruturalismo e Direito no volume III da obra *Sistema e Estrutura no Direito*, de Mario Losano (LOSANO, Mario. **Sistema e Estrutura no Direito**. Do século XX à pós-modernidade. Trad. Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. 3) que merece ser lido. Sobre a relação entre o pensamento de Foucault e o Direito, na literatura jurídica nacional, v. FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Michel Foucault e o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011; e, usando uma metodologia similar em um estudo de cunho histórico, LOPES, José Reinaldo de Lima. **As Palavras e a Lei: Direito, Ordem e Justiça no Pensamento Moderno**. São Paulo: Editora 34, 2004.

⁴⁹ Fala-se em "*pode ser*" para facilitar a compreensão dos mecanismos básicos da arqueologia para um leitor que não esteja familiarizado com ela. Foucault, especialmente depois da adoção do método genealógico (v. o próximo parágrafo deste capítulo), negou que houvesse sido um autor estruturalista. Sua ênfase *no sistema conceitual* subjacente aos discursos e sua rejeição da filosofia centrada no sujeito *a la* Sartre, contudo, permitem o estabelecimento de uma relação de parentesco entre suas análises e o modelo estruturalista. Fique-se, de qualquer maneira, com os

reação promovida contra o que se percebeu como sendo uma insuficiência da fenomenologia, da maneira em que originalmente pensada na Alemanha e depois recepcionada na França, a partir da obra de Heidegger, por Sartre. Contra a fenomenologia, os estruturalistas pretendiam ressaltar que o sujeito não era o núcleo a partir do qual irradiava-se o sentido das ações humanas: mais do que o sujeito, seria um *sistema* exterior a ele o maior responsável pela determinação do sentido das suas próprias condutas. No lugar da "liberdade" sartreana, um conjunto de regras exteriores ao sujeito e que, mesmo que ele não o perceba, condiciona e determina o sentido de suas condutas.

Esse foco no sistema está presente nas obras dos estruturalistas mais conhecidos: Lévi-Strauss utiliza-o na antropologia, observando sociedades primitivas e tentando descobrir, nelas, um sistema de leis universais que explique seus costumes e práticas; Roland Barthes, na literatura, tenta identificar um sistema de códigos que permita a decifração dos signos; Lacan, na psicologia, propõe que consideremos o inconsciente como um sistema simbólico que condiciona as ações do sujeito. Foucault, na sua primeira fase, utiliza a ideia de sistema e joga-a sobre a história (e é difícil definir se o que ele faz é filosofia, historiografia ou sociologia). Ele afirma que nós só podemos verdadeiramente entender a linguagem e os conceitos empregados em uma determinada época à luz de um tipo de *a priori histórico* que lhe seria próprio — e cunha um conceito chamado *episteme* para designá-lo. Essa grade conceitual inconsciente, a *episteme*, seria a maior responsável pela determinação do sentido das manifestações discursivas dos indivíduos.

Foucault denominou *arqueologia* a essa atividade de "desencavar" a grade conceitual própria de cada época. Kant já havia utilizado o termo "arqueologia" para

esclarecimentos feitos pelo próprio Foucault em uma entrevista concedida em 1977: "[...] não sou de modo algum estruturalista, já que os estruturalistas dos anos 50, 60, tinham essencialmente como alvo definir um método que fosse, senão universalmente válido, ao menos geralmente válido para toda uma série de objetos diferentes: a linguagem, os discursos literários, os relatos míticos, a iconografia, a arquitetura... Este não é absolutamente meu problema: procuro fazer aparecer essa espécie de camada, ia dizer essa interface, como dizem os técnicos modernos, a interface do saber e do poder, da verdade e do poder. É isso. Eis aí meu problema." (FOUCAULT, Michel. Poder e Saber. In: **Estratégia, Poder-Saber**. 2. ed. Trad. de Vera Lucia Avellar Ribeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (Ditos e Escritos, v. 4). p. 229). Sobre isso, e para um contraponto, cf. a explicação apresentada por Edgardo Castro, destacando que Foucault às vezes admitia, às vezes negava, sua filiação com o movimento estruturalista. No resumo de Castro: "Brevemente, a situação poderia ser esclarecida dizendo que *La naissance de la clinique* e, em parte, *Les mots et les choses*, marcam uma aproximação entre Foucault e o estruturalismo; a partir daqui, há cada vez maior afastamento." (CASTRO, Edgardo. **Vocabulário de Foucault**: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Trad. de Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 152-3).

designar a atividade de investigar a história das formas de pensamento. Foucault recolhe esse termo e torce-o em uma direção diferente⁵⁰: se para Kant as condições *a priori* que permitiam o conhecimento eram transcendentais e universais, e por isso seria possível falar em uma história apriorística da filosofia, para Foucault essas condições eram *históricas, mutáveis e contingentes* — e então o que podemos fazer não é a história de um pensamento racional em constante aperfeiçoamento, mas a história da uma sucessão das diferentes *formas humanas* — e absolutamente contingentes — de conceber e lidar com a realidade⁵¹.

Como explica Foucault no prefácio de *As Palavras e as Coisas*, o objetivo de sua análise arqueológica é "*encontrar a partir de que foram possíveis conhecimentos e teorias*", e identificar "*na base de que a priori histórico [...] puderam aparecer idéias*". Não se trata de fazer uma história do aperfeiçoamento contínuo da filosofia humana, mas, inteiramente pelo contrário, de "*trazer à luz o campo epistemológico*" a partir do qual, em cada momento de nossa história, foi possível conceber este ou aquele conjunto de ideias:

Tal análise, como se vê, não compete à história das idéias ou das ciências: **é antes um estudo que se esforça por encontrar a partir de que foram possíveis conhecimentos e teorias; segundo qual espaço de ordem se constituiu o saber; na base de qual a priori**

⁵⁰ Foucault, em uma resposta apresentada a uma crítica de *As Palavras e as Coisas*, afirmou que sua inspiração para utilizar o termo "arqueologia" era kantiana (e reprovou seu crítico por não haver lido Kant), mas nunca identificou o texto onde Kant teria utilizado essa expressão. Essa referência foi depois encontrada por comentaristas da obra de Foucault: trata-se de um rascunho inacabado elaborado por Kant em 1791 cujo título é "*Qual real progresso fez a metafísica na Alemanha desde o tempo de Leibniz e Wolff?*" Uma versão dele foi compilada depois do falecimento de Kant, com base em três manuscritos, por seu amigo Friedrich Theodor Rink; os originais foram perdidos, e é difícil estabelecer que Kant tenha sido o real autor desse texto (ou em que medida o foi). Uma comparação detalhada entre as arqueologias de Kant e Foucault pode ser encontrada em MCQUILLAN, Colin. *Philosophical Archaeology in Kant, Foucault and Agamben*. *Parrhesia*, n. 10, p. 39-49, 2010. Disponível em: <http://www.parrhesiajournal.org/parrhesia10/parrhesia10_mcquillan.pdf>. Acesso em: 02 maio 2012. O trecho do artigo de Kant ao qual Foucault fez referência, em inglês, está transcrito neste artigo — cuja tradução para o português é "*uma história filosófica da filosofia é em si possível, não historicamente ou empiricamente, mas racionalmente, i.e., a priori. Pois embora ela estabeleça fatos da razão, ela não os extrai de narrativa histórica, mas retira-os da natureza da razão humana, como uma arqueologia filosófica*". O mesmo trecho, também em inglês e com conteúdo idêntico, está também em DJABALLAH, Marc. *Kant, Foucault, and Forms of Experience*. Nova York: Routledge, 2008. p. 10. Uma tradução para o espanhol a partir do italiano, com estrutura um pouco diferente mas com sentido idêntico, está em AGAMBEN, Giorgio. *Signatura rerum*: sobre el método. Trad. de Flavia Costa e Mercedes Ruvituso. Barcelona: Anagrama, 2010. p. 109.

⁵¹ Na boa síntese de Edgardo Castro: "*Para expressá-lo em outros termos, em Foucault, à diferença de Kant, não há nenhuma subjetividade transcendental, mas sim dispersão histórica.*" (CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Trad. de Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 237).

histórico e no elemento de qual positividade puderam aparecer idéias, constituir-se ciências, refletir-se experiências em filosofias, formar-se racionalidades, para talvez se desarticulem e logo desvanecerem. Não se tratará, portanto, de conhecimentos descritos no seu progresso em direção a uma objetividade na qual nossa ciência de hoje pudesse enfim se reconhecer; **o que se quer trazer à luz é o campo epistemológico, a epistémê onde os conhecimentos, encarados fora de qualquer critério referente a seu valor racional ou a suas formas objetivas, enraízam sua positividade e manifestam assim uma história que não é a de sua perfeição crescente, mas, antes, a de suas condições de possibilidade**; neste relato, o que deve aparecer são, no espaço do saber, as configurações que deram lugar às formas diversas do conhecimento empírico. Mas que de uma história no sentido tradicional da palavra, trata-se de uma "arqueologia"⁵².

Há alguma semelhança entre essa maneira de colocar as coisas e a filosofia do segundo Wittgenstein: assim como Wittgenstein diria que a linguagem condiciona o nosso pensamento, Foucault faria referência a essa grade conceitual que condiciona a maneira pela qual as pessoas compreendem o mundo — e articulam o seu pensamento e a sua linguagem. A diferença está em que, enquanto Wittgenstein falaria em "jogos de palavras", Foucault trabalharia com "jogos de verdade". A história crítica do pensamento, nessa perspectiva, não deve se ocupar com o progressivo desvelamento de uma forma "verdadeira" de pensar: ela se preocupa com a compreensão das regras internas que governam os *jogos de verdade* adotados em cada época. É a história das *veridicções* (i.e., dos regimes de verdade), não a história da verdade, que é analisada por Foucault.

Essa objetivação e essa subjetivação não são independentes uma da outra: do seu desenvolvimento mútuo e de sua ligação recíproca se originam **o que se poderia chamar de "jogos de verdade": ou seja, não a descoberta das coisas verdadeiras, mas as regras segundo as quais, a respeito de certas coisas, aquilo que um sujeito pode dizer decorre da questão do verdadeiro e do falso**. Em suma, a história crítica do pensamento não é uma história das aquisições nem das ocultações da verdade; é a história da emergência dos jogos de verdade: é a história das veridicções, entendidas como as formas pelas quais se articulam, sobre um campo de coisas, discursos capazes de serem ditos verdadeiros ou falsos: quais foram as condições dessa emergência, o preço com o qual, de qualquer forma, ela foi paga, seus efeitos no real e **a maneira pela qual, ligando um certo tipo de objeto a certas**

⁵² FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. 9. ed. Trad. de Salma Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XVIII e XIX. Grifei. Os itálicos são do original.

modalidades do sujeito, ela constituiu, por um tempo, uma área e determinados indivíduos, o a priori histórico de uma experiência possível⁵³.

Fala-se em "jogos de verdade", e não de uma "verdade", porque na visão de Foucault não existe uma "verdade" natural ou superior que deva ser posta a descoberto pela filosofia: toda a nossa compreensão resulta sempre de epistemes que são criação humana. O uso contínuo de uma episteme ou dos conceitos ligados a ela pode fazer com que essas formas culturais se *naturalizem* e apareçam aos nossos olhos como sendo exigências necessárias da razão ou como o fruto de um longo processo de aperfeiçoamento da cultura⁵⁴. No entanto, se nós observarmos a história com atenção, notaremos a existência de substanciais diferenças entre as grades conceituais empregadas ao longo de nosso passado. Compreenderemos também, analisando os momentos de ruptura entre épocas que utilizaram diferentes epistemes, que *outras grades conceituais* diferentes daquelas que foram utilizadas poderiam ter sido postas em prática. De nossa experiência de estranhamento ao tomarmos conhecimento desse passado, perceberemos como tudo aquilo que nos pode parecer natural, imparcial e necessário é, na verdade, relativo e contingente.

Um ótimo exemplo dessa metodologia arqueológica está em *As Palavras e as Coisas*. Nele, Foucault identifica, em três períodos históricos distintos, três epistemes diferentes. Ele inicialmente explica que, até o final do século XVI, a relação entre os elementos existentes no mundo era pensada em termos de *semelhanças*: todas as coisas seriam parte de um plano divino superior e concebidas por ele. Alguns *signos* nelas existentes dariam mostras de sua posição nesse plano geral. A correta leitura desses signos e o estabelecimento de semelhanças entre elementos da realidade poderia, assim, servir como indicativo das suas respectivas posições e aptidões — levando a um conhecimento

⁵³ FOUCAULT, Michel. *Foucault*, [verbetes escrito por Michel Foucault, sob o pseudônimo Maurice Florence, para o *Dictionnaire des Philosophes* editado por Denis Huisman em 1984]. In: **Ética, Sexualidade, Política**: Ditos e Escritos. 2. e.d. Trad. de Elisa Monteiro e Inês Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. v. 5, p. 235. Grifei.

⁵⁴ Paul Veyne, referindo-se ao pensamento de Foucault, explica o conceito de episteme com a seguinte ilustração: "**a cada época, os contemporâneos estão, portanto, tão encerrados em discursos como em aquários falsamente transparentes, e ignoram que aquários são esses e até mesmo o fato de que há um. As falsas generalidades e os discursos variam ao longo do tempo; mas a cada época eles passam por verdadeiros. De modo que a verdade se reduz a um dizer verdadeiro, a falar de maneira conforme ao que se admite ser verdadeiro e que fará sorrir um século mais tarde.**" (VEYNE, Paul. **Foucault**: seu pensamento, sua pessoa. Trad. de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 25. Grifei).

progressivo do plano divino e do lugar de cada coisa dentro dele⁵⁵. A linguagem antiga, para isso, era vista como sendo especialmente valiosa: os antigos teriam recebido de Deus uma linguagem transparente e que designava as propriedades de cada objeto. Essa relação teria sido perdida em Babel: outras línguas assemelhadas a essa língua original teriam surgido, e apenas o hebraico guardaria essa transparência original. Mesmo assim, continuaria a existir alguma relação entre as linguagens derivadas e as propriedades das coisas; essas linguagens também conteriam signos, e deveriam ser estudadas como qualquer outra coisa da natureza.

Durante a Idade Clássica (a partir de meados do século XVII), esse *a priori* histórico é modificado: pensa-se que o raciocínio baseado em semelhanças adotado durante o século XVI — mais retórico do que empírico — era apressado e enganoso. Surge, em seu lugar, a ideia de que caberia ao homem construir um *sistema de representação* da realidade — que, por meio do estabelecimento de um complexo de *identidades e diferenças*, com base empírica, levasse à identificação de uma ordem que permitisse a correta compreensão do mundo. O modo como a linguagem era concebida também muda: trata-se agora de utilizar a linguagem para criar um sistema de representação adequado, traduzindo os resultados da percepção humana — não de criar um sistema de compreensão do mundo que utilize, como um de seus pontos de partida, a linguagem e uma conexão que ela teria com a natureza das coisas. No início da modernidade (o início do século XIX), por fim, abandona-se a ideia de uma ordem que fosse preciso representar para poder compreender o funcionamento das coisas. As coisas não foram mais analisadas a partir de seu

⁵⁵ Esse mesmo aspecto da episteme renascentista foi desenvolvido de maneira clara, recentemente, por Giorgio Agamben. Cf. *Teoría de las Signaturas. In: Signatura rerum: sobre el método*. Trad. de Flavia Costa e Mercedes Ruvituso. Barcelona: Editorial Anagrama, 2010. p. 43 e ss. A assinatura (*signatura*), na episteme renascentista, era a ciência de identificação/atribuição dos *signos* de uma coisa que marcavam o lugar de sua inscrição dentro da ordem universal. Agamben extrapola o conceito de assinatura para outras épocas: ele entende que podemos entender como assinatura aquilo que, em cada período, remete um signo univocamente a um determinado sentido, e depois propõe que a arqueologia deve ser compreendida como a "*ciência das assinaturas*." Do original: "*O signo significa porque leva uma assinatura, mas essa predetermina necessariamente a sua interpretação e distribui o seu uso e a sua eficácia segundo regras, práticas e preceitos que devem ser reconhecidos. A arqueologia é, nesse sentido, a ciência das assinaturas*" (p. 86). Traduzido do espanhol. O mesmo raciocínio é apresentado por Agamben nas páginas iniciais de **O Reino e a Glória: uma genealogia teológica da economia e do governo**. Trad. de Selvino Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 15-6. A tradução em português de *As Palavras e as Coisas* usa o termo "assinalação" no lugar de "assinatura" (op. cit., p. 35 e ss. No original em francês, a expressão utilizada é "signature"; cf. **Les Mots et les Choses**. Paris: Editions Gallimard, 1966. p. 40 e ss.), e com isso dificulta a compreensão plena do raciocínio de Foucault.

lugar nessa ordem, mas a partir de seu modo específico de existir dentro da história e a partir de suas regras *internas* e *individuais* de funcionamento.

É particularmente notável, na exposição de Foucault, que ele consiga demonstrar essa mesma mudança de disposição epistemológica em campos do conhecimento humano ligados à análise da linguagem, da natureza e das riquezas. As variações ocorridas nesses campos são semelhantes e seguem as mudanças epistêmicas acima indicadas: a língua deixa de ser vista como um complexo de signos identificados com a natureza das coisas e passa, primeiro, a ser concebida como meios de constituição de uma ordem geral de representação e articulação do pensamento; depois, a ser estudada em seus elementos morfológicos e em sua história. A moeda deixa de ser pensada a partir dos *signos* de riqueza que lhe são inerentes (era, por isso, cunhada em metais preciosos) e passa a servir como *representação* da riqueza, que era determinada por uma ordem geral de necessidades e desejos; o valor de uma coisa, depois, começaria a ser associado às características do processo responsável por sua produção e comparado com os seus preços. Os seres vivos deixam de ser compreendidos a partir de um complexo de *signos* que lhes marcaria a posição dentro de uma Ordem superior e passam, na virada para a Idade Clássica, a ser estudados a partir da observação empírica de suas diferenças e semelhanças; mais à frente, passariam a ser compreendidos desde a estrutura interna e individual de seus organismos. Em todos esses domínios, vai-se da *interpretação* dos signos à *representação* de uma ordem global e, depois, a uma tentativa de compreender o modo de ser de cada coisa dentro de sua história.

O objetivo de Foucault, com isso, é explicar que *"a ordem, sobre cujo fundamento pensamos, não tem o mesmo modo de ser dos clássicos"*, e que aparentes continuidades entre a cultura européia do século XX e dos séculos anteriores eram apenas *"um efeito de superfície"*, pois *"o modo de ser das coisas e da ordem que, distribuindo-as, oferece-as ao saber, [...] foi profundamente alterado"* entre o século XVI e o século XX⁵⁶. Nossa impressão de um *"aperfeiçoamento constante do conhecimento"* é falsa: o que ocorreu foi uma *mudança dos*

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. 9. ed. Trad. de Salma Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XIX.

pressupostos sobre os quais o conhecimento humano passou a ser formatado — uma mudança de *episteme*.

Que novo modo de ser devem ter recebido para que todas essas mudanças foram possíveis e para que aparecessem, ao cabo de alguns anos apenas, esses saberes agora familiares a que chamamos, desde o século XIX, filologia, biologia, economia política? Imaginamos facilmente que, se esses novos domínios foram definidos no século passado, é porque um pouco mais de objetividade no conhecimento, de exatidão na observação, de rigor no raciocínio, de organização na pesquisa e na informação científica — tudo isso ajudado, com um pouco de sorte ou de gênio, por algumas descobertas felizes, nos fez sair de uma idade pré-histórica em que o saber balbuciava ainda com a *Gramática de Port-Royal*, as classificações de Lineu e as teorias do comércio e da agricultura. **Mas se, do ponto de vista da racionalidade dos conhecimentos, podemos realmente falar em pré-história, para as positivities só podemos falar em história.** E foi realmente necessário um acontecimento fundamental — um dos mais radicais, sem dúvida, que ocorreram na cultura ocidental, para que se desfizesse a positividade do saber clássico e se constituísse uma positividade de que, por certo, não saímos inteiramente⁵⁷.

Dois movimentos teóricos são bastante conhecidos nessa primeira fase da obra de Foucault. O primeiro é a afirmação de que a arqueologia tenta fazer a análise de documentos históricos não como se fossem "*indícios de alguma outra coisa que se pretende dizer*", ou seja, como se precisassem ser *interpretados*, mas como *monumentos*, como exercícios de construção que reúnem blocos exteriores a seu autor. O autor é meramente o veículo por intermédio do qual esses blocos exteriores são agrupados e organizados na forma de enunciados; em lugar de tentar identificar a *intenção subjetiva* do autor, a análise de Foucault tenta reconstruir a *ordem, externa a ele*, que condiciona a existência da linguagem e dos conceitos que ele emprega.

O segundo é a *posição* que Foucault assume em relação à cultura francesa contemporânea. Para poder identificar os componentes da *episteme* a partir da qual ele próprio fala, Foucault precisa posicionar-se "*fora*" da cultura francesa. Ele então emprega o mesmo ponto de vista da etnologia, usualmente aplicada a culturas selvagens, e estuda a sua própria cultura como se ela fosse algo alheio a ele. Nessa perspectiva, percebe-se, pouco importa que um determinado conceito seja

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. 9. ed. Trad. de Salma Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 301-2. Grifei.

percebido como "necessário", "correto" ou "justo": o essencial é perceber como ele está relacionado com a grade conceitual histórica que lhe subjaz⁵⁸.

§2º Segunda fase: o poder e a genealogia

No final da década de 1960, Foucault decide alterar o foco de seus estudos. A explicação que ele apresentou sobre as epistemes em *As Palavras e as Coisas* não conseguia responder a algumas perguntas fundamentais: qual era a razão pela qual uma episteme se constituía? Como uma episteme deixava de existir? Foucault explica que essas perguntas ocuparam sua cabeça depois das críticas formuladas a seus livros e depois dos eventos de maio de 1968. Ele também passa a sentir nos eventos de 1968 uma manifestação decorrente de um desconforto da sociedade com o que ele chama de um "excesso de poder" — i.e., a maneira pela qual o poder era exercido na sociedade e se fazia presente nos menores detalhes das vidas das pessoas. Passa, então, a investigar as razões que levam o poder a ser exercido desta ou daquela maneira para compreender a origem de tal excesso⁵⁹.

A solução para esse problema passa por um refinamento do método arqueológico: como seu complemento, surge a *genealogia*. Se a arqueologia procurava identificar as grades conceituais gerais que dominavam determinados períodos, a genealogia efetua a história da evolução de conceitos e práticas sociais

⁵⁸ Como explica Axel Honneth: "O benefício teórico que Foucault espera de uma empreitada com essas características é fácil de adivinhar: os componentes elementares de um contexto cultural de vida devem poder aparecer despidos aos olhos, de uma maneira isenta de preconceitos, dado que são percebidos desde a perspectiva de um saber estranho. **A peculiaridade de uma cultura revela-se a nós precisamente na medida em que saímos fora do marco perceptivo cuja evidência em primeira instância sentimos como natural e aprendemos a adotar o ponto de vista, por assim dizer, de um observador estrangeiro**" (HONNETH, Axel. *Crítica del Poder: Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad*. Trad. para o espanhol de Germán Cano. Madri: Machado Libros, 2009. p. 173. Traduzi do espanhol e grifei).

⁵⁹ "Durante muito tempo acreditei que aquilo de que eu corria atrás era uma espécie de análise dos saberes e dos conhecimentos, tais como podem existir em uma sociedade como a nossa: o que se sabe da loucura, o que se sabe da doença, o que se sabe do mundo, da vida? Ora, não creio que esse era meu problema. **Meu verdadeiro problema é aquele que, aliás, atualmente, é o problema de todo mundo: o do poder.** [...] Ora, nada nos instrumentos conceituais, teóricos que tínhamos em mente nos permitia captar bem o problema do poder, já que o século, que nos legara esses instrumentos, só percebeu esse problema através dos esquemas econômicos. O século XIX nos prometera que, no dia em que os problemas econômicos se resolvessem todos os efeitos de poder suplementar excessivo estariam resolvidos. **O século XX descobriu o contrário: podem-se resolver todos os problemas econômicos que se quiser, os excessos do poder permanecem.**" (FOUCAULT, Michel. *Poder e Saber*. In: **Estratégia, Poder-Saber**. 2. ed. Trad. de Vera Lucia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (Ditos e Escritos, v. 4). p. 224-5. Grifei).

e envolve, por assim dizer, um corte transversal ao longo de períodos dominados por epistemes diferentes. Os dois métodos podem (e devem) ser combinados: a arqueologia é um estudo *sincrônico*, que procura determinar o lugar de um determinado conceito dentro do sistema de pressupostos epistemológicos que, em determinado momento, condiciona-o; a genealogia é um estudo *diacrônico*, que procura entender como um conceito ou prática social foi formado e modificado ao longo do tempo.

Não se trata da busca de um *telos* metafísico, da idealização de uma origem ou de compreender os jogos da astúcia da razão: procura-se compreender, na história humana, quais os fatores e, sobretudo, as contingências que fizeram com que um conceito ou uma prática social viessem a ter o seu perfil atual. A inspiração desse método está em Nietzsche. Em *A Genealogia da Moral*, quando explica que "*a causa da gênese de uma coisa e a sua utilidade final diferem totalmente*" e que "*toda a história de uma coisa, um órgão, um uso, pode [...] ser uma ininterrupta cadeia de signos de sempre novas interpretações e ajustes, cujas causas nem precisam estar relacionadas entre si, antes podendo se suceder e substituir de maneira meramente casual*", ele fornece um bom esboço daquilo que seria depois feito por Foucault:

Mas a "finalidade no direito" é a última coisa a se empregar na história da gênese do direito: pois não há princípio mais importante para toda ciência histórica do que este, que com tanto esforço se conquistou, mas que também *deveria* estar realmente conquistado — **o de que a causa da gênese de uma coisa e a sua utilidade final, a sua efetiva utilização e inserção em um sistema de finalidades, diferem *toto coelo* [totalmente];** de que algo existente, que de algum modo chegou a se realizar, é sempre reinterpretado para novos fins, requisitado de maneira nova, transformado e redirecionado para uma nova utilidade, por um poder que lhe é superior; **de que todo acontecimento do mundo orgânico é um *subjugar* e *assenhorear-se*, e todo *subjugar* e *assenhorear-se* é uma nova interpretação, um ajuste, no qual o "sentido" e a "finalidade" anteriores são necessariamente obscurecidos ou obliterados.** Mesmo tendo-se compreendido bem a *utilidade* de um órgão fisiológico (ou de uma instituição de direito, de um costume social, de um uso político, de uma determinada forma nas artes ou no culto religioso), nada se compreendeu acerca de sua gênese: por mais molesto e desagradável que isto soe aos ouvidos mais velhos — pois de há muito se acreditava perceber no fim demonstrável, na utilidade de uma coisa, uma forma, uma instituição, também a razão de sua gênese, o olho tendo sido feito para ver, e a mão para pegar. Assim se imaginou o castigo como inventado para castigar. **Mas todos os fins, todas as utilidades são apenas *indícios* de que uma**

vontade de poder se assenhoreou de algo menos poderoso e lhe imprimiu o sentido de uma função; e toda a história de uma "coisa", um órgão, um uso, pode desse modo ser uma ininterrupta cadeia de signos de sempre novas interpretações e ajustes, cujas causas nem precisam estar relacionadas entre si, antes podendo se suceder e substituir de maneira meramente casual. Logo, o "desenvolvimento" de uma coisa, um uso, um órgão, é tudo menos o seu *progressus* em direção a uma meta, menos ainda um *progressus* lógico e rápido, obtido com um dispêndio mínimo de forças — **mas sim a sucessão de processos de subjugamento que nela ocorrem, mais ou menos profundos, mais ou menos interdependentes, juntamente com as resistências que a cada vez encontram, as metamorfoses tentadas com o fim de defesa e reação, e também os resultados de ações contrárias bem-sucedidas. Se a forma é fluida, o 'sentido' é mais ainda...**⁶⁰

Na perspectiva de Nietzsche (que é seguida por Foucault⁶¹), um conceito integrado em nossa cultura não tem, na sua história, uma evolução que tenha tido por vocação torná-lo mais perfeito para a finalidade à qual ele sirva no presente. O que temos, ao invés disso, são várias instâncias de *reinterpretações* e *modificações* de conceitos e práticas criadas por gerações anteriores — os "*processos de subjugamento mais ou menos profundos*" de que fala o trecho acima transcrito —, cuja forma, ou cujo sentido, é modificado por forças sociais que deles se apropriam e os reorientam. Nessa linha, Nietzsche advertia que, em relação ao castigo, não se

⁶⁰ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: uma polêmica**. Trad., notas e posfácio de Paulo César de Souza. 10. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 65-6. Grifei. Os itálicos são do original.

⁶¹ Se nós tentarmos fazer uma genealogia do pensamento de Foucault, perceberemos nele a influência de Heidegger e Nietzsche. De Heidegger, Foucault aparentemente recolhe (a.) a ideia de que o homem, e sua maneira de existir, deve ser compreendido como entidade que é em um determinado tempo e (b.) o argumento de que o passar do tempo faz com que esqueçamos o significado original de práticas e conceitos adotados pela sociedade, deixando-nos aprisionados neles (e fala-se em "aparentemente" porque não fica claro, nas obras de Foucault, *quais* textos de Heidegger ele leu — ele próprio declara, como se verá a seguir, que "não conhece praticamente Ser e Tempo"). De Nietzsche, utiliza (c.) o modelo da genealogia e (d.) seu pressuposto, o ponto de vista conforme o qual os sistemas de valores utilizados pelos homens, ao longo da história, não correspondem a uma verdade "superior": eles são contingentes e moldados pela ação humana com vista a determinadas finalidades. Nas palavras de Foucault: "*Certamente. Heidegger sempre foi para mim o filósofo essencial. Comecei a ler Hegel, depois Marx, e me pus a ler Heidegger em 1951 ou 1952; e em 1953 ou 1952 - não me lembro mais - li Nietzsche. Ainda tenho as notas que tomei sobre Heidegger no momento em que o lia - são toneladas! -, e elas são muito mais importantes do que aquelas que tomei sobre Hegel ou Marx. Todo o meu futuro filosófico foi determinado por minha leitura de Heidegger. Entretanto, reconheço que Nietzsche predominou. Não conheço suficientemente Heidegger, não conheço praticamente Ser e tempo, nem as coisas recentemente editadas. Meu conhecimento de Nietzsche é bem melhor do que o de Heidegger; mas não resta dúvida de que estas são as duas experiências fundamentais que fiz.*" (FOUCAULT, Michel. O Retorno da Moral. In: **Ética, Sexualidade, Política**. 2. ed. Trad. de Elisa Monteiro e Inês Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (Ditos e Escritos, v. 5, p. 259).

pode tentar compreendê-lo a partir de sua configuração e sentido atuais: é preciso, primeiro, discernir nele aquilo que ele tem de mais *duradouro* (os atos externos, uma certa sequência de procedimentos) e aquilo que ele tem de mais *fluido* (o *sentido* ligado em cada época à realização desses procedimentos); depois, deve-se assumir que esses particulares procedimentos podem ter sido originalmente criados para uma finalidade distinta daquela do castigo — e podem ter sido dominados, muito depois de sua criação, por uma vontade que lhes imprimiu a função que atualmente possuem:

Voltando ao nosso tema, ao *castigo*, há que distinguir nele **dois aspectos: o que nele é relativamente *duradouro*, o costume, o ato, o "drama", uma certa sequência rigorosa de procedimentos, e o que é *fluido*, o sentido, o fim, a expectativa ligada à realização desses procedimentos.** Agora pressuporemos, *per analogiam* [por analogia], conforme o cardinal ponto de vista histórico acima desenvolvido, **que o procedimento mesmo seja algo mais velho, anterior à sua utilização no castigo, que este tenha sido *introduzido*, interpretado no procedimento (que há muito já existia, mas empregado em outro sentido)**, em suma, que as coisas não sejam como os nossos ingênuos genealogistas da moral e do direito até agora supunham, os quais imaginavam o procedimento como tendo sido *inventado* para fins de castigo, assim como antes se imaginava a mão inventada para o fim de agarrar⁶².

A genealogia mapeia, ao longo da história, essas modificações de forma e esses deslocamentos de sentido associados a um conceito ou a uma prática social. É por isso que Nietzsche fala em "*subjugação*", "*assenhoreamento*", "*metamorfoses*" e "*sentido fluido*". Foucault, em direção convergente, diria que a genealogia é um exercício de "*escutar a história*", e não de crer na metafísica; e que, no lugar de uma essência das coisas que nos circundam, descobriríamos que elas foram "*criadas peça por peça a partir de figuras que lhes eram estranhas*"⁶³.

⁶² NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: uma polêmica.** Trad., notas e posfácio de Paulo César de Souza. 10. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 68-9. Grifei. Os itálicos são do original.

⁶³ "*Ora, se o genealogista tem o cuidado de escutar a história em vez de crer na metafísica, o que ele aprende? Que por trás das coisas há 'algo completamente diferente': não absolutamente seu segredo essencial e sem data, mas o segredo de que elas são sem essência ou que sua essência foi construída peça por peça a partir de figuras que lhe eram estranhas. [...] O que se encontra no começo histórico das coisas não é a identidade ainda preservada de sua origem — é a discórdia entre as coisas, o disparate.*" (FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a Genealogia, a História. In: **Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento.** 2. ed. Trad. de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. (Ditos e Escritos , v. 2). p. 262-3. Grifei).

Esse processo de subjugação, redirecionamento, recorte e apropriação só é possível se existir uma independência relativa entre o nível dos conceitos e das práticas sociais e o nível das relações econômicas e das lutas sociais⁶⁴. Foucault, aqui, distancia-se do modelo marxista: ele rejeita a visão de que um aparato de poder possa produzir um discurso ideológico que encubra uma verdade autêntica e, com isso, consiga atender às necessidades de um modo de produção⁶⁵. Embora reconheça que a estrutura econômica influi sobre os processos de deslocamento de sentido estudados na genealogia, Foucault defende que as relações econômicas e as disputas de poder não moldam um aparato conceitual inteiro como se as relações sociais existissem em um vácuo: o que ocorre é a *apropriação* de formas de saber já existentes na sociedade.

Nessa visão, conceitos e práticas sociais são alvo de disputas de poder em que cada uma das facções envolvidas pretende dominá-los e modificá-los, em sua forma ou em seu sentido, da maneira que melhor aproveite a seus interesses. Há uma lógica por trás desse mecanismo: é que, ocultando-se por trás de conceitos e

⁶⁴ "No fundo, é verdade que a questão que eu formulava, eu a formulava tanto ao marxismo como a outras concepções da história e da política, e ela consistia no seguinte: as relações de poder não representariam, por exemplo, no que diz às relações de produção, **um nível de realidade a um só tempo complexo e relativamente — mas apenas relativamente — independente?** Em outros termos, eu avancei a hipótese de que existe uma especificidade das relações de poder, uma espessura, uma inércia, uma viscosidade, um desenvolvimento e uma inventividade que lhes é própria e que era preciso analisar." (FOUCAULT, Michel. *Precisões sobre o Poder. Respostas a Certas Críticas*. In: **Estratégia, Poder-Saber**. 2. ed. Trad. de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (Ditos e Escritos, v. 4). p. 274. Grifei).

⁶⁵ "Penso que a diferença [entre a posição de Foucault e a leitura materialista da história] se deve ao fato de que se trata, no materialismo histórico, de situar na base do sistema as forças produtivas, em seguida as relações de produção para se chegar à superestrutura jurídica e ideológica, e finalmente ao que dá sua profundidade, tanto ao nosso pensamento quanto à consciência dos proletários. **As relações de poder são, em minha opinião, ao mesmo tempo mais simples e mais complicadas.** Simples, porque não necessitam dessas construções piramidais; e muito mais complicadas, já que existem múltiplas relações entre, por exemplo, a tecnologia do poder e o desenvolvimento das forças produtivas. **Não se pode compreender o desenvolvimento das forças produtivas a não ser que se balizem, na indústria e na sociedade, um tipo particular ou vários tipos de poder em atividade — e em atividade no interior das forças produtivas.** O corpo humano é, nós sabemos, uma força de produção, mas o corpo não existe tal qual, como um artigo biológico ou como um material. O corpo existe no interior e através de um sistema político. [...] Marx pensava — e ele o escreveu — que o trabalho constitui a essência concreta do homem. Penso que essa é uma idéia tipicamente hegeliana. O trabalho não é a essência do homem. **Se o homem trabalha, se o corpo humano é uma força produtiva, é porque o homem é obrigado a trabalhar. E ele é obrigado porque é investido por forças políticas, porque ele é capturado nos mecanismos de poder.**" (FOUCAULT, Michel. *Diálogo sobre o Poder*. In: **Estratégia, Poder-Saber**. 2. ed. Trad. de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (Ditos e Escritos, v. 4). p. 259. Grifei). Cf. também FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 35-9, explicando que a leitura que busca estabelecer convergências entre os códigos culturais e a infra-estrutura econômica (a la Marx) é "sempre fácil demais", e que por isso mesmo ela deve sempre ser reprovada.

práticas já existentes, o poder torna mais difícil perceber sua presença — ele deixa de ser força pura e se transforma em dominação. A dominação, assim, não se instaura a partir da criação, *ex nihilo*, de um discurso "ideológico" que possa induzir as pessoas a acreditar em algo inteiramente novo e desconectado da realidade: é por meio da colonização daquilo que já existe na sociedade, sobretudo, que ele funciona. Na arqueologia, o conceito-chave era a *episteme*, que trabalhava unicamente com as relações conceituais entre pressupostos epistemológicos e os regimes discursivos; na genealogia, o conceito-chave é o *dispositivo*, que faz a ponte entre relações de força e regimes de verdade — e abrange práticas discursivas e não discursivas:

Disse que o dispositivo era de natureza essencialmente estratégica, o que supõe que trata-se no caso de uma certa manipulação das relações de força, de uma intervenção racional e organizada nestas relações de força, seja para desenvolvê-las em determinada direção, seja para bloqueá-las, para estabilizá-las, utilizá-las, etc... **O dispositivo, portanto, está sempre inscrito em um jogo de poder, estando sempre, no entanto, ligado a configurações de saber que nascem dele mas que igualmente o condicionam.** O dispositivo, portanto, está sempre inscrito em um jogo de poder, estando sempre, no entanto, ligado a uma ou a configurações de saber que dele nascem mas que igualmente o condicionam. **É isto, o dispositivo: estratégias de relações de força sustentando tipos de saber e sendo sustentadas por eles.** Em *As Palavras e as Coisas*, querendo fazer uma história da épistémè, permanecia em um impasse. Agora, gostaria de mostrar que o que chamo de dispositivo é algo muito mais geral que compreende a épistémè. Ou melhor, que a épistémè é um regime especificamente discursivo, diferente do dispositivo, que é discursivo e não discursivo, seus elementos sendo muito mais heterogêneos⁶⁶.

O poder político, na compreensão de Foucault, não é exercido independentemente das formações culturais e sociais existentes, tampouco das pequenas relações de poder já existentes no âmbito da sociedade civil: ele se exerce *por seu intermédio*, adaptando-as e utilizando-as, dentro do possível, aos seus desígnios. Não podemos, por isso, traçar o funcionamento do poder político de cima para baixo: nós precisamos, primeiro, compreender como o poder se exerce nas relações sociais mais básicas, identificar quais regimes conceituais estão envolvidos nessas relações e seus respectivos efeitos de poder; depois,

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Org. e trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 246.

compreender como outras relações de poder sucessivamente *se acoplam* a essas relações mais básicas e, utilizando-as, produzem os efeitos que desejam⁶⁷.

É como se, em resumo, houvesse uma espécie de ciclo contínuo de influência envolvendo o saber e o poder. As lutas de poder ocorrem dentro de uma sociedade que pensa e age de acordo com os discursos de verdade prevalentes em uma determinada época. As lutas de poder tentarão agir também sobre esses discursos de verdade; modificando as maneiras pelas quais as pessoas pensam e compreendem a realidade, elas produzirão novos efeitos de poder — elas darão sustentação ao sistema de poder que delas se apropriou e estabelecerão a base conceitual a partir da qual lutas futuras de poder se travarão. Foucault, ao explicar esse mecanismo, parece estar copiando as palavras de Nietzsche:

É justamente a regra que permite que seja feita violência à violência e que uma outra dominação possa dobrar aqueles mesmos que dominam. **Em si mesmas, as regras são vazias, violentas, não finalizadas;** são feitas para servir a isto ou àquilo; elas podem ser burladas ao sabor da vontade de uns ou de outros. **O grande jogo da história será de quem se apossar das regras, de quem tomar o lugar daqueles que as utilizam, de quem se disfarçar para pervertê-las, utilizá-las pelo avesso e voltá-las contra aqueles que as tinham imposto.** [...] Se interpretar fosse focalizar lentamente uma significação oculta na origem, apenas a metafísica poderia interpretar o devir da humanidade. **Mas se interpretar é apoderar-se, pela violência ou sub-repção, de um sistema de regras que não tem em si a significação essencial e impor-lhe uma direção, dobrá-lo a uma nova vontade, fazê-lo entrar em um outro jogo e submetê-lo a novas regras, então o devir da humanidade é uma série de interpretações.** E a genealogia deve ser a sua história: história das morais, dos ideais, dos conceitos metafísicos, história do conceito de liberdade ou da vida ascética,

⁶⁷ "Creio que é preciso, ao contrário, que seria preciso - é uma precaução de método a seguir - fazer uma análise ascendente do poder, ou seja, **partir dos mecanismos infinitesimais, os quais têm sua própria história, seu próprio trajeto, sua própria técnica e tática, e depois ver como esses mecanismos de poder, que têm, pois, sua solidez e, de certo modo, sua tecnologia própria, foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, inflectidos, transformados, deslocados, estendidos, etc., por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global. Não é a dominação global que se pluraliza e repercute até em baixo.** Creio que é preciso examinar o modo como, nos níveis mais baixos, os fenômenos, as técnicas, os procedimentos de poder atuam; mostrar como esses procedimentos, é claro, se deslocam, se estendem, se modificam, mas, sobretudo, como eles são investidos, anexados por fenômenos globais, e **como poderes mais gerais ou lucros de economia podem introduzir-se no jogo dessas tecnologias, ao mesmo tempo relativamente autônomas e infinitesimais, de poder.**" (FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 36. Grifei).

como emergências de diferentes interpretações. Trata-se de fazê-las surgir como acontecimentos no teatro dos procedimentos.⁶⁸

A genealogia, a "*história da emergência das diferentes interpretações*", possui o mesmo objetivo da arqueologia: produzir um efeito de estranhamento em relação à nossa cultura que nos force a repensar os modelos conceituais que utilizamos para compreender a realidade. Como, no entanto, a genealogia opera "por camadas" (i.e., mapeando a evolução de cada conceito ou prática social), não "por blocos" (i.e., identificando a episteme prevalente em certo período e suas projeções), ela apresenta algumas vantagens em relação à arqueologia.

Ao mapear todo o complexo de deslocamentos de sentido e modificações parciais sofridas por um conceito ao longo da história, a genealogia permite que identifiquemos os momentos em que um conceito que atualmente usamos sofreu as inflexões responsáveis por sua conformação atual. Analisar cada conceito ou prática individualmente revela as particularidades das suas histórias: cada um deles envolve-se em lutas de poder diferentes; cada um deles sofre alterações e deslocamentos diferentes em momentos diferentes. Se nós analisarmos toda a cultura contemporânea a partir desse ponto de vista, nós a veremos não como um todo coerente e homogêneo, mas como um tipo de rocha sedimentar — como um apanhado de estratos culturais heterogêneos produzidos em momentos diferentes.

Em nosso dia-a-dia, nós não temos consciência disso. O fato de que estamos acostumados a simultaneamente utilizar todos esses estratos em nosso presente pode fazer com que eles pareçam ser resultado de uma mesma maneira de ver o mundo — ou mesmo que pareçam ser a maneira "natural" de compreender a realidade. Uma análise genealógica cuidadosa, contudo, revelará tudo o que existe de arbitrário e contingente nesses conceitos; ela poderá indicar, inclusive, que suas origens históricas remontam a períodos e a influências que hoje nos parecem absolutamente superadas — e que podem até ser incompatíveis entre si.

Enquanto nós não fazemos esse exercício, e enquanto não nos dispomos a fazer a crítica desses conceitos que hoje empregamos para compreender a realidade, continuamos sendo condicionados pelo nosso passado. Isso acontece porque os processos de deslocamento e subjugação de que falam Nietzsche e

⁶⁸ FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a Genealogia, a História. In: **Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento**. 2. ed. Trad. de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. (Ditos e Escritos, v. 2). p. 270. Grifei.

Foucault, ao mesmo tempo em que impõem uma alteração à forma ou ao sentido de um conceito ou prática social já existentes, também *preservam algo de sua existência anterior*. Essa preservação é necessária para que o poder possa ocultar-se por trás de formas culturais que se apresentam como um discurso de verdade — e, com isso, maximizar a sua eficácia. Então, depois de um processo de deslocamento de sentido, nós temos como resultado algo de *novo* (e.g., um novo sentido, uma mudança parcial de forma, uma extensão de um conceito), mas também algo de *antigo*: um *resto* da configuração anterior do conceito que não foi afetado pelo processo de subjugação ou que, mesmo quando é alvo desses processos, funciona como limite aos deslocamentos de sentido possíveis. Esses restos vão se acumulando nos conceitos que utilizamos e *permanecem condicionando* a nossa percepção da realidade⁶⁹.

⁶⁹ Mesmo quando esses restos impõem maneiras de pensar que *não encontram correspondência alguma na realidade*. O exemplo mais célebre disso está em *Vigiar e Punir*, onde Foucault explica como e quando a prisão se tornou a forma dominante de punição penal. *Vigiar e Punir* explica que um mesmo *procedimento* — a imposição de disciplinas ao corpo para educação da alma —, de origem religiosa, foi em determinado momento aproveitado como mecanismo-base para justificar a utilização disseminada de presídios como técnica de castigo penal. O discurso que apresenta a prisão como técnica ideal de castigo, em substituição aos suplícios corporais adotados durante o Antigo Regime, ressalta o seu caráter humanitário e o seu desejo de "corrigir" o delinquente. Na linguagem desse discurso, podemos encontrar traços de sua procedência: de um lado, a ideia de que impondo disciplina sobre o corpo do condenado será possível atingir e corrigir sua alma; de outro, o fato de que as prisões ainda se chamem penitenciárias. A despeito desse discurso, a *real finalidade* que levou à ascensão das prisões como técnica de castigo era outra: tratava-se de criar um sistema de punições que pudesse, primeiro, abranger *todas* as infrações praticadas na sociedade e de criar sanções, adequadas a cada uma delas, que não despertassem o antagonismo da população (como ocorria na época dos suplícios corporais); tratava-se, segundo, de legitimar um modelo disciplinar que servia de base a todo o restante da estrutura social: quem não se encaixasse nesse modelo devia necessariamente ser considerado como um "delinquente", um "anormal" incapaz de fazê-lo. Encarcerar essas pessoas e obrigá-las à internalização forçada dessas disciplinas legitima indiretamente todas as outras instituições que usam o mesmo mecanismo — e que contam com a adesão mais ou menos espontânea das pessoas a quem se aplicam (fábricas, quartéis, hospitais, escolas, etc.); tratava-se, por fim, da criação de um sistema que pudesse absorver as hordas que transitavam de cidade em cidade e fazer um tipo de "gestão econômica" do meio delinquente: elimina-se a ameaça dos movimentos coletivos de violação à lei e faz-se com que restem apenas *indivíduos* infratores; desses, alguns eram mantidos nas prisões por mais tempo, outros eram devolvidos ao meio social — onde, contudo, não conseguiam reinserir-se. Estigmatizados e longe de terem sido "corrigidos" pela penitenciária, esses ex-presidiários constituíam uma camada de "baixa criminalidade" que era aproveitada pelo poder para seus propósitos: constituição de uma massa de informantes, sustentação de um sistema de prostituição, criação de um corpo de reserva de fura-greves, etc. Desde que surgiu com um propósito humanitário, a prisão é criticada por "não corrigir" as pessoas que aprisiona. Foucault explica a razão disso: ela *não foi criada para corrigir*: seus reais propósitos eram (e continuam sendo) outros. Mesmo assim, estamos tão *acostumados* a pensar na prisão de acordo com o discurso por intermédio do qual ela se apresenta que continuamos a manifestar contrariedade quando constatamos que ela *"não está cumprindo o propósito para o qual foi [alegadamente] criada"*.

Foucault, por isso, diria que existe "*uma dimensão histórica profunda*" em nossa sociedade, e que "*em um certo sentido, não somos nada além do que aquilo que foi dito, há séculos, meses, semanas*"⁷⁰. Ele propôs que o modelo kantiano da crítica dos "*limites necessários do conhecimento*" deveria ser substituído por uma crítica da "*ultrapassagem possível*" das nossas formas atuais de conhecimento. Essa crítica deveria ser histórica e buscar identificar todas as "*contingências*" que fizeram com que as formas culturais que atualmente empregamos para conhecer a realidade assumissem o seu conteúdo atual⁷¹; a demonstração desse caráter contingente e seu efeito de choque nos permitiriam romper com essas formas culturais — e pensar em novas formas que pudessem ocupar seu lugar. Em um resumo de tudo isso:

O que a razão experimenta como sua necessidade, ou melhor, aquilo que as diferentes formas de racionalidade apresentam como lhes sendo necessário, podemos fazer perfeitamente a sua história e encontrar as redes de contingências de onde isso emergiu; o que, no entanto, não quer dizer que essas formas de racionalidade sejam irracionais; isso quer dizer que elas repousam em uma base de prática e de história humanas, e já que essas

⁷⁰ "Assim, meu projeto não é o de fazer um trabalho de historiador, mas descobrir por que e como se estabelecem relações entre os acontecimentos discursivos. **Se faço isso, é com o objetivo de saber o que somos hoje.** Quero concentrar meu estudo no que nos acontece hoje, no que somos, no que é nossa sociedade. **Penso que há, em nossa sociedade, uma dimensão histórica profunda** e, no interior desse espaço histórico, os acontecimentos discursivos que se produziram há séculos ou há anos são muito importantes. **Somos inextricavelmente ligados aos acontecimentos discursivos. Em um certo sentido, não somos nada além do que aquilo que foi dito, há séculos, meses, semanas.**" (FOUCAULT, Michel. Diálogo sobre o Poder. In: **Estratégia, Poder-Saber**. 2. ed. Trad. de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (Ditos e Escritos, v. 4). p. 258. Grifei).

⁷¹ "Mas, se a questão kantiana era saber a que limites o conhecimento deve renunciar a transpor, parece-me que, atualmente, a questão crítica deve ser revertida em uma questão positiva: **no que nos é apresentado como universal, necessário, obrigatório, qual é a parte do que é singular, contingente e fruto das imposições arbitrárias. Trata-se, em suma, de transformar a crítica exercida sob a forma de limitação necessária em uma crítica prática sob a forma de ultrapassagem possível.** Aquilo que, nós o vemos, traz como consequência que a crítica vai se exercer não mais na pesquisa das estruturas formais que têm valor universal, mas como pesquisa histórica através dos acontecimentos que nos levaram a nos constituir e a nos reconhecer como sujeitos do que fazemos, pensamos, dizemos. [...] E essa crítica será genealógica no sentido de que ela não deduzirá da forma do que somos o que para nós é impossível fazer ou conhecer; **mas ela deduzirá da contingência que nos fez ser o que somos a possibilidade de não mais ser, fazer ou pensar o que somos, fazemos ou pensamos.**" (FOUCAULT, Michel. O que são as Luzes? In: **Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento**. 2. ed. Trad. de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. (Ditos e Escritos, v. 2). p. 347-8. Grifei).

coisas foram feitas, elas podem, com a condição de que se saiba como foram feitas, ser desfeitas⁷².

É dizer: quando nós trabalhamos na perspectiva genealógica, o *a priori* histórico que precisa ser tornado consciente e, depois, criticado, não é uma *episteme* que funciona como bloco de sustentação global dos conceitos empregados em uma determinada época. Esse *a priori*, na genealogia, *está no passado de cada conceito e prática social* que nós empregamos no nosso presente — está em na sua *origem*, no seu *percurso histórico*, na sua *procedência*. A genealogia estuda o passado de cada conceito ou prática, individualmente, com a intenção de mostrar tudo o que há de *contingente* na sua configuração atual — e, com isso, promover a sua desnaturalização. Esse processo abre caminho para que façamos a crítica da "ultrapassagem possível" e para que repensemos nossas maneiras de pensar e agir.

§3º Diretrizes metodológicas

O método genealógico de Foucault pode ser utilizado na análise de institutos e conceitos jurídicos. A possibilidade dessa utilização decorre do fato de que os institutos e conceitos jurídicos são *parte* do estrato cultural que é objeto das genealogias de Foucault: no discurso jurídico também existem fenômenos de *deslocamento*, *apropriação* e *reforma parcial* de conceitos. É típico da análise jurídica procurar *distender* ou *comprimir* os conceitos jurídicos de acordo com as necessidades deste ou daquele caso, e a proximidade entre o Direito e o Poder faz, inclusive, com que os institutos jurídicos sejam mais suscetíveis a esse tipo de ocorrência. Conceitos e institutos jurídicos, ainda que aparentemente possuam um núcleo estável de significado, são o foco de *jogos de forças* que constantemente buscam expandi-los, recortá-los, comprimi-los ou alterar o seu sentido. Essas forças se enfrentam em diferentes lugares: na arena pública, em obras de doutrina, na fundamentação oficial de projetos de lei ou de atos administrativos, e, especialmente, em processos judiciais. A sucessão desses embates faz com que o sentido de conceitos e institutos possa sofrer alterações com o tempo.

⁷² FOUCAULT, Michel. Estruturalismo e pós-estruturalismo. *In: Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento: Ditos e Escritos*. 2. ed. Trad. de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. v. 2, p. 325-6. Grifei.

O discurso jurídico, usualmente, oculta aquilo que há de contingente nesses processos por meio da utilização de conceitos como "interpretação evolutiva" ou "mutação constitucional", e isso remete a uma razão que reforça a conveniência da utilização da genealogia no campo jurídico. Foucault explicou que, por meio da colonização de conceitos e práticas culturais já existentes na sociedade, o poder consegue ocultar-se: ao esconder-se atrás de um discurso que assume ares de verdade, ele se torna imperceptível e aumenta sua efetividade. Ocorre um processo similar no campo jurídico, mas com um agravante: é que o *Direito*, a despeito das modificações de função pelas quais passou desde o início da Teoria Política, continua a apresentar-se como uma "*forma justa e neutra*" de regulação da sociedade. Se nós remontarmos à Grécia antiga, veremos as regras jurídicas associadas aos conceitos de justiça então prevalentes; como é sabido, a Idade Média apropria-se de grande parte da tradição filosófica grega e torce-a em uma direção religiosa — mas essa torção não afeta a "aparência justa" do Direito, antes associado à natureza das coisas ou ao mundo das ideias, agora associado a princípios teológicos. Essa vinculação entre "Direito" e "Justiça" está no centro do modelo de Estado de Justiça, onde o Rei servia como relé entre uma esfera transcendente e os assuntos deste mundo. O aparecimento da razão de Estado, da técnica da polícia e a perda do caráter sagrado da função real, embora tenham permitido a irrupção de uma nova lógica na formulação de regras jurídicas, não fariam com que o Direito deixasse de ser visto como "justo", "racional" ou "neutro".

O Direito, contudo, só pode ser tão racional quanto as pessoas responsáveis pela definição de seu conteúdo. Dentro de um Estado Democrático de Direito em que as leis são fruto da ação de partidos políticos e grupos de interesse, as regras jurídicas decorrem de *escolhas políticas e coalizões temporárias* envolvendo os grupos com representação no Parlamento — e essas escolhas são preponderantemente movidas pelo interesse, e pelo interesse tal qual definido pelo conteúdo de *cada projeto de lei em deliberação*, não por uma razão pública global que sirva de motor à atuação de todos os membros do Parlamento em todas as escolhas que eles fazem e force-os a analisar cada diferente projeto de lei de maneira desinteressada, coerente e racional⁷³. É assim que a Ciência Política

⁷³ Embora, em nosso sistema, essas escolhas devam guardar conformidade à Constituição e, por influência de suas diretrizes, possuir um mínimo de razoabilidade e de conexão com uma finalidade pública. Refiro-me, aqui, aos efeitos materiais da cláusula do devido processo legal,

compreende e examina o seu objeto de estudo⁷⁴. Mesmo assim, depois que o processo legislativo está concluído, a Ciência do Direito tende a tratar o seu produto — o Direito Positivo — como um complexo de normas "*racionais*" que são fruto da ação de um "*legislador onisciente*". A Ciência do Direito, a partir desse posicionamento que adota, vê princípios de justiça onde frequentemente não há mais do que decisões políticas contingentes; vê um ordenamento coerente onde não há mais do que escolhas políticas interessadas, legisladores diferentes, e coalizões partidárias instáveis; e ela *deixa de ver* em conceitos jurídicos integrados na nossa tradição essa sua vinculação com os *fatores sociais, culturais e políticos* que estiveram ligados à sua formação. Os conceitos jurídicos, depois de integrados ao sistema, são utilizados como "veículos de justiça"; e, assim, é preferível que o intérprete deduza a vontade de um legislador ideal a admitir que ele possa investigar o processo legislativo *real* e o *processo histórico* que levou à cristalização de um conceito.

onde nós usualmente identificamos a sede material do princípio da proporcionalidade. Na sua formulação norte-americana, a cláusula do devido processo legal serve, por meio do *substantive due process*, para, dentre outras coisas, declarar a inconstitucionalidade de leis que não tenham uma conexão — ainda que tênue — com uma finalidade pública (por meio do teste da *rational basis review*). Leis arbitrárias, que sirvam simplesmente para que uma maioria extraia benefícios de uma minoria, ou para que uma minoria seja maliciosamente prejudicada, serão declaradas inconstitucionais. Não é preciso ativar os testes de *strict scrutiny* e *intermediate scrutiny* para que isso ocorra; basta que a uma lei falte uma relação mínima com uma ideia de "benefício geral" para que ela possa ser declarada inconstitucional. No Brasil, nós utilizamos a cláusula do devido processo legal como uma sede material para um não muito claramente articulado princípio da razoabilidade, e depois agregamos a ela a capacidade de servir como base material do princípio da proporcionalidade. Aqui estamos confundindo tradições diversas: o princípio da proporcionalidade, de origem alemã, tem sua sede material na cláusula da Lei Fundamental de Bonn que institui o Estado de Direito; o devido processo legal substantivo, de origem norte-americana, é que tem sua sede material na cláusula do devido processo legal. O Supremo Tribunal Federal começou a tentar desfazer esse nó, mas ainda estamos longe de restituir essas categorias às suas devidas gavetas.

⁷⁴ Veja-se, como comparação, e exemplificativamente, o conjunto de ferramentas utilizadas em: OLSON, Mancur. **The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups**. Cambridge: Harvard University Press, 1971; DOWNS, Anthony. **An Economic Theory of Democracy**. Nova York: Harper & Brothers, 1957; BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962; COOTER, Robert. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000; STONE SWEET, Alec. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Nova York: Oxford University Press, 2000; STONE SWEET, Alec; SHAPIRO, Martin. **On Law, Politics, & Judicialization**. Nova York: Oxford University Press, 2002; ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?** Chicago: University of Chicago Press, 1993; MONTEIRO, Jorge Vianna. **Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia representativa**. Rio de Janeiro: FGV, 2007; TSEBELIS, Georges. **Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas**. Trad. de Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009; AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (orgs.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Ed., 2004; VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

Carlos Santiago Niño detecta nessa postura uma transferência, ao legislador real, de propriedades anteriormente atribuídas aos deuses⁷⁵, e explica que a "*hipótese de racionalidade*" permanente de um legislador ideal cumpre uma função relevante no discurso jurídico: ela permite aos aplicadores do Direito dissociar as leis do legislador concreto que as elaborou e atualizar seu significado com o tempo; permite a atribuição de uma vontade ao legislador quando, na prática, não existe *apenas uma* vontade por trás de uma lei — ou quando *sequer alguma* vontade racionalmente estruturada é discernível; e permite visualizar o ordenamento jurídico como um conjunto de normas que não tem contradições nem lacunas e, ao mesmo tempo, é dinâmico e sempre pressupõe propósitos socialmente reconhecidos. Eventuais instâncias em que a atuação dos juristas possui um caráter verdadeiramente *constitutivo*, assim, ficam escondidas atrás de um discurso que as apresenta como a implementação da vontade de um legislador ideal e onisciente.

Apesar de sua não correspondência com as pessoas encarregadas de ditar o direito positivo, a expressão "legislador racional" cumpre uma função relevante no discurso do jurista. [...] A teoria do legislador racional permite justificar um conjunto muito amplo de soluções jurídicas originais da dogmática, fazendo compatíveis os ideais parcialmente concorrentes, por um lado, de aceitar dogmaticamente o direito positivo e, pelo outro, de adequá-lo aos standards valorativos vigentes. A ficção que comentamos permite atribuir essas soluções efetivamente originais à mesma vontade da qual derivam as soluções jurídicas positivas.

Da atribuição ao legislador das propriedades que mencionamos se deduziria uma série de características do ordenamento normativo ditado por ele. A análise isenta dos ordenamentos

⁷⁵ "**Os juristas utilizam um modelo de legislador que pouco tem a ver com os legisladores de carne e osso que sancionam as leis.** É em primeiro lugar singular, embora muitas normas gerais sejam sancionadas por grupos colegiados, formados por uma pluralidade de pessoas, a maioria das vezes com opiniões divergentes. Em segundo lugar é eterno, embora os legisladores reais, que sancionaram leis muito antigas, como o Código Civil, já tenham morrido há muitos anos. Em terceiro lugar, e isso está relacionado com as propriedades anteriores, é único, no sentido de que sanciona todas as normas de um ordenamento jurídico, apesar do fato da diferença de tempo entre a sanção do Código Civil e do Penal, por exemplo [...] Em oitavo lugar, o legislador "racional" é fundamentalmente justo, já que se a aplicação da norma, segundo o seu sentido natural, leva a uma solução jurídica injusta para algum caso concreto, é de se supor que não está de acordo com a vontade real do legislador e é admissível uma limitada modificação do significado da norma para adequá-la aos standards valorativos vigentes. [...] Em décimo terceiro lugar, é preciso, no sentido de que sua vontade real tem uma direção unívoca, como independência das imprecisões da linguagem que acidentalmente empregue. **Em suma, o legislador 'racional' tem quase todas as propriedades dos deuses teológicos, talvez com a única diferença relevante de que a sua tarefa se esgota com a legislação.**" (NIÑO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica**. 1. ed., 1. reimp. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. p. 85-6. Traduzi do espanhol e grifei).

jurídicos vigentes mostra que eles não possuem necessariamente tais propriedades, o que implica a falsidade da premissa da qual se partiu. Como o legislador real se contradiz às vezes, não tem em conta sempre todos os casos relevantes; o ordenamento ditado por ele tem por vezes contradições, quase sempre lacunas e muitas outras imperfeições.

Mas já vimos que o jurista, com independência do que pretende conscientemente, não fala do legislador de carne e osso. [...] Independentemente do que manifesta e pretende, o dogmático refere-se a um ordenamento jurídico ótimo, com afirmações que se inferem das referidas a um legislador ideal. **Como se pressupõe que tal legislador é real, encobertamente o jurista dá regras para a "otimização" do direito positivo, para colocá-lo à altura do legislador que o sancionou. Essa otimização, na ideologia do jurista embora não nos fatos, não consiste em reformular o direito positivo, mas em descobrir toda a sua perfeição, oculta a olhos pouco afiados**⁷⁶.

António Manuel Hespanha, em direção convergente, ressalta que, embora os juristas possuam um papel central na política cotidiana, eles se valem de *eufemismos* para ocultar a natureza política de cada uma de suas decisões jurídicas. Apresentando suas conclusões como o resultado técnico de premissas racionais, eles se protegem contra críticas relacionadas ao conteúdo de suas posições. Será a Ciência do Direito, não um conjunto de preferências políticas, que falará por meio de suas manifestações:

Na verdade, os juristas têm uma intervenção diária na adjudicação social de faculdades ou de bens. Isto confere-lhes um papel central na política quotidiana, embora com o inerente preço de uma exposição permanente à crítica social. **Uma estratégia de defesa deste grupo é a de desdramatizar ('eufemizar', Bourdieu, 1986) a natureza política de cada decisão jurídica** e, por isso, o seu carácter 'político' ('arbitrário', no sentido de que depende de escolhas de quem decide e não de leis ou princípios imperativos). **Ora, uma forma de 'despolitizar' ('despotenciar', 'eufemizar') a intervenção dos juristas é apresentar o veredicto jurídico como uma opção puramente técnica ou científica, distanciada dos conflitos sociais subjacentes**⁷⁷.

Se retornarmos agora às citações que servem de abertura ao presente trabalho, compreenderemos o que está em jogo quando, em um espaço de vinte

⁷⁶ NIÑO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica**. 1. ed., 1. reimp. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. p. 85-6 e 91. Traduzi do espanhol e grifei.

⁷⁷ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. p. 33. Grifei.

anos, o tratamento jurídico conferido a uma parte dos contratos firmados pelo Estado sofre uma alteração substancial — mas, antes e depois dessa transformação, ele é sempre apresentado como sendo o resultado de "*noções elementares extraídas literalmente dos textos*" e da "*tradição de nosso direito*", em um momento, ou "*de princípios elementaríssimos*" e "*coisas demais evidentes*", em outro. Eu explicarei as razões dessa mudança de compreensão ao longo desta dissertação. Desde já, todavia, é possível perceber a estratégia argumentativa empregada nesses trechos: cuida-se de fazer desaparecer, por trás de uma fachada *racional e naturalista*, o conteúdo político que está associado a uma determinada forma de compreender um conceito jurídico; é por isso que, tanto em um momento quanto no outro, tenta-se justificar um resultado como se ele decorresse da *natureza das coisas*.

Deixar de utilizar a fictícia vontade do legislador ideal como critério de compreensão do Direito Positivo para inscrevê-lo no quadro mais amplo da realidade social, cultural e política de uma época faz com que o Direito Positivo não possa ser descrito como um mecanismo eminentemente justo ou racional. Além de deixar a descoberto o caráter constitutivo de algumas operações pretensamente "interpretativas" realizadas pelos juristas, isso também faz com que os conceitos e institutos jurídicos não possam ser apresentados simplesmente como manifestações de racionalidade ou concretizações de um princípio abstrato de justiça: tudo o que eles têm de político e contingente aparece, daí, com plena nitidez. Quando oculta o seu conteúdo político atrás de uma fachada de neutralidade ou justiça, o Direito maximiza a sua efetividade e se torna meio de dominação: a "racionalidade/justiça" de seu conteúdo funciona como um discurso de verdade, tornando os institutos jurídicos e as decisões que os utilizam menos suscetíveis a críticas. É fácil criticar uma proposta legislativa quando ela se apresenta a nossos olhos como a opinião de um partido político ou de uma pessoa de quem somos adversários; mas é mais difícil criticar um instituto jurídico já integrado à nossa tradição quando ele se apresenta como sendo a "manifestação direta de princípios de justiça." A crítica, certamente, ainda é possível; mas, para que percebamos que ela pode ser feita e entendamos seus possíveis fundamentos, pode ser preciso retroceder até um momento em que aquilo que hoje aparece como "decorrência de princípios elementaríssimos" poderia ser visto apenas como uma entre várias opções passíveis de adoção para dar conta de um problema prático.

Aplicar o modelo genealógico de Foucault ao discurso jurídico implica uma rejeição do discurso do "legislador racional". Em seu lugar, entram as seguintes diretrizes: (a.) primeira: a análise de um instituto jurídico, em um determinado momento, deve ser feita em conjunto com uma investigação que tente identificar o conteúdo da grade conceitual mais abrangente existente na época investigada (uma episteme) e que pode servir de alicerce, ainda que de maneira inconsciente, à construção desse instituto; (b.) segunda: a análise da evolução de um instituto deve partir do pressuposto de que formas culturais são relativamente independentes dos fenômenos sociais. Formas culturais não são apenas substituídas umas pelas outras com o passar do tempo: ocorrem, também e com frequência, fenômenos de apropriação, transposição, modificação parcial de sentido, ou até de deslocamento puro e simples de uma forma cultural de um período para outro, de modo que pode haver uma continuidade entre o passado e o presente muito maior do que aquela que, superficialmente, imaginamos existir. A análise histórica de um instituto não deve se preocupar apenas com o discurso jurídico por intermédio do qual ele se apresenta: ela deve se preocupar em compreender como um conceito está ou não relacionado àqueles que lhe antecederam, qual a origem desses conceitos ancestrais, como eles se transformaram ao longo do tempo e, sobretudo, até que ponto a nossa percepção atual de um problema ainda é condicionada por conceitos jurídicos cunhados no passado; e (c.) terceira: não devemos assumir que todas as partes de um sistema jurídico são decorrências lógicas dos seus valores fundamentais, nem que todas elas formem um conjunto coerente. Ao invés de fazer uma análise do sistema jurídico "de cima para baixo", devemos fazer uma história "de baixo para cima", entendendo como cada instituto se formou e como seu perfil, ou seu sentido, foi alterado ao longo do tempo. A figura da "pirâmide jurídica" e o discurso do "legislador racional" sugerem que todas as partes de um ordenamento estão igualmente conectadas aos seus princípios constitutivos, e que as primeiras decorrem dos últimos. Vistas as coisas nessa outra perspectiva, contudo, o quadro que emerge é bastante diferente: o que temos é algo similar a uma colcha de retalhos, com institutos que são o resultado de processos históricos diferentes e relativamente independentes, e que, embora possam estar agrupados dentro de um mesmo ordenamento, ou dentro de um mesmo microssistema jurídico, não possuem necessariamente a mesma conexão racional com os seus princípios fundamentais.

Não nego que os princípios jurídicos adotados em uma certa época possam algum efeito irradiante sobre o restante do sistema (muito menos que devam possuí-lo, como ficará mais claro ao longo desta dissertação). O que quero destacar é que a história de cada instituto e a assimilação das suas características pela nossa tradição possuem também uma forte influência na maneira pela qual cada instituto é aplicado — e a maneira pela qual nos acostumamos a pensar um instituto ao longo dos anos pode ter se tornado tão *natural* para nós que ela pode vir a funcionar (ilegitimamente) como uma *resistência* que limita o alcance dos princípios que fundamentam (ou deveriam fundamentar) nosso sistema jurídico.

Se nós formos estudar a história do conceito de contrato administrativo, perceberemos que, em um primeiro momento, todos os contratos feitos pela Administração *eram privados*. A partir de certo momento, alguns deles passam a ser considerados como sendo "públicos". Um modo de traçar a história do conceito consistiria em apenas *narrar* essa sequência de eventos e *coletar* os discursos empregados pelos juristas de cada época para apresentá-los. Neste trabalho, adota-se outra perspectiva: o problema é entender *até que ponto* o discurso jurídico do século XIX *condiciona* a percepção atual que temos do instituto e do problema — mesmo que os pressupostos que levavam à configuração que o conceito então possuía já tenham desaparecido. Até que ponto, por exemplo, nós continuamos a admitir que a Administração pode fazer contratos de direito privado por influência do tratamento jurídico originalmente conferido aos contratos firmados pelo Estado? Até que ponto nós não buscamos compreender em mais detalhe a relação entre a autonomia contratual da Administração e o princípio da legalidade por influência da teoria do contrato administrativo na maneira em que originalmente importada por nós da França? Até que ponto a formulação original dessa teoria é compatível com o constitucionalismo de princípios que se instalou entre nós a partir da Constituição de 1988?

A resposta aqui oferecida corre ao longo das seguintes linhas: o desencaixe entre um Direito Constitucional baseado na submissão ampla do Executivo à legalidade e aos princípios constitucionais e um Direito Administrativo que reconhece uma ampla autonomia contratual à Administração é resultado da *permanência*, em nosso atual modo de compreender os contratos administrativos, de maneiras de pensar cunhadas há mais de cem anos. É preciso, por isso, fazer a sua crítica jurídica e histórica — bem como a sua ultrapassagem.

Capítulo 4 - Roteiro de exposição

A Parte I desta dissertação explica a origem e a evolução do conceito de contrato administrativo no Direito Francês. Ela está dividida em dois capítulos: no primeiro, identifiquei os fundamentos do Direito Administrativo Liberal do século XIX e explico como esses fundamentos faziam com que todos os contratos firmados pela Administração devessem ser considerados como equivalentes aos contratos privados. Existem duas linhas de força nessa exposição: (a.) a conexão entre o princípio da separação de poderes, à francesa, e a antiga teoria conforme a qual o Estado possuía dois níveis: essa teoria, em última análise, leva à conhecida visão conforme a qual "atos de império" deveriam ser julgados pela jurisdição administrativa e "atos de gestão", por outra; e (b.) as transformações que o princípio da legalidade sofre durante o século XIX: começa-se com um modelo dominado pelo par conceitual "administração pura" e "administração contenciosa" e termina-se com a predominância do par conceitual "poder discricionário" e "poder vinculado", que ocupa o seu lugar. A Administração era vista como inicialmente estando limitada pelos direitos dos particulares; ela depois passa a ser pensada como sendo progressivamente vinculada pela lei, e daí a migração de um par conceitual para o outro. Essa mudança pode ser explicada por meio dos processos de "apropriação" e "deslocamento" de que fala Foucault: desde esse ponto de vista, percebe-se que, no âmago do conceito de "poder discricionário", ainda sobrevive uma parte do antigo conceito de "administração pura".

O segundo capítulo explora as mudanças jurídicas causadas pelo surgimento da IIIª República e pelo avanço do processo de industrialização — em especial, explica-se como o conceito de serviço público foi inserido dentro do sistema de Direito Administrativo e como ele causou uma repolarização em seus institutos. O conceito de serviço público tenta ocupar o lugar do conceito de *puissance publique* como critério-chave do Direito Administrativo: tem um sucesso relativo nessa tarefa, mas depois os dois critérios terminariam sendo *amalgamados* em uma mistura que é difícil enunciar de maneira simples — e que, a despeito disso, continua sendo utilizada até nossos dias. Ele também termina sendo utilizado pelo Conselho de Estado e pela doutrina para *modificar* uma parte do discurso jurídico empregado no século XIX: se, até então, era evidente que o Estado, ao contratar, despia-se de sua

posição de soberania, a partir desse momento o Direito Administrativo defenderá o *oposto* — defenderá que há determinados tipos de relação contratual em que o Estado, ao ingressar, não pode renunciar à sua posição de preeminência, e que por isso ele deve possuir nelas determinadas faculdades que estão ausentes dos contratos privados. Nasceria, a partir daí, a teoria do contrato administrativo.

Se nós analisarmos esse processo desde a perspectiva genealógica, compreenderemos como o conceito de contrato administrativo está relacionado com uma base conceitual que já estava presente no sistema jurídico francês: trabalhando sobre um modelo conceitual que via o Estado como sendo composto por dois níveis, um atuante como expressão concretizada da soberania (por meio da *puissance*), outro atuando como se fosse um particular, os juristas da época *deslocam* uma parte dos contratos que o Estado fazia como particular para a sua face *soberana* — e *invertem* o discurso que havia sido praticado até então. Alguns defendiam que essa modificação fosse efetuada em razão do conceito de *serviço público*; outros, pretendendo uma ruptura menor com as bases então existentes, defendiam uma ampliação do conceito de "atos vinculados à face soberana" do Estado. Esse movimento foi exitoso para resolver os problemas práticos aos quais se destinava, mas ele nunca explicou completamente como essa autonomia contratual do Estado — antes privada, agora pública, ao menos em parte — deveria se relacionar com a lei. Ficamos, como resultado, com dois problemas: a "teorização incompleta" dos contratos administrativos de que falei mais acima e a afirmação de que "o Estado também pode contratar como se um particular fosse" — um *resto* do Direito Administrativo do século XIX e em cujo âmago sobrevive, ainda, a antiga teoria dos dois níveis.

A Parte II da exposição volta-se para o Direito Brasileiro. Ela possui três capítulos: no primeiro capítulo, explico que o Direito Administrativo Imperial era uma reprodução do Direito Administrativo que predominou na França durante o século XIX — e que, aqui assim como lá, os contratos firmados pela Administração eram *todos* tidos como privados. Essa posição é unânime na nossa doutrina e nas decisões do nosso Conselho de Estado. O segundo capítulo explica as mudanças que ocorreram em nosso sistema jurídico a partir da proclamação da República — e as incongruências que temos dentro dele deste então. Com a República, nós importamos para nosso sistema jurídico um Direito Constitucional de matriz norte-americana. Com isso, *deveríamos* ter abandonado ou reformado todos os conceitos

decorrentes da matriz francesa — em especial, os conceitos de poder regulamentar e de poder discricionário, que deveriam ter sido reconcebidos à luz das premissas norte-americanas. Nós fizemos o oposto: como já foi observado por Seabra Fagundes e Victor Nunes Leal, nós *mantivemos* os conceitos que estavam em nossa tradição e fundamentamos, neles, uma esfera de ação mais ampla em prol do Poder Executivo. A teoria do contrato administrativo só ingressaria plenamente em nosso sistema jurídico, junto com a teoria do serviço público, a partir de 1930. O Código de Contabilidade Pública, de 1922, ainda trata os contratos da Administração como se eles fossem contratos privados: ele assume que a Administração possui uma autonomia contratual semelhante à autonomia privada e limita-se a indicar algumas cláusulas que necessariamente devem ser observadas no exercício dessa autonomia. A legalidade, enquanto decorrência das nossas bases constitucionais, já deveria ser vista como reserva; mas, no que tange aos contratos da Administração, continuava a ser vista como supremacia.

O capítulo terceiro explica como nosso Direito Administrativo foi alterado a partir de 1930: a teoria do serviço público foi aceita em nosso sistema jurídico e, com ela, veio também a teoria do contrato administrativo, que passou a ser examinada pela doutrina em obras especializadas e em manuais de Direito Administrativo. Aqui foram estabelecidas as bases sobre as quais o conceito de contrato administrativo seria construído no Direito Brasileiro. Em um primeiro momento, doutrina e jurisprudência trabalham sobretudo com base na doutrina francesa e tratam de aclimatá-la ao Brasil — criando um regime não-escrito de contratação administrativa. Em um segundo momento, um conjunto de regras associadas ao instituto é consolidado em um projeto de lei elaborado sob a supervisão de Hely Lopes Meirelles, então Secretário da Justiça do Estado de São Paulo, e remetido à Assembleia Legislativa paulista — que o transforma em lei em dezembro de 1970. Essa lei é o modelo sobre o qual, mais tarde, a União Federal elaboraria o Decreto-Lei nº 2.300, em 1986 — e, um pouco depois, a Lei nº 8.666/1993. A lei paulista, contudo, continuava a tratar a relação entre a lei e a autonomia contratual da Administração assim como o Código de Contabilidade da União o fazia: como uma questão de supremacia. As leis posteriores que nela se inspiraram fizeram a mesma coisa.

Ao longo desse processo, nós recepcionamos institutos oriundos de épocas passadas e de sistemas jurídicos alheios, e depois assumimos que esses institutos

deveriam funcionar como os blocos de construção a partir dos quais edificaríamos nosso próprio sistema de Direito Público. O problema é que, enquanto não nos dispusermos a questionar o conteúdo desses blocos de construção, nós podemos terminar inadvertidamente admitindo que eles funcionem como fatores de limitação da eficácia das decisões legislativas que tomamos. É isso que se quer fazer quando se diz, por exemplo, que o fato de que o "*Estado pode atuar como se um particular fosse*" pode determinar o afastamento dos princípios do artigo 37 de algumas de suas instâncias de atuação⁷⁸. O que se quer fazer é utilizar um conceito jurídico naturalizado, inconscientemente assumido como ponto necessário de partida, para prejudicar os efeitos de decisões conscientemente tomadas pelo Poder Constituinte ou pelo Parlamento. Se em nenhum local da Constituição diz-se que o Estado deve atuar como se um particular fosse, e se nela é dito que há um conjunto de princípios aplicável a *toda* a atuação da Administração, não se pode utilizar o argumento da "atuação equiparada à de um particular" para afastar a incidência desses princípios. Isso é inaceitável do ponto de vista jurídico e injustificável à luz da teoria da democracia⁷⁹.

A conclusão deste trabalho, desenvolvendo esse raciocínio, indicará bases sobre as quais uma dogmática dos contratos administrativos pode ser reconstruída

⁷⁸ Como nos exemplos que citei na nota de rodapé nº 25, *supra*.

⁷⁹ Em uma direção similar, mas tratando de um problema diferente, Almiro do Couto e Silva explica que o significado do termo "autorização" na Constituição não deve ser determinado *a partir* daquilo que a doutrina brasileira usualmente afirma sobre esse instituto, mas *com base nos preceitos da própria Constituição*. O problema que estou examinando é um pouco diferente: não se cuida, aqui, exatamente do choque entre uma "concepção usualmente defendida pela doutrina" e a Constituição — o que vejo é um conflito entre uma maneira usualmente empregada para conceber a autonomia contratual da Administração Pública (e que é tanto aceita acriticamente pela doutrina quanto manipulada oportunisticamente por agentes que possuem interesse em valer-se dela para fugir do Direito Administrativo) e a Constituição (que não a acolhe e, mais do que isso, *repele-a*). O argumento de "inadequação de interpretação da Constituição a partir de pressupostos que ela não acolhe, ao invés dos valores que ela expressamente positiva", a despeito dessa diferença, é aplicável aos dois cenários. Leia-se: "***Estas considerações são suficientes para lembrar que se deve começar a interpretar a Constituição a partir da própria Constituição. Por certo, se a Constituição ao usar determinada expressão ou conceito o faz invariavelmente no sentido que lhe atribui a doutrina, ao qual não se contrapõem princípios contidos, expressa ou implicitamente na própria Constituição, poder-se-á daí tirar acertadamente a conclusão de que a Constituição incorporou ao seu texto conceito em sentido rigorosamente técnico-jurídico. Por outro lado, no ponto que nos interessa, parece ter ficado claro que a Constituição nem sempre emprega a palavra 'autorização' como sinônimo de ato administrativo discricionário, concessivo de alguma vantagem, geralmente a título precário. Ou, com outras palavras, o conceito constitucional de 'autorização' é mais amplo do que o corrente no direito administrativo nacional, compreendendo tanto atos discricionários, como atos vinculados, que a doutrina chama de licença.***" (COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público "à Brasileira"? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., dez. 2003. p. 234. Grifei).

— ressaltando que (a.) nós devemos abandonar a "estrutura dual" de origem romana e suas implicações, adotando em seu lugar uma subordinação global da Administração à lei e à Constituição; e (b.) conceber o contrato administrativo não a partir das *prerrogativas* da Administração, mas sobretudo a partir *do conjunto das suas vinculações* que emerge da Constituição. Caberá à lei associar, a cada contrato que a Administração desejar utilizar, um regime jurídico-público (i.e., com os chamados "poderes exorbitantes") ou um regime privatiforme (i.e., com mais latitude de atuação e sem a possibilidade de utilização desses poderes). Em qualquer um desses casos, contudo, esses contratos devem ser vistos como *administrativos* (ou, para evitar confusões, como *contratos públicos*, uma categoria que abrangeria contratos *com* poderes exorbitantes e *sem* poderes exorbitantes, e que serviria para deixar esses dois tipos de contratos em uma categoria separada daquela onde estariam os contratos "privados" — i.e., contratos feitos entre particulares), e a regularidade de seu conteúdo deve ser avaliada à luz do conjunto de dispositivos que sempre deve vincular a ação da Administração Pública — quer ela use, quer não, os poderes exorbitantes elencados no artigo 58 da Lei nº 8.666/1993.

TÍTULO I — HISTÓRIA DO CONCEITO NO DIREITO FRANCÊS

Capítulo 1 — Da Revolução ao final do Segundo Império

§1º Fatores políticos, sociais e econômicos

O período que vai da Revolução Francesa à derrota da França para a Prússia, em 1870, pode ser apresentado como sendo a soma de três vetores. No plano político-institucional, o vetor é de **consolidação de estruturas de autoridade**: tem-se, de início, a derrubada do Antigo Regime e uma relativa ruptura⁸⁰ com as

⁸⁰ Essa ruptura foi relativa: a despeito da relevância das reformas que foram introduzidas a partir de 1789, o Direito Administrativo pós-Revolução serve-se de uma herança institucional que tem ingredientes no Direito Romano, no Direito Canônico e nos direitos bárbaros que com eles se misturaram a partir do século XII. Para uma demonstração da força relativa de cada um desses componentes em vários institutos do Direito Administrativo, ver o magistral estudo de Jean-Louis Mestre (MESTRE, Jean-Louis. **Introduction Historique au Droit Administratif Français**. Paris: Presses Universitaires de France, 1985. É conveniente fazer sua leitura junto com OLIVIER-MARTIN, François. **Histoire du droit français: Des origines à la Révolution**. 3, ed. Paris: CNRS, 2010). Para uma demonstração da relevância da herança institucional pré-revolucionária na conformação atual do Direito Administrativo, conferir WEIDENFELD, Katia. **Histoire du Droit Administratif: Du XIV^e siècle à nos jours**. Paris: Economica, 2010. Com referências não tão específicas ao Direito Administrativo, mas também úteis, são: SAINT-BONNET, François; SASSIER, Yves. **Histoire des Institutions avant 1789**. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2008; SUEUR, Philippe. **Histoire du droit public français. XV^e-XVIII^e siècle**. 4 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2008. t.1 e 2; SOLEIL, Sylvain. **Introduction Historique aux Institutions. IV^e-XVIII^e siècle**. 2. ed. Manchecourt: Flammarion, 2005; TIMBAL, Pierre-Clément; CASTALDO, André; MAUSEN, Yves. **Histoire des institutions et des faits sociaux**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2009; e LEGOHÉREL, Henri. **Histoire du Droit Public Français: des origines à 1789**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994. Apenas sobre o período pós-revolucionário, as referências-chave são BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif (de la Révolution au début des années 1970)**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995; e BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002 (aos quais somou-se, recentemente, a obra de Katia Weidenfeld acima mencionada). Finalmente, com uma abrangente visão de conjunto da formação e evolução do Direito Administrativo e dos processos sociais, políticos e econômicos que exerceram pressão sobre as instituições, conferir MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. **Storia del diritto amministrativo**. Roma: Laterza, 2001. É especialmente produtivo ler essas obras tendo-se em mente o referencial teórico de Michel Foucault: percebe-se, com isso, em que (elevado) grau nós ainda somos condicionados por modos de pensar e agir que foram concebidos em outras épocas. A conhecida expressão de que "*o interesse público prevalece sobre o interesse privado*", por exemplo, fazia todo o sentido dentro de uma ordem jurídica ainda inspirada por valores metafísicos: atribuir todo esse peso a um interesse público "ontológico" (ou à *utilitas publica*, aqui sendo nítida a influência romana) era uma manobra plausível, dentro de tal ordem jurídica, para justificar a existência de medidas de autoridade e o seu regime. Dentro de um ordenamento jurídico que se fundamenta no princípio democrático, no entanto, o seu alcance deveria ser *inteiramente* diferente: o maior interesse público (se é que ainda precisamos usar esse conceito) não está na *potestas* da Administração para, por exemplo, efetuar desapropriações ou emitir atos de polícia, mas no reforço da autoridade do (i.) aparato político que garante a democracia e (ii.) das deliberações produzidas dentro desse aparato. Esse aparato *pode* utilizar, em suas análises, a ideia de que o interesse público prevalece sobre o privado como *subsídio* e *orientação*; mas ele

suas instituições, um período de alta instabilidade, e seu encerramento a partir da chegada de Napoleão — com o estabelecimento de bases para o exercício de poderes de autoridade que pudessem finalizar a Revolução. Essas bases de autoridade foram consolidadas durante o século XIX: cuidou-se, nele, de montar uma estrutura que consolidasse o poder político emanado de Paris e, ao mesmo tempo, pudesse disciplinar os atos dos agentes públicos situados na periferia do sistema político⁸¹.

Esse processo de consolidação institucional foi paulatinamente erodido por dois outros vetores, um político-social e um econômico, que apontavam em direção diversa à pretendida por ele. Eles são, de um lado, a **industrialização**, que faria com que o aparato institucional criado para uma sociedade agrária passasse a ser mais e mais inadequado às necessidades de uma sociedade cada vez mais urbana, mais interligada, e mais dependente de tecnologias que interligassem seus pólos; e a **pressão pela democratização do poder**, perceptível na Revolução de 1848 e nos movimentos que continuamente solicitavam a expansão do sufrágio. No final do século, esses vetores levariam à formação do que se convencionou chamar de "Estado pluriclasse" e de um Estado cujo centro político estava situado mais à

certamente *não está vinculado por ele* (assumindo que as regras que estruturam a ordem jurídica e condicionam a atuação desse aparato — entre nós, a Constituição — não incorporam essa ideia). Falar-se entre nós que "o interesse público prevalece sobre o interesse privado" e empregar essa equação para justificar medidas de autoridade, nessa perspectiva, é remeter-nos séculos no passado. As medidas de autoridade devem ser justificadas, hoje em dia, por *leis* elaboradas democraticamente que atribuam poderes para sua realização à Administração. Se o ordenamento expressamente incorporar tal diretriz, em virtude de decisão democrática, ela pode ser empregada como ferramenta de interpretação; caso não exista, não podemos criar instituições que não tenham sido expressamente reconhecidas pelas leis fazendo recurso a ela.

⁸¹ François Burdeau chama esse período de "fase das fundações" e afirma que nela foram consolidados os elementos fundamentais do Direito Administrativo moderno. A partir da IIIª República, o Direito Administrativo inclinou-se em outra direção: iniciou-se um período marcado pela concessão de autonomia ao Conselho de Estado (e do "milagre", entre aspas, do Direito Administrativo — na verdade, um esforço que o Conselho de Estado faz para abandonar seu matiz monárquico e lutar por sua subsistência dentro do ambiente republicano do final do século) e, posteriormente, pelo surgimento da Escola do Serviço Público. Esses últimos movimentos serão explorados no capítulo seguinte deste título. (BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif** (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 22-3. Sobre o "milagre" do Direito Administrativo, ver também PACTEAU, Bernard. **Le Conseil d'État et la Fondation de la Justice Administrative Française au XIX^e Siècle**. Paris: Presses Universitaires de France, 2003; e BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 13 (explicando que "*o direito administrativo, longe de ter nascido de um milagre, é de fato produto de uma ordália, aquela que o poder impõe aos indivíduos. Todo o objeto do direito administrativo consiste em uma regulação do exercício da puissance publique. Em vista da utilidade pública, a dominação procura na gentileza dos direitos uma sujeição consentida. A história do direito administrativo procura retrair esse comércio no tempo; ela deseja compreender a elaboração do sistema que conduzia ao exercício da justa puissance*". Traduzi.).

esquerda do que durante o século XIX — e mais preocupado com o bem-estar da coletividade e mais disposto a intervir na sociedade⁸².

No período analisado nesta seção estabeleceram-se trilhos que condicionaram o desenvolvimento futuro do Direito Público francês, e que influem até hoje na maneira pela qual os administrativistas franceses concebem o seu objeto de estudo. Três pontos, em especial, são importantes para os fins deste estudo: (a.) o caráter "anti-legalista" do Direito Administrativo francês e a natureza da atuação do Conselho de Estado, encarregado de fazer a sintonia fina entre as demandas sociais e políticas e cada época e o Direito Administrativo; (b.) a maneira pela qual o Direito Administrativo francês migrou do par conceitual "administração pura/administração contenciosa" para o par "poder discricionário/poder vinculado", e os traços que essa origem ainda deixa na concepção de poder discricionário como "espaço de autonomia do administrador não controlável pelo direito"; e (c.) a razão pela qual, durante o século XIX, os contratos firmados pela Administração eram todos compreendidos como sendo de natureza *privada* — embora neles já estivesse presente algo muito similar àquilo que depois ficaria conhecido como conjunto de poderes exorbitantes.

⁸² Os conceitos jurídicos são tratados, ao longo deste ensaio, de uma maneira similar aos paradigmas de Kuhn: um conceito jurídico parece funcionar enquanto a *realidade da qual ele precisa dar conta* não se torna excessivamente complexa, ou excessivamente diferente daquela que existia no momento em que ele foi criado. Se a realidade mudar excessivamente, o conceito *não consegue mais regulá-la* de maneira satisfatória, e ele acaba (a.) sendo reformado parcialmente ou (b.) substituído por conceitos novos. Seria preciso fazer uma pesquisa empírica muito ampla para poder sustentar que esse mecanismo é aplicável para *todo e qualquer* conceito jurídico, ou mesmo para sustentar que ele descreve a vida de todo e qualquer conceito jurídico do Direito Administrativo em qualquer momento da história. Em linhas gerais, no entanto, tal mecanismo está certamente presente no período abrangido por este estudo: a substituição de um sistema de Direito Administrativo baseado na noção de *puissance publique* por um sistema baseado (ou fortemente dependente) de um conceito "forte" de *service public* (ou pelo conceito de *gestion publique*, apresentado por Hauriou), a partir do século XIX, é inseparável das mudanças econômicas e sociais pelas quais passou a França a partir da Revolução. É por isso que se diz, no texto, que a ordem político-institucional plasmada no século XIX foi lentamente "erodida" por fatores econômicos e sociais. Quando ela não podia mais dar conta da realidade de maneira satisfatória (porque, por exemplo, a atuação do Estado já não podia mais ser descrita como se limitando àquelas instâncias em que ele se manifestava como instrumento de uma *puissance* sobrenatural), ela foi drasticamente alterada. Essa maneira de conceber o processo de mudança dos conceitos, friso, não exclui a mudança legislativa decorrente pura e simplesmente de lutas sociais — essas duas perspectivas devem ser somadas. Em última análise, verificar se um conceito dá conta da realidade de modo "satisfatório" ou não depende *de quem* faz essa avaliação, e de verificar se os grupos que não estiverem satisfeitos com um estado de coisas terão poder para impor sua voz dentro do processo político.

§2º Conceitos jurídicos fundamentais

A. A separação de poderes

1. A versão revolucionária da separação de poderes

a) O receio da interferência do Poder Judiciário

A história da versão revolucionária da ideia de separação de poderes é bastante conhecida. Antes da Revolução, a separação de poderes, inspirada na experiência inglesa e na descrição (inexata) que dela fez Montesquieu, era brandida como sinônimo de justiça contra o Antigo Regime; essa mesma inspiração levaria à redação do célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸³. Depois da Revolução, contudo, a lembrança das lutas travadas entre os Parlamentos e o Rei durante o final do Antigo Regime fez com que os revolucionários adaptassem o modelo de Montesquieu às suas necessidades, desviando-se de sua formulação original. A versão sintética desse processo é usualmente apresentada da seguinte maneira:

No famoso capítulo VI do livro XI de *O Espírito das Leis*, Montesquieu só possuiu uma preocupação, a de impedir a opressão dos cidadãos pela reunião, nas mesmas mãos, do poder de fazer a lei e do poder de aplicá-la.

A Assembleia constituinte tinha outras preocupações. **Ela tinha preservado a lembrança das lutas travadas durante o século XVIII entre a realeza e os parlamentos.** Ela se lembrava que as reformas mais sábias, por exemplo os editos propostos por Turgot, haviam sido obstaculizadas pela resistência dos corpos judiciários onde dominavam os membros da classe privilegiada; ela via que aqueles magistrados se mostravam hostis à Revolução. **Assim, ela não se contenta em enfraquecer os antigos corpos judiciários, de confiar ao povo a tarefa de eleger por um tempo limitado os magistrados da ordem judiciária.** Ela entendia dirigir o poder executivo na via das reformas e não entendia que ele pudesse ser incomodado pela resistência da ordem judiciária. **Ela se reservou a ela própria o direito de controlar os atos da administração, que**

⁸³ Art. 16. Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não seja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui constituição. Traduzi. Sobre a história dos significados associados ao signo "Constituição" e suas acepções orgânica (empregada desde os primórdios do conceito até o final do Antigo Regime) e normativa (empregada pelos Lumières e prevalente desde então), ver JOUANJAN, Olivier. *La Constitution*. In: GONOD, Pascale; MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (orgs.). **Traité de Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 2011. t. 1, p. 384-6.

não teria podido ser responsável perante a Assembléia se ela houvesse precisado obedecer às injunções da autoridade judiciária.

Esse é o verdadeiro sentido do princípio da separação da autoridade administrativa e da autoridade judiciária. **Não é a liberação de todo controle sobre a administração, é o controle reservado à autoridade legislativa, aos mandatários dos cidadãos**⁸⁴.

Essa versão sintética, todavia, deixa algumas questões sem resposta. É particularmente curioso, por exemplo, que a Assembleia tenha rejeitado, em 22 de dezembro de 1789, uma proposição sugerindo a criação de um tribunal especial, ligado à autoridade judiciária, para julgar causas envolvendo a Administração. Esse projeto, entendeu-se, assemelhava-se às jurisdições de exceção do Antigo Regime, muito criticadas nos cadernos de queixas apresentados antes da Revolução e contrárias às diretrizes revolucionárias⁸⁵. Como é possível, dentro desse contexto, que nós tenhamos assistido à formação de um modelo de contencioso administrativo na França? É a versão longa dessa história que nos permite compreender (a.) como isso ocorreu; (b.) como inicialmente era compreendida a relação entre a Administração Pública e a lei; e (c.) a origem de alguns conceitos empregados pela dogmática administrativista do século XIX.

A ideia de estabelecer uma dimensão contenciosa dentro da estrutura administrativa foi implantada, inicialmente, em relação às contribuições diretas recebidas dos cidadãos: a lei de 28-30 de junho e 2 de julho de 1790 conferia aos diretórios de departamento a competência para conhecer dos pedidos dos contribuintes sobre "*exoneração ou redução*" de valores devidos⁸⁶. Como a ideia de uma jurisdição especial era ainda considerada contrária aos princípios revolucionários, utilizou-se a noção de que a tarefa de avaliar as objeções levantadas pelos cidadãos contra a ação administrativa **integrava a própria atividade de administrar**. Esse discurso não era meramente pretextual: havia uma confusão conceitual entre a atividade de administrar ativamente — decidindo, arbitrando, determinando — e a avaliação de eventuais objeções a essa atividade. Esse poder de avaliação, da maneira em que inicialmente compreendido, era

⁸⁴ AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées**. Paris: Dunod, 1869. t. 1, p. 69-70. Traduzi e grifei.

⁸⁵ BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 29; BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif** (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 48.

⁸⁶ BIGOT, *op. cit.*, p. 30.

diferente do poder atribuído aos tribunais judiciais: ele não tinha a pretensão de criar direito, tampouco de ser equivalente, em força e natureza, às decisões judiciais. O melhor resumo dessa concepção é provavelmente de Henrion de Pansey:

Tudo o que é referente à execução (à exceção da execução dos julgamentos) pertence ao poder administrativo: em consequência ele ordena os trabalhos que julga serem indicados ou necessários para o bem público; em consequência, ele pode agir sobre os cidadãos considerados coletivamente, e decretar que, tendo em vista a urgência e a falta absoluta de outros meios, tal obra será confeccionada por tal comuna, ou por várias reunidas; e, **por decorrência natural dessa atribuição, ele possui o direito de remover todos os obstáculos que possam se opor à execução das suas *ordonnances*, e de decidir sobre as oposições e sobre as reclamações às quais esses trabalhos possam dar lugar. [...] Decidir [...] sobre as reclamações** às quais suas *ordonnances* possam dar lugar, **e sobre as oposições** que os particulares acreditarem possuir direito de formar contra a sua execução, **é ainda administrar.** Administra-se portanto de duas maneiras: pelas *ordonnances* na forma de leis, e pelas decisões na forma de julgamentos⁸⁷.

Foi dentro desse contexto — e assumindo tais bases conceituais — que, no início de agosto de 1790, o deputado Pézous sugeriu que uma competência ampla para resolver dificuldades ligadas à ação do Estado fosse atribuída às próprias autoridades administrativas: não mais a uma autoridade judiciária especial, como proposto anteriormente, mas aos *próprios administradores*⁸⁸. A Assembleia deixou a questão em suspenso e preocupou-se, primeiro, em constituir uma autoridade judiciária única e independente — que pudesse funcionar como juiz natural de todos os cidadãos. Isso foi feito pela lei de 16-24 de agosto de 1790, que eliminou os antigos Parlamentos e em cujo artigo 17 de seu título II lia-se que:

⁸⁷ HENRION DE PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas. **De l'autorité judiciaire en France**. Paris: Théophile Barrois Père, 1818. p. 457-8. Traduzi e grifei.

⁸⁸ Da sua manifestação: "*Vocês sabiamente estabeleceram, em cada departamento, um diretório de oito membros, e, em cada distrito, um diretório de quatro membros. Esses diretórios, formados por homens escolhidos pelo povo, por um tempo bastante curto, e sempre em atividade, devem conduzir todos os assuntos da administração. Por que eles não resolvem os assuntos contenciosos que deles dependem? [...] O comitê deseja que os assuntos sejam julgados sem custos e com base em relatos simples. Os administradores são sem dúvida mais aptos do que os juízes para resolver diferenças com essa liberdade de todo o aparato da chicana*". Há registros desviantes em relação a esse acontecimento. Grégoire Bigot diz que Pézous fez sua proposta na sessão de 9 de agosto de 1790 (BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 31); Katia Weidenfeld indica que Pézous distribuiu um manuscrito aos outros deputados no dia 5 de agosto de 1790 (WEIDENFELD, Katia. **Histoire du Droit Administratif: Du XIV^e siècle à nos jours**. Paris: Economica, 2010. p. 40). Traduzi e grifei.

A ordem constitucional das jurisdições não poderá ser prejudicada, nem os jurisdicionados desviados de seus juízes naturais por nenhuma comissão, nem em razão de outras atribuições diferentes daquelas que serão determinadas pela lei⁸⁹.

O artigo 13 do mesmo título explicava que:

As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de perda de seus cargos, atrapalhar, de qualquer maneira que seja, as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores em razão das suas funções⁹⁰.

Não existe contradição entre esses artigos. No artigo 13, não se pretendia criar uma justiça especial para a Administração: seu objetivo era apenas esclarecer que as atribuições do juiz natural dos cidadãos não poderiam se superpor às atribuições ativas da Administração — é dizer, os juízes não poderiam pretender exercer as mesmas competências da Administração, impedi-la de agir, ou editar os *arrêts de règlement* que os Parlamentos elaboravam durante o Antigo Regime. Nada se dizia, por exemplo, sobre a competência para julgar um pedido de indenização pelos danos que a Administração viesse a causar em razão de uma ação sua⁹¹.

⁸⁹ "Art. 17. L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi."

⁹⁰ "Art. 13. Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que soit les opérations des corps administratifs."

⁹¹ Nas palavras de Grégoire Bigot: "*esse artigo não separa as autoridades judiciária e administrativa a não ser do ponto de vista das suas funções; ele não firma uma dualidade jurisdicional. O primeiro trecho do artigo 13 não retira, com efeito, da justiça ordinária o conhecimento de um contencioso administrativo porque a questão de saber se é preciso reservar-lhe um domínio especial está em suspenso; é simplesmente proibido aos juízes transportar-se ao domínio da administração ativa.*" (BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 28 e ss. Traduzi e grifei. Sobre isso, ver também: WEIDENFELD, Katia. **Histoire du Droit Administratif**: Du XIV^e siècle à nos jours. Paris: Economica, 2010. p. 38 e ss.; BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif** (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 45; e ss.; MANNORI, *op. cit.*, p. 228. Com efeito, em 1873 Aubry e Rau defenderiam que "*o Estado, representado pelos diversos ministérios e administrações e entidades públicas é, como todo mandante, reponsável pelos danos causados pelos seus empregados, agentes ou servidores no exercício das suas funções ou de seus serviços*", defendendo que essa responsabilidade fosse apurada de acordo com o artigo 1384 do Código Civil (que regulava a responsabilidade do mandante pelos atos dos seus prepostos), e a Corte de Cassação diria em 1845 que "*se é ordenado aos tribunais que se abstenham de todo exame e toda crítica dos regulamentos e atos administrativos, é incontestável que pertence à autoridade judiciária apreciar, nos casos previstos pelos artigos 1382, 1383 e 1384 do Código civil, os fatos resultantes da execução mais ou menos*

Com efeito, se a lei de 16-24 de agosto de 1790 oferecia algum princípio mais amplo a esse respeito, esse princípio seria o da **unicidade de jurisdição** — que levaria à conclusão de que litígios envolvendo a Administração deveriam ser julgados pela autoridade judiciária.

A proposta de Pézous, contudo, logo deixaria marcas profundas sobre o direito público francês: aprovada sem debate pelo corpo legislativo, ela deu origem à lei de 6, 7-11 de setembro de 1790, que conferiu competência a órgãos administrativos para o julgamento de algumas controvérsias envolvendo a Administração⁹². A lei de 7-14 de outubro de 1790, indo um passo além, retirou parte do contencioso de anulação de atos da Administração dos tribunais judiciários. Seu artigo 3, criando um recurso hierárquico que permitia ao rei — e apenas ao rei — anular qualquer ato da administração por motivos de incompetência, estabeleceu que:

As reclamações de incompetência em relação aos corpos administrativos não serão em hipótese alguma de competência dos tribunais; elas serão dirigidas ao rei, chefe da administração geral; e nos casos em que for pretendido que os ministros de Sua Majestade tiverem tomado uma decisão contrária às leis, as queixas serão endereçadas ao corpo legislativo⁹³.

Começava a aparecer, aqui, uma estrutura de apreciação de reclamações com sede dentro da Administração Pública, estruturada hierarquicamente e com vocação para absorver casos que fossem de seu interesse. Excluía-se também da

*inteligente, mais ou menos prudente, dos regulamentos administrativos". Apud ECKERT, Gabriel. Droit Administratif et Droit Civil. In: GONOD, Pascale, MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (orgs.). **Traité de Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 2011. t. 1, p. 605. Traduzi.*

⁹² Quais sejam: controvérsias em torno de contribuições diretas, trabalhos públicos, indenizações decorrentes de obras públicas, ilícitos civis cometidos pelos contratados da Administração e disputas envolvendo a *grande voirie*. BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 32; WEIDENFELD, Katia. **Histoire du Droit Administratif: Du XIV^e siècle à nos jours**. Paris: Economica, 2010. p. 40.

⁹³ "Art. 3. Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux. Elles seront portées au roi, chef de l'administration générale; et dans le cas où l'on prétendrait que les ministres de Sa Majesté auraient fait prendre une décision contraire aux lois, les plaintes seront adressées au corps législatif." Essa lei foi elaborada depois que um particular, crendo-se lesado por um ato administrativo emitido por um ato emitido por um departamento, procurou a autoridade judiciária e sustentou que a competência para a emissão do ato contra o qual ele se insurgia era da comuna, não do departamento. Uma denúncia ao corpo legislativo foi efetuada, e determinou-se que a competência era do departamento. Para prevenir futuras intrusões do Judiciário nessa seara, o Legislativo posteriormente aprovou a lei de 7-14 de outubro. (BIGOT, *op. cit.*, p. 33; WEIDENFELD, *op. cit.*, p. 40-1; BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif** (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 46-7. Traduzi).

competência do Poder Judiciário a apreciação de certos assuntos que dissessem respeito à Administração. Inicialmente, a atuação contenciosa dos administradores públicos era excepcional. A concentração de poderes nas mãos da Convenção e, depois, do Diretório, faria com que tal competência contenciosa passasse a abranger mais assuntos de interesse estratégico para a Administração⁹⁴. Esse processo tornou-se mais intenso a partir do momento em que eventuais conflitos de atribuição entre a Administração e o Judiciário, inicialmente resolvidos pelo Tribunal de Cassação criado pela lei de 27 de novembro de 1790, passaram a ser decididos pelo Diretório: a partir de então, as leis dispendo sobre a competência contenciosa da Administração passaram a ser interpretadas de maneira expansiva — contraindo o campo aberto ao Judiciário e impedindo que ele causasse prejuízo aos interesses políticos do Diretório.

Uma mudança importante nesse esquema ocorreria com a ascensão de Napoleão ao poder. Para "finalizar a Revolução", o Consulado recebeu poderes reforçados da Constituição: buscava-se com isso superar problemas encontrados por uma Administração considerada, até então, fraca e ineficiente. Para que esse seu poder reforçado se tornasse suportável, o Consulado preocupou-se em criar mecanismos que lhe conferissem uma maior aparência de justiça⁹⁵. Tratou-se, por isso, de jurisdicionalizar o contencioso administrativo, criando uma separação institucional entre o agente que pratica um ato e o grupo de pessoas responsável pelo julgamento de sua legitimidade.

A Constituição do ano VIII, assim, instituiu um Conselho de Estado encarregado de (a.) redigir projetos de lei e de regulamentos, e de (b.) "*resolver as dificuldades que [surgissem] em matéria administrativa*"⁹⁶. A separação entre

⁹⁴ Discussões referentes ao domínio nacional e à emigração foram seus grandes campos de expansão. BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 36-8; WEIDENFELD, Katia. **Histoire du Droit Administratif: Du XIV^e siècle à nos jours**. Paris: Economica, 2010. p. 41-3; BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif (de la Révolution au début des années 1970)**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 60-3.

⁹⁵ Nas palavras de Napoleão: "*Eu quero instituir um corpo meio-administrativo, meio-judiciário, que regulará o emprego daquela porção de arbítrio necessária na administração do Estado; não se pode deixar esse arbítrio nas mãos do príncipe, pois ele o exercerá mal ou negligenciará seu exercício. No primeiro caso, haverá tirania, o pior dos males para um povo civilizado; no segundo caso, o governo cairá em desprezo*". (BIGOT, *op. cit.*, p. 52. Traduzi).

⁹⁶ Pretendia-se, com isso, utilizar a autoridade do Conselho, e das pessoas que o compunham, para tornar menos perceptível, e mais tolerável, a concentração de poder nas mãos do Poder Executivo. É possível ver, no período napoleônico, uma espécie de compromisso entre a Revolução e o Antigo Regime: nele foram recuperadas, para o Poder Executivo, prerrogativas de

"decisor" e "julgador" permitia sempre imputar o conteúdo dos projetos de lei e das decisões tomadas sobre as "*dificuldades*" encontradas pela Administração ao Conselho de Estado — embora ele não possuísse independência alguma diante do chefe de Estado, em relação a quem desempenhava um papel consultivo. A competência atribuída ao Conselho de Estado para "*resolver dificuldades em matéria administrativa*", de qualquer maneira, fez com que ele se tornasse uma espécie de "*juiz de direito comum*" em matéria de Direito Administrativo: a ele caberia resolver os conflitos de atribuições entre as autoridades administrativas e o Poder Judiciário, bem como julgar recursos apresentados contra decisões das autoridades administrativas inferiores. A partir de então, o contencioso administrativo passa a possuir a pretensão de *produzir direito*: suas decisões são qualificadas como "acórdãos" e passam a possuir a autoridade de coisa julgada. Esta — e não a lei de 16-24 de agosto de 1790 — é a origem próxima do atual modelo de contencioso administrativo francês⁹⁷.

b) A fuga da maneira de pensar típica do Direito Civil

A lembrança da atuação dos Parlamentos durante o Antigo Regime é a razão mais conhecida do contencioso administrativo francês, mas não é a sua única razão. Junto com o desejo de subtrair as decisões tomadas pelos integrantes do Poder Executivo do controle do Poder Judiciário estava uma convicção de que o modelo

ação que antes estavam associadas à figura do Rei. A instituição do Conselho de Estado também pode ser explicada a partir dessa mesma perspectiva: junto com a reinstauração de prerrogativas reais, a instituição do Conselho de Estado representaria a recriação da antiga tradição do *gouvernement à grand conseil*. François Burdeau, em direção convergente, compreende a criação do Conselho de Estado como sendo uma "*consequência natural*" da concentração de autoridade nas mãos de um único homem: "*a autocracia implica a formação de instituições consultivas, garantindo que sua ação não possa enfraquecer o crédito do poder ao ferir inutilmente os interesses e violar ilegalmente os direitos.*" (BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif** (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 68).

⁹⁷ Fala-se em "origem próxima" porque, durante o Antigo Regime, havia uma série de jurisdições de exceção, os *intendentes* possuíam competência para administrar um tipo de "contencioso administrativo" nas suas áreas de atuação, e, sobretudo, porque durante os séculos XVI e XVII houve uma série de disputas envolvendo o Rei e os Parlamentos a respeito do campo em que os últimos poderiam legitimamente atuar. Essas disputas culminaram com um edito de 1641 em que Luís XIV proibiu aos Parlamentos tomar conhecimentos de matérias que dissessem respeito "*ao Estado, à administração e ao governo*" — e com a Fronda Parlamentar de 1648. As prerrogativas dos Parlamentos foram restauradas dentro de um acordo político que permitiu a ascensão de Luís XV — e sua utilização para impedir a realização das reformas propostas por Luís XVI é uma das razões pelas quais os revolucionários preocuparam-se em proteger o núcleo do poder político contra a intromissão de juízes. A Revolução, em síntese, efetua uma espécie de compromisso com partes da tradição anterior e reabilita o modelo de "contencioso administrativo" que já era conhecido no Antigo Regime — e que a Monarquia enfrentou extrema resistência para implantar.

legalista, cujas virtudes eram exaltadas principalmente no campo do direito privado como maneira de impor um mesmo conjunto de direitos civis a toda a população, não era apropriado para regular a ação da Administração Pública.

Não houve apenas um desejo de fugir do *locus* "Poder Judiciário": a opção pelo contencioso administrativo foi também um desejo de fugir do *tipo de raciocínio* que se esperava que os juízes executassem dentro do regime pós-revolucionário — em que eles seriam "a fiel boca da lei". Julgou-se que esse modelo, se aplicado à Administração, causaria inconvenientes: era preciso assegurar-lhe um tipo de relação mais fluida com a lei, dentro do qual ela pudesse efetuar uma "*apreciação discricionária — e não silogística — dos méritos respectivos dos interesses privados e coletivos*" envolvidos em cada diferente cenário. Na síntese de Katia Weidenfeld:

Além disso, os textos que atribuem os contenciosos administrativos à administração ativa se contentam, de maneira geral, em resolver a questão de competência, sem determinar a regra a aplicar. **Para resolver um conflito, o administrador-juiz não exerce uma função propriamente jurisdicional, concebida sobre o modelo de um silogismo.** Mesmo se ele é limitado pela obrigação de motivação, **ele não raciocina por conformidade a uma lei escrita, nem a uma jurisprudência. É frequentemente dentro de uma lógica puramente oportunista, sem roupagem jurídica, que é tratado o contencioso da administração**⁹⁸.

O Direito Administrativo é definido hoje, sobretudo, como o "*direito da legalidade*". Em seus primórdios, contudo, sua lógica era outra. Ele foi pensado como um direito da anti-legalidade: um direito que seria aplicado em um *locus* especial e que utilizaria uma lógica especial na análise de disputas envolvendo a Administração — cujo juízo "não seria concebido sobre o modelo de um silogismo", como a lógica empregada pelo Poder Judiciário, mas que, muito diversamente, estaria fundamentado em um tipo de relação com a lei que permitiria uma apreciação discricionária dos diferentes aspectos de cada situação com as quais a Administração se defrontasse.

⁹⁸ WEIDENFELD, Katia. **Histoire du Droit Administratif**: Du XIV^e siècle à nos jours. Paris: Economica, 2010. p. 45. Traduzi e grifei. No mesmo sentido: "*A escolha dos Constituintes de fazer resolver certos litígios pelos corpos administrativos é essencialmente oportunista. De uma parte, certas questões exigem uma apreciação discricionária — e não silogística — dos méritos respectivos dos interesses privados e coletivos. De outra parte, a intrusão dos tribunais considerados suspeitos parecia dever ser evitada nas matérias politicamente sensíveis.*" (Ibidem, p. 128-9. Traduzi e grifei).

Se nós assumirmos, como explica Victor Tau Anzoátegui, que na passagem do Antigo Regime para o modelo pós-revolucionário nós abandonamos um modelo *casuísta*, concentrado na figura do juiz e na sua prudência decisória, e migramos para um modelo *legicentrista*, dependente do legislador, do conteúdo racional das suas leis, e de um sistema normativo pré-constituído⁹⁹, então podemos dizer que no que diz respeito ao Direito Administrativo, a França permaneceu mais próxima do modelo casuísta do que do modelo legicentrista. Essa relação maleável entre a legislação e a Administração está presente nos primeiros comentaristas da matéria. Gérando faz questão de ressaltar, no título preliminar dos seus *Institutos*, que o Direito Administrativo está fundado mais em uma "*noção de equidade*" do que no conceito de "*justiça*" — e que, se a autoridade judiciária baseava-se no direito positivo, a administração agia de acordo com "*considerações de equidade ou de simples conveniência*":

A expressão *direito*, no direito administrativo, não deve ser tomada em um sentido rigoroso; ela se refere à noção de equidade, mais do que àquela da justiça. O direito, assim considerado, tende a conciliar ou a balancear os interesses de ordens diversas, mais do que a reconhecer e a consagrar títulos positivos, absolutos e rigorosos¹⁰⁰.

Essa distinção [entre a autoridade administrativa e a autoridade judiciária] está fundada na natureza das coisas, tanto quanto em considerações de ordem pública e no texto das leis. [...] A autoridade judiciária se funda em títulos, convenções, depoimentos autênticos, regras escritas e absolutas, como ela se pronuncia sobre direitos positivos; **A administração consulta a utilidade geral, o interesse da ordem pública; dirige-se de acordo com considerações de equidade ou de simples conveniência**¹⁰¹.

Vivien ressaltou que "*o interesse público seria comprometido por uma legislação desconfiada que, amarrando a administração, lhe recusasse a liberdade de se mover*" e que "*as garantias devidas à coisa pública se encontram nas regras gerais que a administração é obrigada a seguir, nos controles que a cercam, na*

⁹⁹ TAU ANZOÁTEGUI, Victor. **Casuismo y Sistema: Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano**. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

¹⁰⁰ GÉRANDO, Joseph Marie, Baron de. **Institutes du Droit Administratif Français, ou Éléments du Code Administratif**. Paris: Nêve, Libraire de la Cour de Cassation, 1829. t. 1. Traduzi e grifei. O itálico é do original.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 109. Traduzi e grifei.

responsabilidade dos seus agentes e não em estritas e minuciosas prescrições"¹⁰². A seguir, destacou a diferença de lógica que apartava a Justiça da Administração — e, na mesma linha de Gérando, enfatizou que as necessidades da Administração eram incompatíveis com o "*caráter de justiça*" que animava as decisões do Judiciário:

Nenhuma autoridade discricionária é conferida à justiça; **ela tem como medida apenas as convenções ou a lei que aplica. Ela os toma em seus termos estritos e rigorosos, e os faz passar mesmo diante da equidade, se a equidade for ferida por eles.** Ela faz abstração das pessoas, nenhum obstáculo a imobiliza, nenhum medo causa-lhe problema. Seus depositários são irresponsáveis, inamovíveis e independentes, suas decisões são soberanas. Ela reina sem divisão na esfera em que a Constituição a colocou.

Ao contrário, **a administração se subordina aos tempos e aos lugares. O interesse público é a sua lei suprema. Assim, ela deve contas incessantemente dos seus atos. Seus agentes são revogáveis, suas prescrições podem ser modificadas ou canceladas. Ela é móvel e sujeita à variação como os objetos que compõem o seu domínio.**

Compreende-se, depois dessas diferenças, quão importante é que a justiça e a administração se contenham sempre nos limites que lhes são respectivamente designados.

A regulação dos assuntos públicos não poderia ser remetida a um poder que resiste a toda influência, se ele é exercido em nome do interesse público, e que encontrasse sua honra na aplicação em toda ocasião da lei com o mesmo pensamento e o mesmo espírito. **Esse caráter de justiça, que faz sua glória e nossa segurança, é incompatível com a natureza das necessidades às quais a administração deve perseguir**¹⁰³.

Essas considerações, como se percebe, estão um pouco distantes do tema central deste estudo. Elas são muito importantes, no entanto, porque fornecem chaves de leitura para que nós possamos compreender como os publicistas franceses concebem o Direito Administrativo, e qual a função peculiar que o Conselho de Estado possui dentro do ambiente em que está inserido. Se quisermos

¹⁰² VIVIEN, Alexandre François Auguste. **Études Administratives**. 3. ed. Paris: Librairie de Guillaumin & Cie, 1859. t. 1, p. 11-2. Em direção convergente quanto à suficiência e adequação da proteção fornecida pelo Conselho de Estado aos particulares, mas sem uma explicação tão detalhada sobre a estrutura lógica do seu processo de decisão, Ducrocq diz que "*tal qual é, a justiça administrativa, e sobretudo o Conselho de Estado, forma a única garantia eficaz que pode, na França, ser conferida ao administrado contra o administrador. Ela controla a administração, e oferece aos direitos privados a mais séria proteção contra seus abusos de poder.*" (DUCROCQ, Théophile. **Cours de Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Ernest Thorin, 1868. p.126. Traduzi).

¹⁰³ VIVIEN, *op. cit.*, p. 17. Traduzi e grifei.

utilizar, novamente, a terminologia de Foucault, podemos dizer que no período pós-revolucionário forjaram-se *estruturas mentais* sobre (a.) essa natureza "fluida" entre a Administração e a lei, e (b.) o papel do Conselho de Estado em tal arranjo institucional. Essas estruturas *continuam presentes* nos alicerces do Direito Administrativo francês. Elas continuam fazendo parte da pré-compreensão que os atores situados naquele ambiente possuem a respeito do Direito Administrativo que praticam.

Começa-se pelo primeiro desses pontos. Marcel Waline, por exemplo, ressaltaria em 1952 que "**o direito administrativo não está aprisionado, como está o direito civil, pelo seu Código**", e que os seus princípios "*não estavam sempre claramente expressos nas leis escritas*", mas sim "*no espírito geral da legislação*". A identificação desses princípios caberia "*àqueles que deveriam **fornecer uma solução jurídica aos problemas práticos** que são apresentados pela vida administrativa, é dizer, os tribunais encarregados de julgar as contestações levantadas pela ação da administração*"¹⁰⁴. Didier Truchet, mais recentemente, preocupa-se em esclarecer que um dos "*objetivos pedagógicos*" de seu manual é "*mostrar que o direito administrativo é mais uma **arte de decisão e portanto de escolhas** que a arte do contencioso à qual ele é frequentemente reduzido*"¹⁰⁵. Logo a seguir, explica que o direito administrativo "*enquadra e guia a decisão [da Administração], mas é **muito raro que ele imponha a ela o sentido ou o conteúdo***"¹⁰⁶. Tudo isso parece absolutamente estranho para um observador brasileiro acostumado a pensar o Direito Administrativo como um "direito de legalidade silogística" (e mais adiante a razão desse estranhamento será explicada), mas é absolutamente natural para um publicista francês — que pensa, até hoje, o Direito Administrativo como um "direito casuístico".

Essa relação aberta e vaga entre a legislação e a conduta da Administração faz com que o Direito Administrativo francês seja um direito jurisprudencial: será a jurisprudência que definirá, utilizando a "arte de decidir" e o espírito de equidade aos quais acima se fez referência, os limites e os privilégios associados à ação administrativa. René Chapus, assim, explica que o Direito Administrativo é

¹⁰⁴ WALINE, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, 1952. p. 20. Traduzi.

¹⁰⁵ TRUCHET, Didier. **Droit Administratif**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2011. 28. Traduzi e grifei.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 29. Traduzi e grifei.

"fundamentalmente jurisprudencial", e que "a ausência de código de direito administrativo, análogo ao Código civil, é dizer, definindo os princípios e as noções desse direito, teve, e continua a ter, por consequência natural que ele é, e permanece, no essencial, a obra do juiz"¹⁰⁷. Yves Gaudemet apresenta-o como "um direito, na origem e por princípio, não escrito", um direito elaborado "pelo juiz ao longo e à medida dos litígios que lhe são submetidos"¹⁰⁸.

Não há nenhuma grande novidade nisso: o *insight* mais interessante vem quando nós inserimos uma estrutura institucional com essas características — (a.) uma relação vaga entre a lei e a conduta administrativa, e (b.) um órgão encarregado de efetuar, casuisticamente, a definição concreta do regime de ação da Administração Pública — dentro de **um ambiente político onde há conflitos de interesses, alterações de composições de forças na sociedade e necessidades cambiantes**. Em outras palavras: falar-se de "direito não-escrito" em um ambiente *constante* remete-nos a um conjunto de problemas; falar-se de "direito não-escrito" em um ambiente *dinâmico* apresenta um conjunto de problemas muito mais complexos. O Conselho de Estado é encarregado de definir o regime de ação da Administração tanto nos momentos em que o ambiente político predominante inclina-se por uma ordem liberal e autoritária, quanto naquelas em que ele pode reconhecer a necessidade e a conveniência de se pautar por princípios mais republicanos e social-democratas. O Conselho de Estado, a despeito da natureza da sua função, não é apenas uma estrutura técnica: ele é um *ente político*¹⁰⁹, e adapta o conteúdo das suas decisões às necessidades dos tempos.

¹⁰⁷ CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1. 6. Traduzi.

¹⁰⁸ GAUDEMET, Yves. **Traité de Droit Administratif**: Droit Administratif Général. 16. ed. Paris: L.G.D.J., 2001. t. 1, p. 3 e 5. Traduzi.

¹⁰⁹ Como, de resto, qualquer Tribunal também é — embora em graus menores ou maiores. A literatura que analisa a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana desde uma perspectiva sociológica/estratégica possui ferramentas que podem ser estendidas à análise do Conselho de Estado francês. Por todos, conferir especialmente MCCLOSKEY, Robert. **The American Supreme Court**. 3. ed., revisada por Sanford Levinson. Chicago: University of Chicago Press, 2000; BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986; SHAPIRO, Martin. **Courts: A Comparative and Political Analysis**. Chicago: The University of Chicago Press, 1986. Em direção convergente, e destacando como um órgão judiciário pode precisar levar em consideração as preferências dos outros agentes políticos localizados no ambiente em que ele se insere, ver EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. **Law and Society Review**, v. 35, n. 1, 2001. p. 117-164; e também EPSTEIN, Lee; JACOBI, Tonja. The Strategic Analysis of Judicial Decisions. **Annu. Rev. Law Soc. Sci.**, n. 6, 2010. p. 341-58. Especificamente em relação à atuação do Conselho de Estado durante a IIIª República e o suposto "milagre" do Direito Administrativo, conferir, com o instrumental teórico desses estudos em mente, PACTEAU, Bernard. **Le Conseil**

Por isso, Katia Weidenfeld entende que a questão de saber se o Direito Administrativo é um instrumento "*colocado a serviço do poder ou um elemento de uma defesa liberal dos administrados*" é uma pergunta vã: "*a originalidade desse direito é justamente procurar manter juntos esses objetivos, cuja contradição é apenas aparente*", e de fazer uma *sintonia fina* entre eles (a expressão é minha) — ora dando mais peso a um, ora a outro dos lados dessa equação:

Forçada a permanecer a coadjuvante de um poder político encarregado da manutenção da ordem, a jurisprudência esposa as suas necessidades: fazer a Revolução ou concluí-la, regular a administração desconcentrada, ser porta-voz das aspirações sociais ou contê-las... [...] Assim, os períodos em que o juiz parece estender seu olhar sobre os atos da administração não devem ser analisados como rupturas. O primado concedido às liberdades sobre os poderes administrativos é, em parte, uma aparência; o controle das prerrogativas públicas é também um instrumento para silenciar o desejo da democracia, evitar os excessos dos poderes desconcentrados ou canalizar reivindicações sociais¹¹⁰.

A história que se vai contar nesta dissertação envolve as *transformações* ocorridas em um instituto jurídico entre a Revolução Francesa e o presente. A principal dessas transformações foi determinada, como se verá no próximo capítulo, por um conjunto de decisões do Conselho de Estado — que reorientou o Direito Administrativo em uma determinada direção e, com isso, criou a teoria do contrato administrativo. O pano de fundo institucional apresentado nesta seção fornece subsídios necessários para a compreensão dessas modificações.

2. A busca de um conceito-chave: atos de império *versus* atos de gestão

A criação do Conselho de Estado e a expansão da esfera da administração contenciosa fizeram com que uma questão precisasse ser respondida: embora algumas leis estabelecessem campos de competência nos quais controvérsias

d'État et la Fondation de la Justice Administrative Française au XIX^e Siècle. Paris: Presses Universitaires de France, 2003 (mostrando como o Conselho de Estado estava ameaçado de extinção no início da III^a República e o esforço que ele efetua para adequar-se às diretrizes republicanas posteriores ao final do Segundo Império). Para uma incorporação desse referencial teórico ao ambiente francês, cf. MEUNIER, Jacques. **Le pouvoir du Conseil constitutionnel: Essai d'analyse stratégique.** Paris: L.G.D.J., 1994.

¹¹⁰ WEIDENFELD, Katia. **Histoire du Droit Administratif: Du XIV^e siècle à nos jours.** Paris: Economica, 2010. p. 4. Traduzi e grifei.

deveriam ser apreciadas pela Administração, não havia uma fórmula geral que pudesse ser empregada de maneira consistente em sua interpretação. Ainda que o artigo 52 da Constituição do ano VIII estabelecesse uma competência do Conselho de Estado para julgar "*difficultades em matéria administrativa*", não era claro qual fórmula deveria ser utilizada para identificar essa "matéria administrativa" que deveria ser apartada da matéria civil — e, assim, retirada do domínio dos tribunais¹¹¹.

Para resolver este problema, o Conselho de Estado terminou criando uma divisão entre os casos em que o Estado agia no exercício de poderes ínsitos ao conceito de soberania — isto é, no exercício de *puissance publique* —, e os casos em que ele agia como *mero proprietário*. Enquanto empunhava a *puissance publique*, o Estado regia-se unicamente pelo direito administrativo, e suas condutas poderiam ser examinadas apenas pelo contencioso administrativo. Quando atuava como *proprietário*, ocupava uma posição equiparável à de um particular: os seus direitos eram determinados pela lei civil e as controvérsias em que ele estivesse envolvido seriam apreciadas pelo Poder Judiciário. De maneira mais genérica, era possível identificar duas faces no Estado. Como se vê nos textos da época:

O Estado age tanto como soberano, é dizer, como *puissance*; quanto como particular, é dizer, por via de defesa [...] Quando o Estado age pela via de *puissance*, não há nada a contestar; é preciso obedecer à soberania. Isso não quer dizer que o Estado não escute as reclamações e não as avalie; mas não se reclama contra a sua política diante de um terceiro juiz; ele próprio é o árbitro supremo. [...] **As sociedades e os corpos políticos são consideradas como pessoas morais apenas para as propriedades móveis ou imóveis que possuem, assim como para os contratos em que façam parte. [...] Essa assimilação vem do fato de que os bens e os direitos que as sociedades políticas possuem são a sua propriedade, constituem o seu patrimônio, e**

¹¹¹ BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 135 e ss. ("Lembra-se de memória que se deve, sobretudo, lembrar pelo binômio autoridade/gestão a distinção *État propriétaire/État administrateur*. Depois do início do século, o Direito Administrativo, direito de exceção, em busca de definir-se juridicamente de maneira positiva, encontrou sua fronteira no contato com o direito privado. Por uma definição das suas regras que era puramente negativa, a doutrina e a jurisprudência assimilaram sempre o Direito Administrativo ao exercício, pelos poderes públicos, das prerrogativas que gravitam na esfera da soberania, de onde o seu grau de elasticidade e de relativa indeterminação." (*Ibidem*, p. 140-1. Traduzi.); BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif** (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 84 e ss; WEIDENFELD, Katia. **Histoire du Droit Administratif**: Du XIV^e siècle à nos jours. Paris: Economica, 2010. p. 128 e ss.

que, por essa razão, são da mesma natureza que aqueles dos particulares, e regidos pelos mesmos princípios.¹¹²

[...] o governo não é juiz das dificuldades que podem surgir sobre a interpretação ou execução de seus atos, a não ser quando ele agir como governo, e no interesse geral da sociedade. Será de outra maneira se a contestação tiver por objeto direitos reais, prestações fundiárias, ou imóveis que atos do governo tenham declarados como fazendo parte do domínio do Estado, e que particulares reclamem como seus a título patrimonial. Em relação a esses direitos, essas prestações e esses imóveis: que o príncipe ataque ou que ele se defenda, quer se trate de adquirir ou de conservar, é de uma questão de propriedade que se trata de resolver; e como as propriedades particulares não estão menos sob a salvaguarda das leis do que as propriedades públicas, as chances, em uma luta dessa espécie, devem necessariamente ser iguais. Ademais, o príncipe só pode opor ao seu adversário seu título ou sua posse, é dizer, os direitos que ele retira da lei civil. Ora, todas as contestações que são reguladas pela lei civil são do domínio da autoridade judiciária: é portanto aos tribunais que cabe estatuir sobre as questões dessa natureza¹¹³.

[...] é verdade que as contestações que se reduzem a uma questão de propriedade, sem relação com a *puissance publique*, são estrangeiras à justiça administrativa; devem ser julgadas pelos tribunais ordinários. E não se deve crer que uma questão de propriedade dominical seja reputada administrativa, como interessando à *puissance publique*: é a autoridade e não a propriedade que está no domínio da administração. Assim, todas as vezes que os agentes do domínio levantarem uma questão de propriedade, desligada de todo exercício de autoridade, a contestação é judiciária; tudo exatamente como se a questão de propriedade fosse levantada entre particulares¹¹⁴.

Se nós observarmos apenas a superfície das coisas, poderá parecer que, quando o Conselho de Estado adotou o critério *ato de autoridade versus ato de gestão* para definir quais matérias ficariam sob sua competência, ele estava criando institutos jurídicos novos. Quando nós inserimos esse evento no seu devido contexto — e na história longa dos institutos de Direito Administrativo —, todavia, nós

¹¹² LOCRE, Jean-Guillaume, Barão de. *Législation et jurisprudence françaises, ou Répertoire général, historique, analytique et raisonné des lois des Règlements et Décrets impériaux, des Avis interprétatifs du Conseil d'État, de ses décisions en matière contentieuse et de conflit, des Instructions ministérielles, des Arrêts de Cour de Cassation*. Paris: Impr. impériale, 1807. p. 176. *Apud* BIGOT, Grégoire. *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002 p. 70. Traduzi e grifei.

¹¹³ HENRION DE PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas. *De l'autorité judiciaire en France*. Paris: Théophile Barrois Père, 1818. p. 468-9. Também citado em BIGOT, *op. cit.*, p. 70 (mas fazendo referência ao texto da terceira edição, de 1827.). Traduzi e grifei.

¹¹⁴ SIREY, Jean-Baptiste. *Du Conseil d'État selon la Charte Constitutionnelle*. Paris: Cour du Harlay, n. 21, 1818. p. 155. Traduzi e grifei.

percebemos que essa não é a melhor explicação para o que aconteceu. A *terminologia* adotada pode ter sido nova. A sua adoção, contudo, decorreu da utilização de uma maneira antiquíssima de conceber o Estado. Suas raízes, como se verá a seguir, estão na Roma imperial.

Durante a República, as funções públicas romanas eram exercidas por um conjunto de *magistrados*. O *patrimônio* da República estava concentrado em uma entidade chamada *aerarium*¹¹⁵, e seus recursos eram movimentados por *quaestores* e *censores* — magistrados eleitos pelo *populus Romanus*. As regras utilizadas por esses magistrados nas relações patrimoniais da *res publica* com particulares, naquele período, eram diferentes das regras aplicáveis às transações envolvendo unicamente partes privadas. O *populus Romanus* era a entidade coletiva mais poderosa conhecida em Roma; ele não se submetia às regras do direito privado, nem se submetia ao mesmo conjunto de restrições aplicáveis aos particulares¹¹⁶. As

¹¹⁵ Conforme a definição do *Dicionário Enciclopédico de Direito Romano* de Adolf Berger: "Aerarium populi Romani. Tesouro do Estado, também chamado *aerarium Saturni* porque estava localizado no tempo de Saturno. Era também um arquivo central para documentos conectados com a administração fiscal e geral, para leis aprovadas pelas assembleias populares (Lex Licinia Junia), *senatusconsulta*, e de maneira geral para todos os documentos em que o estado estivesse interessado, tais como contratos com particulares. Originalmente sob a direção dos questores, depois dos pretores, foi submetido por Augusto ao controle do senado. No Principado, os chefes do *aerarium* eram os *praefecti aerarii Saturni*. O *aerarium populi Romani* deve ser distinguido do tesouro do imperador (v. *Fiscus*). A distinção gradualmente perdeu importância porque o tesouro imperial absorveu progressivamente as receitas do *aerarium*." (BERGER, Adolf. **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**. reimp. Filadélfia: The American Philosophical Society, 1991. [Ed. original: 1952. p. 353. Traduzi].

¹¹⁶ "A mais antiga, maior, e mais poderosa corporação conhecida pelo Direito Romano é o próprio e soberano *populus Romanus*. O Povo, o Estado, tidos como propriedade de maneira corporativa, não como propriedade comum, o *aerarium*, o tesouro da República e depois do Senado. No entanto, isso é irrelevante para o presente estudo; pois o *populus* jamais se sujeitava ele próprio ao direito privado. Como Mitteis diz, ele poderia determinar em qualquer momento a extensão da sua capacidade; ele poderia reclamar, sem contestação, todo direito conhecido ou concebível; mas ele nunca ingressava nos tribunais comandado pelo direito privado. Nós precisamos apenas dizer aqui que o *populus* e o *aerarium* perderam constantemente importância sob o Império, e o *aerarium* provavelmente deixou de existir pelo tempo de Diocleciano." (DUFF, Patrick William. **Personality in Roman Private Law**. Cambridge: The University Press, 1938. p. 51). Traduzi. Eliachevich, em direção convergente, ressalta: "Assim, a condição jurídica do Estado republicano romano, quanto às suas relações patrimoniais, difere radicalmente daquela do Estado moderno. O Estado moderno se submete, na sua atividade jurídica, às regras e às formas do direito privado. Os seus direitos patrimoniais são os mesmos que aqueles dos particulares. Ele conclui os mesmos contratos e sob as mesmas formas. Do ponto de vista do direito de patrimônio, ele está colocado no nível dos particulares. É o que a doutrina exprime pela fórmula: o Estado é uma pessoa jurídica de direito privado. O *populus Romanus* mantinha, igualmente, relações jurídicas com os particulares. Mas ele ocupa aqui uma posição exorbitante do direito comum. Todas as relações jurídicas nas quais ele participa recebem por esse fato um caráter particular. Seus contratos são contratos *sui generis*, desconhecidos do direito privado. As formas estabelecidas para os particulares não são obrigatórias para ele. Ele não está vinculado pelos princípios do direito privado, nem pelas restrições do *jus strictum*. Todos esses princípios e todas essas restrições dizem respeito apenas aos *singuli ad utilitatem quorum ius privatum spectat*. O *populus*

transações envolvendo o *aerarium*, por isso, eram conduzidas sob um regime especial.

Uma grande parte das operações efetuadas por tais magistrados envolvia terras (*agri publici*), as quais, por sua natureza *extra commercium*, não podiam ser objeto de transações baseadas nas regras do direito privado¹¹⁷. A propriedade do *populus Romanus* era de um *tipo* diferente da propriedade quirítária, e superior a ela — o Estado, a partir de seus direitos próprios sobre o solo (o *dominium*), era o criador de todos os direitos privados de propriedade. Por isso, (a.) as formas de aquisição empregadas no direito privado eram inaplicáveis às terras públicas, (b.) servidões idênticas em extensão às privadas não poderiam ser constituídas sobre elas, e (c.) a propriedade quirítária sobre elas só poderia ser adquirida por lei especial. Os questores, adicionalmente, efetuavam cessões de direitos de uso sobre terras públicas e, em contrapartida, o *aerarium* recebia o pagamento de uma prestação chamada *vectigal*. Os jurisconsultos terminaram elaborando o conceito de *res publicae*, oposto ao de *res privatae*, tamanhas as diferenças de regime existentes entre os bens compreendidos nessas duas categorias¹¹⁸.

Os contratos firmados em nome do *populus Romanus* também apresentavam diferenças em relação aos contratos privados: de maneira geral, o Estado estava dispensado de efetuar algumas formalidades ou solenidades que seriam exigíveis de agentes privados, e ele poderia também efetuar transações que estavam vedadas aos particulares. A sua presença, como parte, permitia-lhe escapar dessas restrições e proibições e criar uma rede de contratos sujeita a um regime jurídico privilegiado. Os magistrados, por exemplo, promoviam a venda de bens adquiridos dos vencidos em batalha, dos bens confiscados dos condenados e daqueles integrantes do patrimônio dos devedores do Estado. Eles eram vendidos em bloco (*sectio*), em hasta pública¹¹⁹ promovida no fórum, de maneira que o realizador da

Romanus vive sempre conforme o seu próprio direito, *ius publicum* (*poplicum*), *quod ad statum rei Romanae spectat*, quaisquer que sejam as relações de que se trata. Ele permanece sempre uma comunidade superior que está sobre os particulares, ele tem sempre entre as suas mãos a *potestas omnium rerum*." (ELIACHEVICH, Basile. **La Personnalité Juridique en Droit Privé Romain**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942. p. 27-9. Traduzi).

¹¹⁷ Mommsen ressalta que negócios envolvendo os bens do Estado, e sobretudo de seus imóveis, "eram o fundamento da administração financeira de Roma" (MOMMSEN, Théodore; MARQUARDT, Joachim. **Manuel des Antiquités Romaines: Le Droit Public Romain**. Trad. para o francês de Paul Frédéric Girard. Paris: Ernest Thorin, 1891. t. 7, p. 328).

¹¹⁸ ELIACHEVICH, *op. cit.*, p. 6-11.

¹¹⁹ "Hasta. Uma lança. Era considerada um sinal visível de propriedade legitimamente adquirida (*signum iusti domini*), pois 'os Romanos sobretudo consideravam seus os bens que eles tinham

melhor oferta teria esses bens adjudicados para si (*addictio*) pelo magistrado que estivesse conduzindo o processo de venda. Dois traços apartam essas transações daquelas efetuadas entre particulares: (a.) a sucessão universal envolvida nas vendas em bloco dos bens pertencentes a diferentes patrimônios privados era desconhecida do direito privado; e (b.) não era preciso, nessas vendas, haver tradição para que houvesse a transferência da propriedade: o ato de adjudicação seria suficiente para fazê-lo¹²⁰.

A distância entre o direito obrigacional público e o direito obrigacional privado fica ainda maior nas *leges locationis*¹²¹, cláusulas inseridas em contratos de *locatio* efetuados entre o Estado e particulares e que conferiam a esses particulares poderes e direitos sobre terceiros. O Estado, como foi explicado mais acima, podia ceder direitos de uso sobre seus bens a terceiros mediante o pagamento de uma remuneração. Ele poderia também ceder o direito de *receber essa remuneração* a um outro particular (o "publicano"), que se encarregaria de efetuar sua cobrança dos cessionários do direito de uso e de efetuar pagamentos ao Estado. Esses contratos de cessão de direitos eram conhecidos como *venditionis* ou *locationis*¹²². Eles também eram firmados depois da realização de hastas públicas, antes das quais o Estado tornava públicas as cláusulas do contrato que pretendia outorgar. Algumas dessas cláusulas eram impensáveis nos contratos privados: o publicano poderia receber, via contrato, poderes para se apropriar de bens do cessionário de direitos de uso que deixasse de efetuar os pagamentos devidos, ou mesmo para se tornar proprietário *ipso jure* (via confisco) dos objetos que esse cessionário tentasse ocultar

tomado de um inimigo' (Gaius, Inst. 4.16). Leilões públicos eram realizados *sub hasta* (ver *subhastatio*). Quanto o tribunal dos centumviri realizava suas sessões, uma lança estava colocada diante dele." (BERGER, Adolf. **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**. reimp. Filadélfia: The American Philosophical Society, 1991. [Ed. original: 1952. p. 485. Traduzi).

¹²⁰ ELIACHEVICH, Basile. **La Personnalité Juridique en Droit Privé Romain**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942. p. 16-7.

¹²¹ "Com referência a transações, como, e.g., *lex venditionis, locationis, donationis, etc.*, *lex* é uma cláusula particular da transação em questão, uma condição imposta à parte que está interessada, ou recebe lucro da transação. O significado de uma condição aparece claramente em frases com *ea lege ut*, como, por exemplo, alguém doa um escravo sob a condição *ea lege ut manumittatur*, i.e., que o escravo seja submetido à manumissão." (BERGER, *op. cit.*, p. 544. Traduzi).

¹²² "Locatio conductio. Um termo geral que cobre vários tipos de aluguel e contratação. As partes contratantes são: o *locator (is qui locat* = ele que concede a sua coisa, móvel ou imóvel, em aluguel, que concede o seu material a partir, ou no qual, um trabalho deve ser feito, ou que fornece seus serviços a outrem) e o *conductor (is qui conducit rem, opus, operas* = o locatário de uma coisa de outrem, o trabalhador que se engaja na realização de um trabalho específico, ou aquele que emprega os serviços de outrem). [...] Há regras específicas sobre os direitos e deveres das partes e suas responsabilidades no caso de inadimplemento. As regras normais poderiam ser modificadas por um acordo especial entre as partes." (BERGER, *op. cit.*, p. 567. Traduzi).

para reduzir o valor das prestações que deveria pagar. Mesmo as controvérsias envolvendo as transações envolvendo o *aerarium* submetiam-se a um processo diferenciado de solução: elas não eram submetidas aos juízes, mas resolvidas pelos *próprios magistrados encarregados da administração do aerarium* no exercício da sua potestas¹²³.

Com a formação do Império, essa estrutura começou a sofrer modificações: o *princeps* adquiriu direitos de movimentação sobre uma reserva patrimonial — o *Fiscus Caesaris*¹²⁴ — que passou a existir paralelamente ao *aerarium*¹²⁵. Essa mudança foi resultado de uma divisão de províncias feita por Augusto entre ele próprio e o Senado: as receitas das províncias deixadas ao Senado (internas e pacificadas) destinavam-se ao *aerarium*, enquanto as receitas das províncias imperiais (fronteiriças e com forte presença de legiões militares) eram registradas dentro da reserva patrimonial administrada pelo príncipe. Como era ligada à pessoa física do "primeiro cidadão", não mais ao *populus Romanus*, essa entidade era regida por regras de direito privado. Assim, ela era administrada não por *magistrados*, mas por *procuradores* indicados pelo *princeps* e que eram meros

¹²³ ELIACHEVICH, Basile. **La Personnalité Juridique en Droit Privé Romain**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942. p. 19-32.

¹²⁴ "Fiscus (*fiscus Caesaris*). O tesouro do imperador. Não era propriedade do imperador; era apenas confiado a ele, e controlado por ele, como um fundo destinado a propósitos públicos. O imperador tinha o direito, e também o dever moral, de utilizar das receitas fiscais apenas par o bem-estar público. As principais receitas do *fiscus* eram derivadas das províncias imperiais; alguma receita vinha das províncias senatoriais. A criação do *fiscus* sob o Principado não aboliu o *Aerarium Populi Romani* que permaneceu sob controle do senado. O *fiscus* era administrado por oficiais imperiais (*a rationibus*). *Procuratores fisci* indicados pelo imperador decidiam controvérsias entre o fisco e indivíduos privados. O fisco gradualmente assumiu uma posição mais privilegiada em relação a indivíduos que eram seus devedores (*debitor fisci*). Ao longo do tempo (primeira metade do terceiro século), o *fiscus* absorveu outros fundos públicos, o *aerarium Saturni* (*populi Romani*) e o *aerarium militare*. - D. 49.14; C. 10.1; 8; 9; 2.17; 2.36; 3.26; 2.8; 7.73; 10.1-9." (BERGER, Adolf. **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**. reimp. Filadélfia: The American Philosophical Society, 1991. [Ed. original: 1952]. p. 473. Traduzi). Acessoriamente, conferir DE COLQUHOUN, Patric MacChombaich. **A summary of the Roman Civil Law**. Londres: V. and R. Stevens and Sons, 1851. v. 1, p. 637-8.

¹²⁵ A manutenção do *aerarium* é convergente com a explicação, tradicionalmente oferecida na literatura, de que Augusto tentou implantar um regime monárquico *sob as vestes de uma República* (também para não se tornar alvo das mesmas acusações de tirania que haviam levado à morte de Júlio César). Assumindo esse ponto de partida, pode-se compreender por quais razões seria conveniente que o *aerarium* continuasse existindo, e que o *fiscus* fosse inicialmente apresentado como uma estrutura patrimonial secundária, privada e colocada sob a dependência do primeiro cidadão. Pode-se compreender, também, por quais razões não seria desejável que os administradores do *fiscus* possuíssem as mesmas prerrogativas empregadas pelos magistrados eleitos pelo *populus Romanus* — os mandatários do *primeiro cidadão* não deveriam ter esses poderes. Advirto, contudo, que essa explicação baseada na convergência entre as instituições do início do Império e a necessidade de preservação de uma "fachada republicana" é apenas uma *hipótese* — ela não deve dispensar uma pesquisa histórica mais detalhada que possa efetuar a sua comprovação.

mandatários seus; ela efetuava transações submetidas às regras de direito privado; e controvérsias que a envolvessem deviam ser resolvidas pelas mesmas vias de solução de litígios empregadas pelos particulares. Com o acúmulo progressivo de poder em torno do Imperador, a divisão entre "províncias do Senado" e "províncias imperiais" tornou-se mais confusa e o *fiscus* começou a aumentar de importância e de tamanho — até o ponto em que, durante o período de Adriano, absorveu o *aerarium* e passou a ocupar sua posição como reserva patrimonial pública¹²⁶.

O resultado do processo é inusitado: nós tínhamos, de um lado, o Imperador exercendo as prerrogativas públicas que antes estavam dispersas nos magistrados da República; e, de outro, uma reserva patrimonial pública, ligada ao Imperador, mas submetida a um regime jurídico fundamentalmente de *direito privado*. Fazer com que a gestão patrimonial pública se submetesse inteiramente às regras de direito privado, no entanto, traria dificuldades para o Estado, acostumado a estruturar as suas relações patrimoniais com base em um regime diferente daquele empregado pelos particulares. A solução encontrada foi entender que, a despeito de seu regime *básico* ser dado pelo direito privado, o Fisco poderia gozar de uma série de *privilégios* — regras *exorbitantes* do direito comum — em seu benefício¹²⁷.

Durante a Idade Média, a distinção entre direito público e direito privado caiu em desuso: o poder político foi articulado, durante o período feudal, com base em

¹²⁶ Sobre o esvaziamento do *aerarium* e a aquisição de importância do *fiscus*, conferir sobretudo: VASSALLI, Filippo E. **Concetto e Natura del Fisco**. Turim: Fratelli Bocca, 1908; e ELIACHEVICH, Basile. **La Personnalité Juridique en Droit Privé Romain**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942; além do *Dicionário* de Adolf Berger. Acessoriamente, mas com menos precisão quanto à natureza do fisco, ver: SERRIGNY, Denis. **Droit Public et Administratif Romain**. Paris: Aug. Durand, 1862. 2 t; SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Traité de Droit Romain**. Trad. para o francês de Ch. Guenoux. Paris: Firmin Didot, 1841. t. 2. p. 272-3; GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel Élémentaire de Droit Romain**. 4. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1906. p. 233-6; WILLEMS, Pierre. **Droit Public Romain**. 5. ed. Paris: Louvain, 1883. p.; 349 a 365; 494-502; e 609-21; DU BOYS, Ch. **Étude sur les Privilèges et Hypothèques accordés a l'État, aux communes et aux établissements publics sur les biens de leurs comptables, précédée d'un essai sur le privilège du fisc dans la législation romaine**. Paris: Imprimerie de la Société de Typographie, 1883; SAINT-PAUL, Achille. **Des droits du fisc en droit romain**. Des obligations et des droits du trésor public en droit français. Paris: Typographie Lahure, 1875. p. 33-43; e MOMMSEN, Théodore; MARQUARDT, Joachim. **Manuel des Antiquités Romaines: Le Droit Public Romain**. Trad. para o francês de Paul Frédéric Girard. Paris: Ernest Thorin, 1891. t. 7, p. 323-64. Para visões históricas e institucionais mais gerais, conferir: MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. Nova York: Routledge, 2007. p. 87-8; POTTER, David S. (org.). **The Blackwell Companion to the Roman Empire**. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.

¹²⁷ Cf. VILLAR PALASÍ, José Luis. **Técnicas Remotas del Derecho Administrativo**. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 2001. p. 40; SERRIGNY, Denis. **Droit Public et Administratif Romain**. Paris: Aug. Durand, 1862. t. 2, p. 1-16; SAINT-PAUL, Achille. **Des droits du fisc en droit romain**. Des obligations et des droits du trésor public en droit français. Paris: Typographie Lahure, 1875. p. 43-60.

uma estrutura *contratual* que se servia dos modelos de direito privado¹²⁸. Com o processo de despatrimonialização e reinstitucionalização das estruturas de poder político que ocorreu a partir do século XIII, vários institutos do Direito Romano foram recuperados¹²⁹ — e o Estado que se re-institucionalizava passou novamente a ser visto como sendo a reunião de duas valências: uma, quase-mística, onde se manifestava o poder superior da soberania; outra, semelhante à de qualquer particular, por intermédio da qual o Estado administrava o patrimônio mundano de que necessitava para as suas operações materiais cotidianas.

Não é por acaso que, depois da Revolução, o domínio de ação do Direito Administrativo tenha sido estabelecido como correspondendo ao campo onde o Estado se apresentava como utilizador de uma *puissance* — e que o campo abarcando os "atos de gestão" fosse regido pelo direito privado. Há, na linguagem de Foucault, uma *estrutura mental* bastante antiga por trás da adoção desse critério: uma estrutura mental romana, revitalizada pelo processo de recepção do Direito

¹²⁸ ECKERT, Gabriel. Droit Administratif et Droit Civil. In: GONOD, Pascale, MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (orgs.). **Traité de Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 2011. t. 1, p. 602-4. Cf. também JOURDAN, Philippe. **La Formation du Concept de Service Public**. Paris: Revue de Droit Public, 1987. p. 89-118; e GIORDANENGO, Gérard. De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge. **Journal of Medieval and Humanistic Studies**, n. 7, 2000. Disponível em: <<http://crm.revues.org//index880.html>>. Acesso em: 09 jun. 2010. Parágrafos 25 e 26 (explicando que as Compilações não estavam baseadas em uma *oposição* entre direito público e direito privado, mas com base em um conceito de *jus commune* em relação ao qual os direitos do imperador e da *res publica* apareciam como derogatórios), e parágrafo 29 (falando sobre o momento em que os juristas passaram do exame da *regalia* para uma tentativa de identificação dos direitos do fisco). Giordanengo registra (parágrafo 54) uma tentativa feita por Jean de Terrevermeille de criar um direito de natureza especial para explicar a sucessão ao trono francês — recuperando o binômio direito público/direito privado, Terrevermeille argumentou que essa não seria uma sucessão de direito privado, mas *de direito público*. O argumento, na época, não funciona. Giordanengo, sobre o episódio, anota que "seria preciso, mais do que o choque de humanismo jurídico, a decomposição do ensino no final do século XVI para que mudassem os métodos e emergisse a ideia de um direito específico e de novos vocábulos: leis fundamentais, constituição do reino, enfim direito público".

¹²⁹ "Assim, a partir do século XIV começa a surgir a ideia segundo a qual o Rei pertence a uma ordem jurídica diferente do direito privado e superior a ela. A lei sálica é assim qualificada de 'constituição', assim como o conjunto de princípios regendo a transmissão da coroa, colocados no cume de uma primeira 'hierarquia de normas'. A evolução foi acelerada no século XVI diante da dupla contestação política do monarca pelos protestantes e pelos ultras da Liga. O papel essencial foi desempenhado por Jean Bodin que elaborou a teoria da soberania em *Os Seis Livros da República* (1576). Sua finalidade era isolar o Rei da sociedade civil para 'torná-lo absoluto mas não despótico' [...] ou ainda 'cercar o soberano em uma rede de regras — o que era, naquele tempo, colocá-lo fora de alcance e aprisioná-lo'." (ECKERT, Gabriel. Droit Administratif et Droit Civil. In: GONOD, Pascale, MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (orgs.). **Traité de Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 2011. t. 1, p. 604. Traduzi. Especificamente sobre a recepção do conceito de fisco, ver ELIACHEVICH, Basile. **La Personnalité Juridique en Droit Privé Romain**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942; VASSALLI, Filippo E. **Concetto e Natura del Fisco**. Turim: Fratelli Bocca, 1908; e MESTRE, Jean-Louis. **Introduction Historique au Droit Administratif Français**. Paris: Presses Universitaires de France, 1985. p. 106-8 e 154-56.

Romano e adotada pelos publicistas modernos, que termina levando à formação dos conceitos de *État puissance* e *État propriétaire*¹³⁰. Embora esses termos possam ser novos e o contexto no qual se insiram também seja diferente daquele no qual essa estrutura foi originalmente criada, existe aqui um elemento de continuidade: um mesmo filtro mental, sem existência concreta, mas existente enquanto conceito cultural e aplicado à realidade, e que serve para classificar e ao mesmo conceber as atividades públicas. Não há nada de surpreendente, assim, que o Conselho de Estado tenha se inclinado pelo critério *puissance* versus *gestão*. Ao fazê-lo, ele seguiu uma lógica que já estava, por assim dizer, no DNA do direito público francês¹³¹.

B. O État legal

1. A primeira versão do modelo: direitos naturais e as funções da lei

A Revolução Francesa determinou o abandono de várias práticas e instituições relacionadas ao Antigo Regime, mas os fundamentos teóricos que ela utiliza possuem raízes em uma tradição que estava em curso de afirmação na Europa desde meados do século XVII¹³². O racionalismo humanista da Revolução tinha como ponto de partida a ideia de que o homem era titular de direitos naturais e

¹³⁰ A teoria alemã do *fiscus* e da *Zweistufentheorie* é uma outra derivação dessas mesmas bases.

¹³¹ Com razão, Maurice Hauriou diria, no âmbito do seu debate com Duguit: "os publicistas que organizaram o nosso direito administrativo fundaram-no sobre a *puissance publique*. Eles fizeram essa escolha intuitivamente, de início, porque o princípio da separação de poderes, proclamado com tanta força pela legislação revolucionária, tinha deixado exposto o suporte do poder executivo; a seguir, porque eles obedeciam à tradição dos juristas de todos os tempos, eles situavam o domínio próprio do direito, não na região dos fins perseguidos, mas naquela dos meios empregados para atingir esses fins, é dizer a região dos poderes e dos direitos". (HAURIU, Maurice: **Précis de droit administratif et de droit public**. ed. revista e atual. por André Hauriou. Originalmente publicada em 1933. Reedição: Paris: Éditions Dalloz, 2002 p. IX).

¹³² Ver, ressaltando essa continuidade, a análise de Randall Lesaffer: "*Pode parecer uma surpresa que a Revolução Francesa não é tratada aqui como uma ruptura entre duas épocas, mas fica na metade da Era Moderna (1648-1914). A Revolução Francesa fez muito em direção à realização do programa político e legal da modernidade, que havia sido em grande parte construído no final do século dezessete e no século dezoito. A despeito de quão repentina e radicalmente a Revolução possa ter chocado a Europa, o modelo social, político e jurídico resultante não foi uma criação ex nihilo. O impacto da Revolução não deve nos cegar para a continuidade entre as décadas anteriores e posteriores a 1789. A visão de mundo fundamental do final do Antigo Regime não difere, em essência, daquela do início do século dezenove. Antes de 1789, a modernidade estava ainda em construção, enquanto depois de 1815 ela estava mais concluída; mas em ambos os casos a fé e a confiança nas possibilidades ilimitadas da razão humana eram centrais.*" (LESAFFER, Randall. **European Legal History: A Cultural and Political Perspective**. Trad. para o inglês por Jan Arriens. Nova York: Cambridge University Press, 2010. 372-3. Traduzi e grifei).

inalienáveis, e preocupou-se em determinar como a relação entre o poder público e esses direitos deveria ocorrer.

As pedras fundamentais dessa equação foram apresentadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Explicou-se, nela, que "*os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos*" (art. 1) e que "*o fim 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*" (art. 2). Essa proteção não era, todavia, absoluta: a Declaração reconhece que um princípio de "*utilidade comum*" poderia servir como justificativa para a imposição de limites aos direitos naturais que reconhecia. Assim é que, por exemplo, embora todos os homens fossem iguais em direitos, era possível que houvesse distinções sociais, desde que fundadas na "*utilidade comum*" (art. 1); o direito de liberdade não possui limites, "*a não ser aqueles que garantem aos outros membros da sociedade o desfrute dos mesmos direitos*" e desde que fixados em lei (art. 4), com a ressalva de que que essa lei poderia apenas impedir ações que fossem lesivas à sociedade (art. 5); a livre comunicação dos pensamentos e opiniões era reconhecida como um "*dos direitos mais preciosos do homem*" (art. 11), mas era possível que a lei estabelecesse casos de "*abuso dessa liberdade*"; embora a propriedade fosse um direito "*inviolável e sagrado*", as pessoas poderiam ser dela privadas "*quando a necessidade pública o exigisse*" (art. 17).

À lei, em suma, veículo da vontade geral, elaborada pelos cidadãos ou por seus representantes (art. 6), caberia o papel de estabelecer uma conciliação entre os direitos naturais e a utilidade pública. A intensidade da força atribuída à lei é perceptível no trecho final do artigo 7 da Declaração: enquanto os direitos naturais de liberdade e de propriedade poderiam sofrer limitações em razão da utilidade geral, a resistência à lei é caracterizada como crime. A resistência à opressão é, conforme a própria Declaração, um direito natural; o artigo 7, contudo, sugere que tal direito natural teria servido apenas para *fundar* a ordem jurídico-política posterior à Revolução (e permitir a rejeição do Antigo Regime em razão da injustiça que lhe era intrínseca). Dentro de seu âmbito, a confiança na justiça das leis resultantes da vontade geral *exclui* a possibilidade de resistência dos cidadãos¹³³.

¹³³ Jean-Marie Carbasse explica de maneira bastante ilustrativa a intensidade da força da lei no regime pós-revolucionário: "*A expropriação por razão de utilidade pública não possui em si, evidentemente, nada de chocante: limita-se aqui a notar que o caráter sagrado da propriedade*

O modelo resultante dessa visão veio a ser conhecido como *État legal*¹³⁴. A lei deveria estar baseada em um modelo racional que lhe era anterior¹³⁵; ela demarcaria os direitos dos cidadãos, e também estabeleceria limites a eles de acordo com aquilo que a Nação soberana entendesse como sendo justificável à luz da utilidade comum¹³⁶. Não havia controle de constitucionalidade, tampouco preocupação com o estabelecimento de garantias institucionais: a proteção dos direitos de todos era assegurada por meio da transferência da soberania para a Nação e por meio da representação, que propiciava a participação de todos no exercício do poder político¹³⁷.

Corolário dessa maneira de conceber a relação entre o Estado e os direitos naturais, bem como de compreender a relevância da atuação do Poder Legislativo,

deve ceder diante de uma força superior, e ainda mais sagrada, aquela da Lei." (CARBASSE, Jean-Marie. **Manuel d'introduction historique au droit**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2011. p. 241. Traduzi). V. também LAQUIÈZE, Alain. *État de Droit and National Sovereignty in France*. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). **The Rule of Law: History, Theory, and Criticism**. Springer: Dordrecht, 2010. p. 264.

¹³⁴ A expressão foi criada por Carré de Malberg, que diferenciou o *État legal* do século XIX do *État de droit* cuja implementação Malberg defendia. Cf. CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Teoria General del Estado**. Trad. para o espanhol de José Lión Depetre. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1948.

¹³⁵ Esse caráter racional da lei fica muito claro em uma passagem do *Éléments de Droit Politique* de Macarel: "*a lei, que deve ser suportada na natureza das coisas, e cujo objeto é estabelecer a melhor ordem possível, é perpétua, ao menos na intenção do legislador*" (MACAREL, Louis Antoine. **Éléments de Droit Politique**. Paris: Nève, Libraire de la Cour de Cassation, 1833. p. 234). Não se concebia a atuação do Parlamento como sendo um *locus* de expressão de vontades mutáveis e contingentes: sua atuação era no sentido de deduzir a melhor ordem racional possível. Essa ordem poderia, contudo, possuir um certo grau de generalidade: sua adaptação à realidade mutável seria obra dos atos do Poder Executivo: "*os regulamentos de administração pública, cujo único objeto é de obter a execução da lei, devem ser acomodar aos lugares, às circunstâncias, e variar como elas. Pois a inexecução da lei pode ter consequências mais graves em um lugar do que no outro*" (*Ibidem*, p. 234-5).

¹³⁶ Essa função da lei é claramente apresentada em relação ao direito de liberdade: o trecho final do art. 4 da Declaração afirma que "*esses limites podem ser determinados apenas pela lei*." De maneira implícita, contudo, ela também é reconhecida em relação ao direito de propriedade: o art. 17 explica que a necessidade pública que pode ensejar a privação do direito de propriedade deve ser "*legalmente constatada*". Na mesma direção, o artigo 8 explica que penas devem ser estabelecidas pela lei, e que devem ser aquelas "estrita e evidentemente necessárias" — confirmando tanto a noção de que (a.) à lei cabe a função de limitar um direito natural (no caso, o direito natural de liberdade), quanto a de que (b.) essas limitações, justificadas pela utilidade comum, não devem ser estabelecidas de maneira arbitrária.

¹³⁷ Cf. as explicações de: COSTA, Pietro. *The Rule of Law: a Critical Introduction*. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). **The Rule of Law: History, Theory, and Criticism**. Springer: Dordrecht, 2010. p. 79. Ver também: LAQUIÈZE, Alain. *État de Droit and National Sovereignty in France*. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). **The Rule of Law: History, Theory, and Criticism**. Springer: Dordrecht, 2010. p. 263; CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2010. p. 13 e ss.; NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 73 e ss.; BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif** (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 42; REDOR, Marie-Joelle. **De l'État légal à l'État de droit: l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française: 1879-1914**. Paris: Economica, 1992.

era uma primeira versão do princípio da legalidade: apenas a lei poderia reconhecer ("declarar") direitos e limitá-los. Os regulamentos editados pelo Poder Executivo não poderiam fazer nem uma coisa, nem outra; se o fizessem, seriam ilegais.

O papel das leis é de firmar, em cada matéria, as regras fundamentais, e de determinar as formas essenciais do exercício dos direitos. [...] Os regulamentos são atos de magistratura; as leis são atos de soberania. Os regulamentos não podem, portanto, nem criar poderes públicos, nem autorizar impostos, nem definir crimes, nem estabelecer penas, **nem prejudicar aos direitos públicos dos cidadãos, nem estatuir o que quer que seja sobre os seus direitos privados**, a não ser para desenvolver os princípios cujas consequências a lei lhe confia¹³⁸.

Nos termos da Constituição, diz-se, o poder regulamentar é atribuído ao governo apenas como meio de buscar a execução da lei. **Segue-se daí que o uso é legítimo apenas para vir em auxílio aos direitos e obrigações instituídos pelo poder legislativo; e que lhe é notadamente proibido criar poderes públicos, autorizar impostos e prejudicar aos direitos públicos e privados dos cidadãos.** Não é menos evidente que um regulamento feito para a execução de uma lei será manchado por ilegalidade nas suas disposições contrárias a tal lei; e que, assim, se se tratar de aplicar um regulamento, por exemplo, sobre as aduanas, sobre patentes ou sobre qualquer outra matéria fiscal, é necessário guiar-se pelo espírito e pela intenção da lei, e admitir como obrigatórias apenas aquelas prescrições que estejam conformes aos seus princípios¹³⁹.

No estado atual de coisas, apenas o poder legislativo possui o direito de estabelecer a competência das autoridades que dirigem a sociedade. **Apenas ele pode impor aos cidadãos contribuições destinadas ao pagamento das despesas públicas. Apenas ele pode fixar o número de homens que são chamados ao serviço militar. Apenas ele pode impor obrigações que gravam a propriedade. Apenas ele pode estabelecer penas contra aqueles que infringem as leis.** [...] Além desses poderes, **que se introduzem essencialmente nas atribuições do legislador encarregado de estabelecer as regras de conduta impostas aos cidadãos**, as assembleias legislativas se reservam certos atos de gestão de fortuna nacional e de controle dos impostos estabelecidos nas localidades entre as quais se fraciona o Estado¹⁴⁰.

A primeira Constituição elaborada após a Revolução Francesa reservava ao Rei apenas o papel de "*fazer proclamações, conformes às leis, para ordená-las ou*

¹³⁸ MACAREL, Louis Antoine. **Cours d'Administration et de Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Typographie de Plon Frères, 1852. t. 2, p. 235. Traduzi e grifei.

¹³⁹ DUFOUR, Gabriel. **Traité Général de Droit Administratif Appliqué**. Paris: Cotillon, 1856. t. 1, p. 49. Traduzi e grifei.

¹⁴⁰ AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées**. Paris: Dunod, 1869. t. 1, p. 55-7. Traduzi e grifei.

lembrar sua execução"¹⁴¹ — ela não lhe conferia poder regulamentar algum. As dificuldades políticas e sociais que se seguiram à Revolução, contudo, terminaram permitindo o reaparecimento, na figura do chefe do Poder Executivo, de prerrogativas semelhantes às possuídas pelo Rei durante o Antigo Regime; esse "compromisso" entre o regime pós-revolucionário e as instituições monárquicas ajudou a "terminar" a Revolução. Instituiu-se, assim, no início do século XIX, um "poder regulamentar" em benefício do Poder Executivo. A doutrina depois ressaltaria que, obedecidos os princípios gerais estabelecidos em uma lei, um regulamento poderia, com a força de uma verdadeira "*lei secundária*", pois emitido com base em uma "*delegação geral*" feita pela lei regulamentada, criar obrigações secundárias que vinculariam os cidadãos:

Eu passo aos efeitos das disposições regulamentares. Aqui se encontra a assimilação das disposições regulamentares às disposições legislativas, das quais nós já tomamos os elementos na identidade de fonte e de objeto para as duas ordens de disposições. **O ato regulamentar possui a mesma autoridade e produz os mesmos efeitos que o ato legislativo:** é verdadeiro dizer, nesse sentido, que todo ato regulamentar não é mais do que uma lei secundária¹⁴².

O poder regulamentar é um complemento do poder legislativo. As leis não regulam em todos os seus detalhes todas as obrigações impostas aos cidadãos para assegurar a paz e a prosperidade da sociedade, todas as formalidades a seguir para a realização dessas obrigações. **Elas apresentam sempre o princípio, mas abandonam frequentemente à autoridade administrativa a tarefa de aplicar o princípio nos detalhes.** [...] Para o chefe de Estado, a Constituição não fixou limites. "Ele faz os regulamentos necessários para a execução das leis". Mas essas últimas palavras indicam que o poder regulamentar não pode invadir o domínio reservado ao poder legislativo. Assim um regulamento é um ato que firma regras de uma certa generalidade, aplicáveis ao futuro, **obrigatórias para os cidadãos.** O chefe de Estado tem o poder de fazê-los¹⁴³.

Sob o império da nossa Constituição, as leis são a obra do poder legislativo. Mas o legislador, sobretudo em matéria administrativa, **deve frequentemente se contentar em firmar os princípios, e**

¹⁴¹ Constituição de 1791, Título III ("Dos Poderes Públicos"), Capítulo IV ("Do exercício do Poder Executivo"), Seção I ("Da promulgação das leis"), art. 6. O art. 3 do capítulo II do mesmo título III, deixando mais clara a posição subordinada do Rei, estabelecia que "*não há na França autoridade superior àquela da lei. O rei reina apenas em virtude dela, e é apenas em nome da lei que ele pode exigir obediência.*"

¹⁴² DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué.** 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7, p. 58. Traduzi e grifei.

¹⁴³ AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées.** Paris: Dunod, 1869. t. 1, p. 97-8. Traduzi e grifei.

deixar ao poder executivo o direito de estatuir sobre uma grande quantidade de detalhes que apenas ele conhecerá bem, por decretos regulamentares que ele poderá adaptar às necessidades do momento e mudar segundo as circunstâncias. **Além dessa delegação geral, que não excede os limites do poder executivo**, ocorre algumas vezes que uma lei dá a esse poder uma delegação especial para regular algumas coisas que dependem do próprio poder legislativo: é assim que a lei do 14 floréal do ano X autorisa o governo a estabelecer as tarifas dos direitos de navegação [...]¹⁴⁴.

2. Da administração pura ao poder discricionário

a) O par "administração pura" e "administração contenciosa"

Como já se explicou acima, logo depois da Revolução Francesa havia ainda uma confusão entre os conceitos de administrar e julgar — de maneira que o próprio administrador respondia às oposições levantadas contra os seus atos. Depois da jurisdicionalização do contencioso administrativo, *julgar* e *administrar* passaram a ser percebidos de maneira diferente. O conceito de jurisdição demandava a idéia da "pronúncia de direito" em um conflito; sempre que não atuasse com tal escopo, a atividade do administrador seria de outra natureza.¹⁴⁵

Macarel, assim, menciona em 1828 a existência de uma diferença entre a "*jurisdição contenciosa da administração*" — onde ela atuaria resolvendo contenciosamente situações de lesão a interesses privados — e os atos de "administração ativa", que impõe obrigações e limitações aos cidadãos:

O estudo dos fatos me conduziu a pensar que **a jurisdição contenciosa da administração se exerce pelo exame, aplicação e reparação, pela via de julgamento, de todos os prejuízos que a jurisdição voluntária causou aos direitos privados**. Ela então nasce todas as vezes que **os atos emanados da administração ativa imponham direta ou indiretamente dano à propriedade dos cidadãos**, e às diversas maneiras pelas quais eles dela desfrutam; ou se esses atos tocam em direitos adquiridos, mesmo por via de concessão administrativa, desde que essa concessão não tenha sido

¹⁴⁴ FOUCCART, Emmile Victor. **Éléments de Droit Public et Administratif**. 4. ed. Paris: A. Marecq et E. Dujardin, 1855. t. 1, p. 121-2. Traduzi e grifei.

¹⁴⁵ Sobre essa transformação conceitual, cf. também NIETO, Alejandro. **Estudios Historicos sobre Administración y Derecho Administrativo**. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1986. p. 168 e ss (explicando como ela também ocorreu na Espanha).

feita sob condição resolutiva, dependendo apenas da vontade da administração, no caso em que ela tenha o direito de agir assim¹⁴⁶.

Gérando, na mesma linha, explicaria em 1829 que a administração era exercida "*em duas esferas distintas*": atos que buscam satisfazer à utilidade comum e atos, sucessivos a estes, que avaliam as lesões a interesses individuais causados por esta ação administrativa inicial. Havendo conflito com interesses individuais e/ou reclamações, a Administração precisaria efetuar uma atividade de natureza diferente — e "*decidir, pronunciar [e] arbitrar*".

A administração se exerce em duas esferas distintas, sucessivas, mas ligadas entre elas. De início, e se ligando diretamente e imediatamente ao fim que lhe é designado, ela consulta a utilidade pública; ela executa os diferentes serviços públicos pelos meios que estão em seu poder; ela age espontaneamente, sem ser provocada; ela é toda em ação. **Mas, ao procurar satisfazer à utilidade comum, ela encontra os interesses individuais; ela lhes encontra ou opostos entre eles, ou reclamando contra as suas próprias medidas: aqui começa uma segunda esfera: ela estatui, ela pronuncia, ela arbitra.** É preciso ver quais são as duas ordens de atribuições que respondem a essas duas ordens de circunstâncias, como a segunda nasce da primeira, e ainda assim se distingue.¹⁴⁷

Em suma: a doutrina do início do século XIX via na Administração Pública uma soma de dois tipos de atividades. Inicialmente, ela divisava os "atos de administração ativa" ou de "pura administração", que representava aquela parcela da atuação pública na qual a Administração tomava uma iniciativa no sentido de dar execução às leis ou a serviços públicos. Sucessivamente a esse primeiro nível, a Administração também executava atividades de "administração contenciosa"— avaliando as objeções apresentadas contra os atos de "administração ativa".

¹⁴⁶ Macarel, na mesma direção, menciona em 1828 a existência de uma diferença entre a "*jurisdição contenciosa da administração*" — onde ela atuaria resolvendo contenciosamente situações de lesão a interesses privados — e os atos de "administração ativa": "*O estudo dos fatos me conduziu a pensar que a jurisdição contenciosa da administração se exerce pelo exame, aplicação e reparação, pela via de julgamento, de todos os prejuízos que a jurisdição voluntária causou aos direitos privados. Ela então nasce todas as vezes que os atos emanados da administração ativa imponham direta ou indiretamente dano à propriedade dos cidadãos, e às diversas maneiras pelas quais eles dela desfrutam; ou se esses atos tocam em direitos adquiridos, mesmo por via de concessão administrativa, desde que essa concessão não tenha sido feita sob condição resolutiva, dependendo apenas da vontade da administração, no caso em que ela tenha o direito de agir assim.*" (MACAREL, Louis Antoine. **Des Tribunaux Administratifs**. Paris: J.P. Roret, 1828. p. 35. Traduzi e grifei).

¹⁴⁷ GÉRANDO, Joseph Marie, Baron de. **Institutes du Droit Administratif Français, ou Éléments du Code Administratif**. Paris: Nève, Libraire de la Cour de Cassation, 1829. t. 1, p. 86. Traduzi e grifei.

Em virtude de pressões políticas efetuadas durante o período da Restauração, a doutrina infletiu-o esse par conceitual em outra direção: os conceitos de "administração pura" e "administração contenciosa" deixaram de significar dois campos sucessivos e passaram a designar dois campos *estanques* e *incomunicáveis*. Um ato de "administração pura" não poderia mais *gerar* um ato de "administração contenciosa": *ou* uma atividade era de "administração pura", e portanto contra ela não poderia ser apresentado qualquer recurso de caráter *jurídico*, *ou* essa atividade era de caráter "contencioso", e então recursos jurídicos poderiam ser apresentados à Administração. Com isso, *menos* atos dos Ministros de Luís XVIII seriam passíveis de reexame pelo Conselho de Estado¹⁴⁸. Para divisar esses dois campos, doutrina e jurisprudência trabalharam com os conceitos de "direito" e "interesse": casos em que houvesse uma lesão a *direito* ensejariam recursos *contenciosos*, contendo fundamentos jurídicos que poderiam vincular o comportamento da Administração caso ela reconhecesse a sua procedência. Casos em que não houvesse lesão a direito, ou em que houvesse prejuízo a mero *interesse* (i.e. mera posição de vantagem, usualmente patrimonial, mas não reconhecida como um direito) ensejariam apenas recursos *graciosos* — ou seja, pedidos de reconsideração, de cunho político, à Administração.

Nesse modelo, um direito era definido como "*um interesse reconhecido e consagrado pela lei ou por um título*"¹⁴⁹. Reaparece, nessa definição, o papel da lei que foi identificado no item anterior: é à vontade geral, manifestada pelos

¹⁴⁸ "A inovação, introduzida pela jurisprudência do Conselho de Estado de Luís XVIII, foi utilizar essa terminologia [administração pura e administração contenciosa], não mais para designar a repartição de competências entre os atores e os juízes da administração, **mas como critério geral de possibilidade de recebimento dos recursos contra os atos administrativos**. [...] A partir do momento em que as expressões: "administração pura" e "contenciosa" não servem mais para definir os dois ramos da atividade administrativa — tomar as medidas necessárias para a polícia e a gestão dos serviços públicos, e, de outra parte, responder às queixas que essa ação faz nascer — **mas duas categorias de atos emanados dos administradores, elas vem com isso a adquirir uma significação inédita**." (BURDEAU, François. *Histoire du Droit Administratif* (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 155. Traduzi e grifei; WEIDENFELD, Katia. *Histoire du Droit Administratif: Du XIV^e siècle à nos jours*. Paris: Economica, 2010. p. 94 e ss).

¹⁴⁹ Sobre essa definição, conferir: SERRIGNY, Denis. *Droit Public et Administratif Romain*. Paris: Aug. Durand, 1862. t. 2, p. 28-9; AUCOC, Léon. *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*. Paris: Dunod, 1869. t. 1, p. 364-5; DUCROCQ, Théophile. *Cours de Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Ernest Thorin, 1868. p. 121-2; CHAUVEAU, Adolphe. *Code d'instruction administrative*. 2. ed. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1860. v. 1. p. 59-60; CHANTAGREL, Jean. *Droit Administratif Théorique et Pratique*. Paris: Masson, Éditeur, 1856. 20-1; MACAREL, Louis Antoine. *Éléments de Droit Politique*. Paris: Néve, Libraire de la Cour de Cassation, 1833. p. 401.

representantes da Nação, que incumbe efetuar o reconhecimento dos direitos dos cidadãos. Prejuízos causados a particulares por atos do Estado, mas que não entrem em choque com uma posição que tenha sido reconhecida a esses cidadãos por uma lei, serão classificados como casos de mera "*lesão a interesse*"; apenas quando houver conflito com uma posição reconhecida pelo Poder Legislativo é que haverá "*lesão a direito*". Não há remédio jurídico contra caso de lesão a interesse: pode-se apenas demonstrar a inconveniência causada por um ato público e apelar para a "boa vontade" da autoridade; razões jurídicas com o condão de determinar a conduta da administração poderiam ser utilizadas apenas nos casos de lesão a direito.

Do ponto de vista do recurso, **é importante essencialmente distinguir o prejuízo sofrido por um interesse, do atentado sofrido por um direito.** [...] O direito responde sempre a um interesse, mas, e é isso que o constitui, a um interesse reconhecido e consagrado pela lei. [...] As queixas suscitadas por um prejuízo de interesse não podem dar lugar a um recurso a não ser pela boa vontade da autoridade; suplica-se a ela de levar em consideração as explicações e as informações novas para reavaliar a sua determinação: **é o recurso pela via graciosa.** As reclamações baseadas em um direito se traduzem em um recurso à justiça da autoridade; requer-se a ela que se renda às razões expostas nas peças produzidas, nos fatos ou nas disposições da lei, e de retirar ou anular o ato atacado: **é o recurso pela via contenciosa.**¹⁵⁰

O contencioso administrativo, **é o debate entre um direito privado e a administração**, por ocasião de um ato ou fato administrativo. Por consequência, três características essenciais: 1º um direito privado; 2º um interesse administrativo; 3º um ato ou fato administrativo. **Nós já definimos o direito como um interesse garantido pela lei** ou por um título. [...] Nós não conhecemos as ações populares, e uma causa de não-recebimento insuperável repudiará aquele que, apresentando-se como o reparador dos ilícitos da administração, denunciar aos juízes uma ilegalidade que não o toque pessoalmente^{151 152}.

¹⁵⁰ DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué.** 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7, p. 90-1. Traduzi e grifei.

¹⁵¹ TROLLEY, Alfred. **Traité de la Hiérarchie Administrative.** Paris: Typographie Plon Frères, 1854. v. 5, p. 50. Traduzi e grifei.

¹⁵² "A administração pública, na realização de suas funções, exerce seus poderes de maneiras diversas. Um são inteiramente discricionárias: assim ela faz nomeações de empregados, confere autorizações, ordena medidas pelas quais as leis e os regulamentos são nisso inteiramente remetidos à sua sabedoria e à sua imparcialidade. As outras são limitadas pela própria lei que as cria. Assim formas são traçadas para a ação administrativa, direitos são assegurados aos cidadãos em certos casos e em certas condições, particularmente em matéria de impostos diretos. [...] Quando a administração exerce uma autoridade inteiramente discricionária,

Os pares "administração pura/administração contenciosa", "recurso gracioso/recurso contencioso" e "direito/interesse", assim, estavam imbricados na construção de um sistema conceitual que englobava as ações da Administração. De um lado, ele assegurava aos particulares um determinado âmbito de proteção contra atos do poder público; o *campo* abrangido por essa proteção, contudo, era bastante reduzido; que houvesse a noção de "administração contenciosa" não pode desviar nossa atenção do fato de que também havia a noção de "administração pura", com uma extensão muito maior e em relação à qual os particulares foram deixados sem proteção jurídica¹⁵³.

É verdade que a lei, em tese, funcionava como fundamento da atuação da Administração; na prática, contudo, o sistema baseado nos conceitos de "administração pura" e "administração contenciosa" faria com que não houvesse remédio jurídico para ações da Administração quando elas não violassem um *direito* devidamente reconhecido¹⁵⁴. Quando o conflito envolvesse meros interesses, então entendia-se que o interesse público devia prevalecer sobre o interesse privado¹⁵⁵.

suas decisões podem contrariar aqueles que as sofrem; mas elas ferem apenas interesses, e não dão lugar a nenhum recurso jurídico. O cidadão prejudicado pode invocar o favor da administração; mas ele não possui fundamento para pedir nada mais, pois ele não poderá invocar nem o texto de uma lei, nem a letra de um contrato. Não é igual quando se trata de atos pelos quais a administração não desfruta de uma plena autoridade: ela se encontra em presença, não de simples interesses, mas de verdadeiros direitos; e quando esses direitos desconhecidos reclamam, entre aqueles que os invocam e a administração se estabelece uma verdadeira contestação, um processo, para empregar a expressão comum. São essas contestações que constituem o contencioso administrativo." Relatório apresentado por Vivien sobre a lei de 3 de março de 1849. *Apud* SERRIGNY, Denis. **Traité de l'Organisation de la Compétence et de la Procédure en matière Contentieuse Administrative**. Paris: Aug. Durand, 1865. v. 1, p. 29-30. Traduzi e grifei.

¹⁵³ Sem proteção jurídica *no que diz respeito à provocação da anulação* de uma decisão administrativa em razão de sua irregularidade, bem entendido. A jurisprudência do Conselho de Estado reconhecia que alguns atos de pura administração, embora não impugnáveis perante a jurisdição administrativa, poderiam gerar direitos ao recebimento de indenizações — e entendia que os particulares por eles afetados poderiam fazer "*valer seus direitos perante a jurisdição competente*." (BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif** (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 158).

¹⁵⁴ Embora uma lei orgânica de 3 de março de 1849, em seu artigo 42, permitisse ao ministro da justiça apresentar um "recurso de denúncia", perante o Conselho de Estado, contra todos os atos contrários à lei. Macarel explica que se trata, aqui, da criação de uma "*espécie de ministério público superior*", que supervisionaria "*em toda a extensão da aplicação das leis pela administração, todos e quaisquer atos que possam ser contrários a seu espírito e a seu texto*." (MACAREL, Louis Antoine. **Cours d'Administration et de Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Typographie de Plon Frères, 1852. t. 2, p. 603).

¹⁵⁵ Alejandro Nieto corretamente ressalta que "*o ideal do Estado de Direito pressupõe o controle total da Administração; mas a perspectiva dominante, baseada em um sistema fechado de direitos individuais, se esquece dos coletivos, aos quais nega proteção ao excluí-los artificialmente da técnica de legitimação processual. Desta maneira, o geral, o coletivo — que constituiu um dia o*

Nesse cenário, o limite mais efetivo contra ações públicas não seria a *lei atributiva de competência* a um agente público; seria a *lei fixadora de um direito privado* que poderia ser violado pela atuação de um agente público¹⁵⁶. Alejandro Nieto, por isso, entende que "*durante o século XIX a Lei vincula a Administração apenas de uma maneira negativa, é dizer, que atua como limite*"¹⁵⁷, e que o "*centro do sistema administrativo não está na lei mas nos direitos individuais, posto que a lei, em último extremo, não é mais do que o suporte gerador desses direitos*"¹⁵⁸. Tais afirmações, contudo, devem ser recebidas com reservas: essa maneira de enquadrar a ação administrativa, como se verá a seguir, sofreu modificações ao longo do século XIX.

b) O par "poder discricionário" e "poder vinculado"

Se a Restauração pretendeu confinar o Conselho de Estado a um controle eminentemente *subjetivo*, o Conselho reagiria a isso e afirmaria a possibilidade de um controle *objetivo* dos atos da administração. Essa modificação ocorreu com a decisão *Landrin*, de 1826: nela, o Conselho de Estado afirmou que vícios de incompetência poderiam ser controlados via contencioso administrativo mesmo em relação a atos classificados como de administração pura¹⁵⁹. Surgia, com isso, uma

objetivo primário da atividade administrativa — fica praticamente fora do Direito Administrativo, dado que este se constrói agora sobre a ação jurisdicional e nela não cabem os interesses supraindividuais." (NIETO, Alejandro. **Estudios Historicos sobre Administración y Derecho Administrativo**. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1986. p. 177).

¹⁵⁶ "*Nós não conhecemos as ações populares, e uma causa de não-recebimento insuperável repudiará aquele que, apresentando-se como o reparador dos ilícitos da administração, denunciar aos juizes uma ilegalidade que não o toque pessoalmente.*" (TROLLEY, Alfred. **Traité de la Hiérarchie Administrative**. Paris: Typographie Plon Frères, 1854. v. 5, p. 50. Traduzi).

¹⁵⁷ NIETO, *op. cit.*, p. 180. Traduzi.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 152-3. Traduzi.

¹⁵⁹ O *préfet* de Seine-et-Oise, no exercício de seus poderes de polícia, havia autorizado o senhor Landrin a efetuar uma determinada construção; depois do início da construção, todavia, pedidos de outros particulares fazem com que essa autorização seja cancelada, e a demolição da obra, determinada. O senhor Landrin entendeu que possuía um direito a continuar a obra e apresentou um recurso contra essa decisão. O Conselho de Estado deveria apenas ter analisado se o direito mencionado por Landrin era suficientemente bom para as finalidades para as quais havia sido invocado; seguiu, contudo, por outra rota: declarou que a decisão do *préfet* havia invadido a competência do *maire* — e anulou a autorização inicialmente conferida ao senhor Landrin. Autorizações de construção estavam tipicamente inseridas no campo da *administração pura*; ao assim decidir, por isso, o Conselho de Estado sinaliza que mesmo atos de administração pura poderiam ser controlados quanto à sua legalidade interna — isto é, se a autoridade que os emitiu possuía *competência* para fazê-lo.

via de impugnação diferenciada aos atos administrativos: o *recurso por excesso de poder*¹⁶⁰.

A decisão do Conselho de Estado estava fundamentada na lei de 7-14 de outubro de 1790 e na previsão, que ela continha, de um recurso hierárquico de anulação de atos administrativos por motivo de incompetência — como o Conselho havia assumido a posição anteriormente ocupada pelo Rei no sistema de controle dos atos da Administração, ele interpretou aquela lei de maneira a ver nela uma previsão de recurso de cassação de atos administrativos, endereçável ao Conselho, em hipóteses de incompetência. Ao longo do século XIX, o Conselho de Estado utilizaria estrategicamente esse raciocínio: *assimilando* outros vícios ao vício de incompetência, ele desenvolveria uma rede de critérios de controle da legitimidade dos atos administrativos. Passam a ser tratados como casos de incompetência (e, portanto, controláveis via recurso por excesso de poder) cenários de (a.) violação das formalidades previstas em lei, (b.) inexatidão material dos fatos e, de maneira mais célebre, (c.) utilização de uma competência legal para finalidade diversa daquela prevista em lei¹⁶¹.

Esse processo de expansão ocorreu sobretudo durante o Segundo Império, momento no qual houve uma grande *desconcentração* de poder e a atribuição de mais autonomia aos *préfets*. O desenvolvimento do recurso por excesso de poder, nesse contexto, serviu como mecanismo para que o poder central *controlasse* esse espaço de autonomia ampliada e limitasse os equívocos que nele sejam cometidos

¹⁶⁰ O "cânone oficial" da história do Direito Administrativo francês descreve a decisão *Landrin* como representando uma inovação no sistema de controle dos atos da Administração Pública até então existente. Essa visão tem sido questionada nos últimos anos. Katia Weidenfeld e Jean-Louis Mestre, em especial, explicam que a anulação de atos administrativos em razão de vícios de incompetência já era praticada durante o Antigo Regime, e apontam decisões do Conselho de Estado anteriores a *Landrin* nas quais atos de administração pura foram atacados. Veja-se WEIDENFELD, Katia. **Histoire du Droit Administratif**: Du XIV^e siècle à nos jours. Paris: Economica, 2010. p. 176; MESTRE, Jean-Louis, **L'arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir?**, Paris: RFDA, 2003. p. 211.

¹⁶¹ O desenvolvimento do recurso por excesso de poder está muito bem documentado na literatura administrativista francesa. Como a análise do conteúdo das decisões que promoveram essa expansão não é importante para o argumento desenvolvido nesta dissertação, sua explicação é efetuada, aqui, de maneira breve: o que me importa ressaltar é *a maneira pela qual* o conceito de "poder discricionário" foi concebido como resultado deste processo.. Para mais detalhes sobre o desenvolvimento do recurso por excesso de poder, conferir, por todos: WEIDENFELD, *op. cit.*, p. 172-182; BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif** (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 174-5; BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002; e LONG, Marceau *et al.* **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2011.

— e, com isso, administrasse o nível de contentamento da população, de maneira geral, com os atos do poder público. Léon Aucoc viu nessa ampliação da atuação do Conselho de Estado uma "*válvula de segurança*", modulando o espaço aberto aos órgãos da administração ativa e protegendo os direitos dos cidadãos, e que deveria "*sempre permanecer aberta*":

Os órgãos da administração ativa, encarregados da satisfação dos interesses públicos, são frequentemente dominados pela preocupação sobre o fim que devem atingir. Eles não decidem depois de um exame contraditório como os juízes. Eles possuem portanto mais chances que os juízes de lesar, sem o querer, os direitos dos cidadãos, e o governo, sobre quem recai a responsabilidade das faltas de seus agentes, possui grande interesse em que as reclamações que elas gerem possam chegar até ele, pois as queixas mais mínimas podem, ao se multiplicar, levar a graves descontentamentos. **Há nisso um tipo de válvula de segurança que deve sempre permanecer aberta.** Guiado por esse pensamento, o Conselho de Estado decidiu que um agente da administração comete um excesso de poderes, **não somente quando ele sai dos limites da sua competência**, mas, além disso, **quando ele não segue as formas** que a lei ou os regulamentos lhe haviam prescrito a seguir, e também quando ele **emprega o poder que lhe foi conferido em uma finalidade diferente daquela que o legislador tinha em vista**¹⁶².

Ao longo desse processo, o binômio "administração pura"/"administração contenciosa" tornou-se *inútil*: com efeito, o conceito de "administração pura" não servia mais para indicar atos que estariam imunes ao contencioso administrativo. No momento em que *todos os atos* administrativos poderiam ser questionados, doutrina e jurisprudência modificam o seu repertório conceitual: elas deixam de empregar critérios aplicáveis globalmente a tipos de atos e passam a tentar classificar *diferentes aspectos* desses atos — divisando aspectos que poderiam ser controlados pelo Conselho de Estado daqueles que, na ausência de qualquer vício que fosse assimilável à incompetência, permaneceriam no espaço decisório do administrador. Foi o momento da ascensão de um novo par conceitual: poder discricionário e poder vinculado.

A partir daí, assiste-se a uma mudança na estrutura do raciocínio jurídico: de um controle preponderantemente subjetivo passa-se também a possuir a um

¹⁶² AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées.** Paris: Dunod, 1869. t. 1, p. 393-4. Traduzi e grifei.

controle minimamente objetivo de *legalidade* e de respeito às condições impostas pela lei à Administração. O recurso contencioso, de estrutura subjetiva, permanece existindo, mas o recurso objetivo torna-se a via preponderante de controle dos atos da Administração. Aspectos de uma competência atribuída ao administrador pela lei e que pudessem ser controlados pelo Conselho de Estado são abarcados pelo conceito de "poder vinculado"; a área restante desse espaço decisório, pelo conceito de "poder discricionário"¹⁶³. O poder discricionário, visto nessa perspectiva

¹⁶³ O uso do termo "discricionário" em associação ao campo da administração pura ocorre desde as primeiras obras posteriores a Revolução. No momento, contudo, em que o campo da administração pura deixa de ser indicativo seguro de não-contenciosidade, termina-se *isolando* os espaços cognitivos, dentro dele, que corresponderiam ao efetivo exercício dessa prerrogativa discricionária. A mudança no sentido da expressão "discricionário" pode ser verificada nos textos da doutrina do século XIX: (a.) 1828, Macarel: "A *jurisdição voluntária ou discricionária da administração é exercida, sob a influência e as ordens do rei, pelos ministros e pelos agentes de execução que lhe são subordinados, tais como os diretores gerais, os prefeitos, os sub-prefeitos e os maires*". (MACAREL, Louis Antoine. **Cours d'Administration et de Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Typographie de Plon Frères, 1852. t. 2, p. 38-9); (b.) 1829, Gérando: "*Não dão nascimento ao contencioso administrativo: [...] 12º Em geral, todo ato administrativo [...] que contenha apenas, por parte da administração pública, o exercício de uma faculdade puramente graciosa ou discricionária, ou então em relação ao qual o objeto da reclamação ingressa sob o império do direito comum*". (GÉRANDO, Joseph Marie, Baron de. **Institutes du Droit Administratif Français, ou Éléments du Code Administratif**. Paris: Nêve, Libraire de la Cour de Cassation, 1829. t. 1, p. 98-9); (c.) 1854, Dufour (mencionando que o recurso por excesso de poder poderia circunscrever atos discricionários): "*A via contenciosa está aberta apenas contra os decretos que, direta ou indiretamente, decidirem sobre direitos, no sentido jurídico dessa palavra; mas está ela aberta contra todo decreto possuindo esse efeito? Em alguns casos, a administração aparece investida de um poder essencialmente discricionário, e suas decisões escapam a todo controle. [...] Contra os atos que retiram assim sua base legal de uma atribuição de poder absoluto, não há proteção a não ser nos limites que circunscrevem o poder conferido ou nas condições designadas para seu exercício; é apenas sob essa dupla relação que eles podem ser criticados, o que se exprime dizendo que só existe lugar para recurso em razão de excesso de poder*". (DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7, p. 92-3. (d.) 1865, Serrigny (mencionando que um ato de pura administração pode ensejar a abertura da via contenciosa no caso de violação da lei): "*Se o ato emanado da autoridade executiva ou administrativa é o exercício de um poder discricionário que lhe foi confiado, ele é de pura administração e não pode dar lugar ao recurso contencioso [...] . (v. 1, p. 35) A omissão ou violação das formas estabelecidas pelas leis ou pelos regulamentos é suficiente, em geral, para fazer com que um ato de pura administração passe à classe dos atos que dão abertura à via contenciosa. [...] As formas estabelecidas são garantias dadas aos administrados. A omissão ou a violação dessas formas priva-os de uma garantia estabelecida em seu favor, e disso resulta a lesão de um direito e não de um simples interesse*". (SERRIGNY, Denis. **Traité de l'Organisation de la Compétence et de la Procédure en matière Contentieuse Administrative**. Paris: Aug. Durand, 1865. v. 1, p. 47); (e.) 1869, Aucoc (abandonando definitivamente a ideia de que atos discricionários seriam totalmente imunes a controle e falando em "limites de poderes" estabelecidos pela lei): "*É de princípio que todo ato emanado de um agente da administração pode ser atacado diante do Conselho de Estado por excesso de poderes, mesmo quando a matéria seja daquelas onde a apreciação dos interesses que estão em jogo tenha sido deixada de uma maneira discricionária à administração. No entanto, aqui a missão da jurisdição administrativa superior não é mais aquela que lhe cabe quando ela decide sobre o contencioso administrativo propriamente dito. Ela não pode substituir, no fundo, sua apreciação pela apreciação da autoridade administrativa. Ela possui apenas uma coisa para verificar: o administrador permaneceu dentro do limite de seus poderes? Se permaneceu, ela deixa*

genealógica, é uma espécie de **resíduo** do conceito de administração pura: é o resto de poder intrínseco ao administrador, não circunscrito pelo recurso por excesso de poder, e que não pode ser controlado, em seu âmago, pelo Direito. Trata-se de um espaço de decisão *político*.

Novamente: para um observador acostumado a pensar o Direito Administrativo como o "direito da legalidade silogística", como nós, isso causa estranhamento — ainda mais se nós estivermos acostumados a pensar a legalidade, como nas citações que serviram de abertura a esta dissertação, como uma legalidade silogística *baseada em standards mínimos* que devem estar contidos na lei. A legalidade administrativa no Direito francês foi formada de acordo com *outra lógica*: não como "espaço legítimo de decisão para promover a interpretação de um *standard legal*", mas como "espaço autônomo de decisão, orientado apenas por critérios políticos, cujas margens foram cercadas por meio do desenvolvimento do recurso por excesso de poder." Nós veremos mais tarde que a doutrina francesa continua a se movimentar ao longo desses trilhos até hoje — mesmo que eles aparentemente não sejam mais compatíveis com o grau de sofisticação que o sistema de controle dos atos administrativos adquiriu.

§3º O enquadramento jurídico dos contratos da Administração

A. A natureza privada dos contratos da Administração

Uma das primeiras diretrizes posteriores à Revolução Francesa foi a eliminação das diferenças entre os regimes civis da população: saíam as classes e entrava, em seu lugar, o regime geral prescrito para todos os cidadãos pelo Código Civil¹⁶⁴. A liberdade contratual do Estado foi submetida a esse mesmo movimento:

subsistir o ato; se saiu deles, ela o anula." (AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées**. Paris: Dunod, 1869. t. 1. p. 391). Traduzi e grifei todas as citações.

¹⁶⁴ Sobre a criação da categoria jurídica "contrato" e sua relevância para o programa político-legislativo da burguesia que seria implementado posteriormente à Revolução Francesa, conferir ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 26 a 46. Por todo esse trecho, fique-se com o seguinte parágrafo: "*É este o significado profundo do princípio da liberdade contratual, afirmado nos sistemas jurídicos burgueses como o produto de uma necessidade ineliminável: a de uma liberalização da força de trabalho, da sua transformação em mercadoria livremente alienável pelo proletariado e livremente adquirível pelo capital. E está aqui também a chave para entender o alcance real do princípio da igualdade*

em razão da atuação do conceito de *État Propriétaire*, que equiparava o Estado aos particulares nas suas relações patrimoniais, o Estado foi também submetido de maneira genérica ao regime contratual ordinário do Código Civil.

Seguindo nessa direção, os manuais de Direito Administrativo do século XIX afirmam, de maneira uníssona, que a posição do Estado nos contratos que firma era "a de uma pessoa privada", e que portanto ele deveria, nessa seara, "submeter-se ao direito comum". Cormenin, em 1822, argumentava de maneira incisiva que o Estado, ao contratar, agia "como um particular", isto é, ele "não agia por via de autoridade e de *puissance publique*"; assim, deveria "vincular-se escrupulosamente ao estreito cumprimento dos contratos" que houvesse firmado, sem "criar para si próprio, subitamente, privilégios que não haviam sido estipulados":

O Estado, contratando com um particular, **como um particular**, deve satisfazer as condições que ele impõe ou que ele aceita. **Ele não pode romper os vínculos obrigacionais aos quais ele se vinculou livremente. Ele não pode**, depois de estabelecer o contrato [*marché*], **criar-se subitamente privilégios que não haviam sido estipulados**, e que ele não reconheceria ao seu adversário¹⁶⁵.

E, eu não temo dizer, **o governo deve vincular-se com ainda mais escrupulos à estreita observação desses contratos**, dos quais ele próprio é o redator, e onde ele é por vezes juiz e parte. [...] Em princípio, o julgamento dos *marchés* de fornecimentos deveria, como todas as contestações sobre os contratos ordinários, pertencer aos tribunais. **De fato, o Estado realmente não age aqui por via de autoridade e de *puissance publique*; ele contrata como um particular com um particular**¹⁶⁶.

(formal) dos sujeitos contraentes: capitalista e trabalhador subordinado devem ser formalmente iguais porque ambos devem aparecer igualmente (apenas na veste de) possuidores de mercadorias a negociar através de uma 'troca de equivalentes'." (*Ibidem*, p. 39-40).

¹⁶⁵ CORMENIN, Louis Marie de la Haye. **Questions de Droit Administratif**. Paris: M. Ridler, 1822. t. 2, p. 317. Traduzi e grifei.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 318-9. Traduzi e grifei. Cormenin vai além da dogmática: logo depois de explicar como os contratos *deveriam* ser executados entre as partes, ele faz alusão a um cenário de "traições entre o governo e os empreendedores" e de "violações da fé prometida" — e protesta contra isso, explicando que tal padrão de conduta era contrário aos interesses da coletividade. Argumentar que o Estado contratava "na posição de um particular", nesse contexto, era reduzir o espaço que ele teria para a prática de comportamentos reputados por Cormenin como ilegais e inconvenientes para o bem-estar público. *In verbis*: "Eu reconheço, todavia, que se quis, e até que se deveria, no interesse do Estado, desvincular esses tipos de *marchés* das complicações e da lentidão dos procedimentos judiciários; mas como o governo manteria o poder de decisão sobre isso, ele deveria pelo menos garantir aos fornecedores a independência dessas decisões. **Ao contrário, a história dos *marchés*, desde a Revolução, apresenta apenas as lutas de traições entre o governo e os empreendedores dos serviços públicos, as decadências arbitrárias, e as violações da fé prometida.** [...] Essa infeliz facilidade de receber sem pagar, que multiplicou as despesas do Estado, desviou os fundos da sua especialidade, e levou o governo a empreitadas

Outro dos pais fundadores do Direito Administrativo ressaltaria, sete anos depois, que a Administração "*deve se submeter ao direito comum todas as vezes que se comporta como uma pessoa privada*", e que deveria "*respeitar tudo o que é regulado pelo direito comum*" — como, dentre outros assuntos, os contratos. Nas palavras do Barão de Gérando:

X. Assim, de início e de uma parte, **não somente a administração deve respeitar tudo o que é regulado pelo direito comum**: os títulos de propriedade, o estado das pessoas, **os contratos**, as servidões, as prescrições, em geral os direitos adquiridos e a autoridade da coisa julgada; mas ela deve recolher aquilo que desse gênero estiver estabelecido, apoiar-se nele, referir-se a ele, sem lhes discutir, nas suas determinações ou decisões, quando esses direitos sejam já fixados¹⁶⁷. [...]

XII. **Ela** [a administração] **deve se submeter ao direito comum todas as vezes que ela se comporta como uma pessoa privada**, por exemplo, nas questões que concernem o domínio público¹⁶⁸.

A maneira pela qual Gérando concebia a Administração fica mais clara alguns capítulos mais adiante — no trecho em que ele identifica, de maneira geral, quais as suas modalidades possíveis de ação. Quase como compartimentos estanques, Gérando separa a administração que é "*um instrumento de operações puramente materiais*" da administração que é exercida "*como uma autoridade*". Dessas, a *primeira* seria a responsável pela execução da gestão patrimonial, pela realização de concessões e pela execução de trabalhos públicos. Apenas a *última*, em complemento, era conceituada como sendo decorrência de uma "*investidura expressa feita pelas leis*".

XXXIV. Quando a administração, no seu primeiro movimento, dirigindo-se diretamente à sua finalidade, age de uma maneira espontânea, não sendo provocada a não ser pelas demandas

insensatas e a guerras sem fim. A propriedade nunca é bem respeitada em um país, quando o próprio governo, encarregado da execução das leis que devem protegê-la, a viola. O crédito nunca é sólido, quando os contratos, mesmo reconhecidos legítimos, são rompidos pelo governo que neles consentiu." (CORMENIN, Louis Marie de la Haye. **Questions de Droit Administratif**. Paris: M. Ridler, 1822. t. 2, p. 319. Traduzi e grifei).

¹⁶⁷ GÉRANDO, Joseph Marie, Baron de. **Institutes du Droit Administratif Français, ou Éléments du Code Administratif**. Paris: Nêve, Libraire de la Cour de Cassation, 1829. t. 1, p. 64. Traduzi e grifei.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 64. Traduzi e grifei.

daqueles que invocam a sua assistência, não sendo chamada a fazer mais do que uma simples ação, ela pode agir segundo quatro modos diferentes, percorrer quatro graus sucessivos.

XXXV. Ela pode de início ser apenas um órgão de instrução.

XXXVI. **Ela pode a seguir ser um instrumento de operações puramente materiais.**

XXXVII. Ela pode ser exercida como uma *puissance* ou uma força moral.

XXXIX. **Ela pode enfim ser revestida de uma autoridade positiva.** [...]

XL. Na segunda ordem de ação, ela gere os bens e dispõe das propriedades comuns; **ela aliena, adquire, troca, concede**; ela guarda, conserva, exerce ações, ou defende na justiça; **Além disso, ela executa trabalhos, ela constrói, repara, faz manutenção. Enfim, ela percebe as receitas, paga as despesas, liquida os créditos e as dívidas.**

XLI. No terceiro grau de ação, gozando já de uma certa *puissance*, sem contudo ser ainda precisamente uma autoridade, ela goza de uma das suas mais belas prerrogativas, de uma prerrogativa indeterminada em suas regras e na sua extensão, mas eminentemente benfeitora; ela exerce um tipo de influência toda moral. Em suas relações com os indivíduos, ela instrui, encoraja, recompensa, assiste, socorre, protege; Nas suas relações com as comunidades, ela dirige, homologa, autoriza, supervisiona, ao mesmo tempo que fornece um apoio tutelar.

XLII. **No quarto grau, por fim, a administração se encontra investida, pelas leis, de uma autoridade expressa.** Não é ainda uma autoridade que decide sobre litígios; **é uma autoridade que comanda em nome da utilidade pública.** Essa autoridade se exerce algumas vezes no que concerne as coisas, algumas vezes no que concerne às pessoas. [...] XLVII. **Em virtude dessa autoridade, a administração requer, prescreve, permite ou interdita**¹⁶⁹.

Em 1856, Dufour diria que "*o prefeito que houver estipulado em nome do Estado estará, desde aquele momento [da adjudicação], sem direito algum de modificar as cláusulas do caderno de encargos ou as enunciações do ato de adjudicação*"¹⁷⁰. Ele explicaria também que a interpretação e a execução de contratos em que a Administração era parte eram reguladas "*pelo direito comum*":

¹⁶⁹ GÉRANDO, Joseph Marie, Baron de. **Institutes du Droit Administratif Français, ou Éléments du Code Administratif**. Paris: Nêve, Libraire de la Cour de Cassation, 1829. t. 1, p. 86-8. Traduzi e grifei.

¹⁷⁰ DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1856. t. 5. 112. Traduzi. No tomo VII, Dufour explica que o efeito da adjudicação

Tudo aquilo que diz respeito às condições que podem ser inseridas no contrato, sua interpretação, sua execução, se regula pelos princípios de direito comum; é igual em tudo aquilo que diz respeito à essência do contrato¹⁷¹.

A venda, como o aluguel de terras [bail à ferme], constitui manifestamente apenas um contrato, cuja formação, força e efeitos são determinados, previstos e regulados pelas disposições do direito civil. A administração, ao usar de tal contrato, não faz outra coisa que recorrer, em virtude da faculdade que ela recebeu da lei, a um modo de alienação da ordem privada. O ato chama assim por sua natureza, a aplicação das regras e, por consequência, a jurisdição de direito comum¹⁷².

Em 1868, Batbie explicaria que os contratos que tinham como objeto a execução de trabalhos públicos deviam ser considerados como espécie dos contratos de "locação de obra" previstos no artigo 1710 do Código Civil — também conhecidos como "contratos de empreitada". A natureza jurídica desses contratos não mudaria ainda que o contratado da administração precisasse fornecer a ela também os insumos que seriam utilizados nos trabalhos públicos: nesse caso, segundo Batbie, o fornecimento seria considerado como um acessório do contrato de aluguel de indústria — e eventuais peculiaridades decorrentes desse caráter misto já teriam inclusive sido previstas nos artigos 1788 e 1789 do Código Civil.

Agora que já conhecemos a forma de adjudicação dos trabalhos públicos, é preciso investigar qual é a natureza dessa contrato. **Ela é definida pelo artigo 1710 do C. Nap., relativo ao aluguel de obra.** Ora, o aluguel de obra é "um contrato pelo qual uma das partes procede a fazer alguma coisa para a outra, por meio de um preço

é produzir um contrato sinalagmático regulado pelo direito comum: "*A adjudicação tornada valiosa e definitiva, constitui entre o Estado e o empreendedor um contrato sinalagmático que participa de toda a força que o direito comum empresta às convenções legalmente formadas*". Logo depois, explica que a oposição de qualquer concorrente pode fazer com que o contrato seja anulado, se ilegal, e que isso geraria incerteza para o adjudicatário; o próprio adjudicatário, no entanto, não poderia invocar uma ilegalidade para escapar do cumprimento do contrato em razão do artigo 1125 do Código de Napoleão. Dufour explica a razão desse tratamento: "*Mas essa diferença entre a condição do empreendedor e do Estado é fácil de explicar. Ela tem sua razão e, digamos, sua justificativa no pensamento que presidiu a todas as disposições das leis e regulamentos em matéria de trabalhos públicos. Ao mesmo tempo que se considerou que o direito comum seria suficiente para os particulares chamados a contratar com a administração, acreditou-se nenhum nível de precauções seria excessivo para defender, contra eles, o interesse público*". (DUFOUR, Gabriel. *Traité Général du Droit Administratif Appliqué*. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7, p. 103-5. Traduzi e grifei).

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 113. Traduzi e grifei.

¹⁷² *Ibidem*, p. 121. Traduzi e grifei.

pactuado entre elas." Se o empreendedor se obriga a fornecer os materiais ao mesmo tempo que o seu trabalho, os fornecimentos são considerados como o acessório, e o trabalho é sempre a parte principal. **O contrato continua portanto a ser um aluguel de indústria (art. 1787 C. Nap.).** Quando o contrato se encontra misturado com uma venda, desse caráter misto resultam algumas consequências relativamente ao fornecimento dos materiais (art. 1788 e 1789). Mesmo nesse caso, é um aluguel de indústria, e ele estabelece entre os contratantes uma relação de obrigações puramente pessoal, baseado na consideração da capacidade do empreendedor¹⁷³.

Estamos muito longe, como se percebe, de dizer que os contratos firmados pela Administração constituiriam uma categoria jurídica apartada dos contratos de direito comum. Pelo contrário: os contratos firmados pela Administração **eram** os contratos previstos no Código Civil, e seu regime jurídico era construído *a partir* de seus artigos — sem prejuízo, como veremos a seguir, da existência de algumas regras especiais.

Era partindo dessa perspectiva que Batbie fundamentava também no Código Civil o direito da Administração de promover a rescisão dos contratos para a execução de trabalhos públicos em que fosse parte — e ressaltava que, embora o ato de rescisão não fosse passível de impugnação pela jurisdição contenciosa, o particular contratado teria direito a uma indenização caso a rescisão fosse promovida fora das hipóteses expressamente previstas no contrato. É dizer: o poder de promover a rescisão **dependia** de previsão expressa contratual e deveria ser exercido em conformidade às cláusulas originalmente pactuadas.

A rescisão é pronunciada tanto no interesse da administração quanto no interesse do empreendedor. Como qualquer proprietário, a administração possui o direito de renunciar à empreitada e de rescindir o contrato. **É a disposição que está escrita no artigo 1794 do C. Nap. Esse princípio de direito comum foi reproduzido na legislação especial sobre trabalhos públicos.** Mesmo quando essa rescisão seja o efeito de puro capricho, o empreendedor não poderá anulá-la diretamente pelas jurisdições contenciosas; pois é um ato de administração pura contra o qual não pode prevalecer a pura discussão jurídica. **O empreendedor, no entanto, pode sustentar que a rescisão foi puramente arbitrária, e que lhe é**

¹⁷³ BATBIE, Anselme. **Traité Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif**. Paris: Cotillon, Librairie du Conseil d'Etat, 1868. t. 7, p. 177-8. Traduzi e grifei.

devida uma indenização porque ela foi pronunciada fora dos casos previstos no caderno de encargos¹⁷⁴.

A mesma tese sobre a natureza jurídica dos contratos para a execução de trabalhos públicos seria defendida em 1879 por Léon Aucoc. Assim como Batbie, Aucoc explica que os *marchés* de trabalhos públicos deviam ser considerados como espécie dos contratos de aluguel de obra previstos no Código Civil¹⁷⁵. Ele também parte dessa constatação para explicar como deve ser feita a aplicação de outros artigos do Código Civil referentes a tal contrato aos *marchés* firmados pela Administração: indica, assim, que (a.) o contrato deve ser dissolvido por morte do empreiteiro, por força do artigo 1795 do Código Civil, e que (b.) se a obra perecer antes de ser entregue, esse perecimento deve, por força dos artigos 1788 e 1790 do Código Civil, correr à conta do empreiteiro.

Nos *marchés* de trabalhos públicos, o empreendedor se compromete, dentro de condições mais ou menos diferentes, que indicaremos na hora apropriada, não apenas a executar por trabalhadores colocados sob suas ordens os trabalhos que são objeto do contrato, mas também a fornecer os materiais necessários.

¹⁷⁴ BATBIE, Anselme. **Traité Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif**. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1868. t. 7, p. 207-8. Traduzi e grifei.

¹⁷⁵ Na mesma direção, conferir DUCROCQ, Théophile. **Cours de Droit Administratif**. 6. ed. Paris: Ernest Thorin, 1884. t. 1: (a.) p. 295 ("*Além das convenções escritas nas peças constitutivas do contrato, as regras do marché de empreitada de trabalhos públicos são escritas na lei. Esse marché é um contrato de aluguel de obra, cujos efeitos gerais são regulados pelo Código Civil (art. 1779 a 1799), salvo as modificações que a administração introduzir nas cláusulas e condições gerais, estimativas ou caderno de encargos que, conhecidos de antemão pelo empreendedor e aceitos por ele quando de sua submissão, formam a lei das partes.*" Traduzi e grifei); (b.) p. 610 ("651. A autoridade judiciária é obrigada não apenas a respeitar, mas a aplicar os atos emanados da autoridade administrativa, quando seu sentido seja claro e não ambíguo, sem poder, de acordo com a regra precedente, apreciar a sua justiça, a sua oportunidade, o seu mérito en fait [...]. É assim, quer se trate de atos contratuais, nos seus efeitos em relação a terceiros [...], e nos seus efeitos entre as partes, **as dificuldades relativas à interpretação e à execução dos contratos administrativos pertencem por direito ao contencioso judiciário, assim como a apreciação das condições da sua validade** (c. cass. 13 de maio de 1872), salvo que haja um texto em contrário. [...]; quer se trate de atos administrativos propriamente ditos, ou de atos regulamentares emanados do chefe de Estado, dos préfets ou dos maires. Mas, sob esse ponto de vista, há entre esses três tipos de atos da administração essa diferença: que os tribunais não devem apreciar o mérito, em direito, ao fundo ou na forma, a legalidade, dos atos administrativos propriamente ditos (atos de comando e de autoridade) para recusar-se a aplicá-los, **enquanto que eles podem fazê-lo para os atos contratuais (simples atos de gestão) e para os decretos e decisões dos prefeitos [...]** a despeito do seu ato de puissance publique." Traduzi e grifei.); (c.) p. 612-3 ("*Todavia essa proibição de interpretar feita aos tribunais aplica-se apenas aos atos administrativos propriamente ditos, essencialmente individuais e especiais, sobre os quais nós iremos ver que os tribunais não podem apreciar a legalidade. Ela não se aplica aos atos contratuais, que são atos de gestão e não atos de autoridade, e nos quais a administração figura como parte contratante e não como puissance publique.*" Traduzi e grifei.).

Ainda que esses *marchés* tenham assim um objeto duplo, que eles participem do contrato de locação de obra e da venda, eles são considerados como contratos de locação de obra. O artigo 1787 do código civil dispõe, com efeito, que 'quando alguém for encarregado de fazer uma obra, pode-se acordar que ele fornecerá somente o seu trabalho ou a sua indústria, ou que fornecerá também a matéria-prima'. E essa qualificação traz consequências importantes na prática. **Assim, nos termos do artigo 1795 do código civil, o contrato de aluguel de obra é dissolvido pela morte do trabalhador ou empreendedor. Essa regra se aplica de pleno direito aos *marchés* de trabalhos públicos.** No entanto o próprio código civil, dando conta do duplo objeto dos contratos em que o empreendedor fornece a mão-de-obra e a matéria-prima, firma, **nos artigos 1788 e 1790, para o caso de perda da obra, regras que decorrem dos princípios do contrato de venda, a saber que, se a obra a executar perecer antes de ser entregue, a perda será [suportada] pelo empreendedor, a menos que o mestre não estivesse em mora no recebimento do trabalho**¹⁷⁶.

O quadro de regras aplicável aos *marchés* estava disperso em vários lugares. As regras de fundo eram "*estabelecidas primeiro pela lei, e depois pelas convenções das partes. As disposições de lei às quais nos temos que nos referir são aquelas do código civil que regem as obrigações em geral e o contrato de aluguel de obra*"¹⁷⁷. Além disso, era preciso atentar para o conjunto de condições gerais contratuais editadas pelos diferentes departamentos públicos — e que regiam diferentes trabalhos públicos.

As convenções feitas entre a administração e os empreendedores estão contidas em diferentes partes. Há de início condições gerais, aplicáveis a todas as empreitadas e conhecidas sob o nome de caderno de cláusulas e condições gerais. **Cada serviço público possui um caderno de cláusulas e condições gerais que lhe é próprio.** Além daquele que é adotado pela administração de pontes e caminhos, encontram-se aqueles que estão em uso para as empreitadas dos palácios imperiais, as construções civis, os trabalhos de engenharia e de artilharia, os trabalhos da marinha¹⁷⁸.

Mesmo com essa complexidade, estava-se sempre seguindo uma lógica estritamente **contratual**: o regime de cada relação estava, primeiro, na legislação civil e, depois, no conjunto de cláusulas integrantes do pacto estabelecido entre o Estado e seu contratado — ainda que elas estivessem em "cadernos gerais"

¹⁷⁶ AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Dunod, 1879. v. 2. p. 270-1. Traduzi e grifei.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 274. Traduzi.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 274-5. Traduzi e grifei.

editados por diferentes departamentos estatais e fossem considerados como parte de cada contrato apenas por remissões indiretas. No discurso do século XIX, nós não encontramos referência a "prerrogativas contratuais indisponíveis" que seriam "aplicáveis ainda que não escritas": a teoria, naquele momento, seguia rumos inteiramente diferentes.

É verdade que, em virtude de disposições legais excepcionais e pontuais, litígios referentes a alguns contratos eram submetidos à apreciação do Conselho de Estado — em especial o contencioso referente à venda dos bens nacionais. Isso nada quer dizer, no entanto, em relação à *natureza* desses contratos: eles continuavam a ser concebidos como contratos *estruturalmente semelhantes* aos privados. Via de regra, o contencioso referente aos contratos firmados pelo Estado pertencia aos tribunais; excepcionalmente, em razão da relevância política deste ou daquele contrato, ele poderia ser deslocado para o Conselho de Estado¹⁷⁹.

B. Os poderes "exorbitantes" da Administração

Que os contratos firmados pela Administração fossem de direito privado não quer dizer que eles fossem absolutamente idênticos aos contratos firmados entre particulares. Essa sua natureza privada não impedia a existência de alguns poderes e posições contratuais que desequilibrassem a relação em favor do Estado — *desde que esses poderes fossem expressamente previstos*. Tais poderes eram muito semelhantes aos existentes nos atuais contratos administrativos; eram um tipo de "poderes exorbitantes" *avant la lettre*, ainda que submetidos a uma lógica *contratual* — e, por isso, não só dependentes de previsão contratual como também subordinados aos estritos limites em que previstos.

¹⁷⁹ DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Cotillon: Paris, 1854. t. 2. (a.) p. 25-6. "*Desde a origem, a autoridade administrativa reservou-se o conhecimento de todas as dificuldades que se ligavam à interpretação e à execução desses aluguéis. Ela de valia do fato de que esses atos ocorriam sob a forma de processos verbais de adjudicação, e disso concluiu que as contestações às quais eles davam lugar pertenciam ao contencioso administrativo e, sob esse título, ficavam sob o império da jurisdição dos conselhos de prefeitura. Mais tarde, reconheceu-se que a forma dos contratos não muda a sua natureza. A jurisprudência entende hoje, de maneira constante, que a interpretação dos aluguéis feitos pela administração pode, como princípio geral, ser atribuída apenas aos tribunais ordinários.*" Traduzi e grifei. (b.) p. 95. "**O Estado, relativamente ao seu domínio, não goza de nenhum privilégio de jurisdição; o princípio, é que toda contestação interessando ao domínio do Estado pertença ao mesmo tribunal que se ela fosse levantada entre particulares e tivesse por objeto uma coisa do domínio privado.**" Traduzi e grifei.

1. O caderno de encargos do Departamento de Pontes e Caminhos de 1833

O caderno de encargos do Departamento de Pontes e Caminhos de 1833¹⁸⁰ demonstra a existência desses poderes já no início do século XIX¹⁸¹. Ele previa, em seu artigo 3º, que a Administração poderia, ao homologar a adjudicação de um contrato, determinar a realização de mudanças em seu objeto — e estipulava que o contratado deveria aceitar tais mudanças, que seriam acompanhadas por um reajuste de preço proporcional, desde que elas não superassem a um sexto do valor original do contrato.

¹⁸⁰ O conteúdo do caderno de encargos do Departamento de Pontes e Caminhos adotado em 1833 foi extraído de CHATIGNIER, Louis. **Commentaire des Clauses et Conditions Générales imposées aux Entrepreneurs pour L'exécution des Travaux des Ponts et Chaussées**. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1857; e de DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7.

¹⁸¹ O Departamento de *Ponts et Chaussées* elaborou uma primeira versão de seu caderno de encargos em 1811, e ele sofreu ligeiras modificações em 1833. Um novo caderno de encargos foi apresentado em 1866: essa versão sofreu ajustes em 1877 e em 1892. Paralelamente a ele, existiam cadernos de encargos para os contratos de "trabalhos dos palácios imperiais" e para as obras de "engenharia militar": cada parte da burocracia estatal poderia elaborar o seu *próprio* caderno de encargos e incluir nele ou não os poderes "derrogatórios do direito comum" que serão identificados no texto (na ausência de derrogação, tais contratos ficariam inteiramente subordinados ao direito comum). Os cadernos de encargos do Departamento de Pontes e Caminhos, por sua maior frequência de utilização e por serem os primeiros a terem sido elaborados, eram considerados como cahiers-modelo pela doutrina — que se concentra mais neles do que nos outros modelos existentes. Esses motivos fazem com que, nesta dissertação, maior foco seja colocado sobre eles: isso se justifica pela sua importância e pela maior quantidade de comentários sobre seu conteúdo (permitindo compreender como a doutrina da época compreendia os conceitos neles empregados.). A prática da adoção de cadernos de encargos, contudo, é *anterior* à Revolução Francesa (v. COTELLE, Toussaint-Ange. **Cours de Droit Administratif Appliqué aux Travaux Publics**. 3. ed. Paris: Dalmont et Dunod, Éditeurs, 1860. t. 3, p. 2, mencionando um "caderno para a manutenção do pavimento de Paris" que deu origem ao caderno de encargos elaborado para o serviço de pontes e caminhos em 1811; AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Dunod, 1879. v. 2, p. 275-6, falando que a primeira redação do caderno de encargos para todas as empreitadas de trabalhos públicos foi elaborada em 7 de fevereiro de 1608, e depois modificada por uma declaração de 7 de junho de 1708.). A análise desses outros cadernos está fora do escopo deste trabalho, que está preocupado em compreender a *mudança de discurso* acerca dos contratos da Administração que ocorreu em meados do início do século XX. Cotelle afirma que os cadernos de encargos se tornaram mais importantes depois da Revolução porque "*os trabalhos feitos à conta do Estado [no Antigo Regime] raramente tinham a importância que eles adquiriram nos nossos dias*", enquanto "*nos últimos tempos, os afazeres desse gênero demandaram capitais consideráveis, e os empreendedores, responsáveis diretamente perante os seus fornecedores de fundos, tiveram que se tornar capazes de administrar eles próprios o preço do marché. Eles sentiram a necessidade de encontrar reais garantias nas cláusulas e condições que colocavam, tão pouco quanto possível, à discricção da administração e dos seus engenheiros*". (COTELLE, p. 2-3. Para uma visão abrangente sobre isso, cf. BESANÇON, Xavier. **Essai sur les Contrats de Travaux et de Services Publics**: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 2001).

Art. 3. Se, ao homologar a adjudicação, a administração **ordenar algumas mudanças no projeto ou nas estimativas**, o empreendedor deverá conformar-se a elas, e o valor dessas modificações, seja para mais, seja para menos, lhe será ajustado de maneira proporcional aos preços da adjudicação, sem que ele possa, em caso de redução, reclamar nenhuma indenização, em razão dos benefícios pretendidos que ele teria podido fazer em razão dos fornecimentos e da mão-de-obra. Mesmo assim, **quando essas modificações desnaturarem fortemente o projeto, fazendo sobre o preço total uma diferença de mais de um sexto, para mais ou para menos, o empreendedor será livre para retirar a sua oferta**. Ele não poderá pretender nenhuma indenização no caso de que a adjudicação não seja aprovada.

O empreiteiro estava vinculado ao contrato desde o momento da adjudicação, mas a Administração não tinha a mesma vinculação ao contrato: o ministro responsável pelas obras, enquanto superior hierárquico dos funcionários que haviam elaborado as especificações técnicas e efetuado a adjudicação, precisaria *ratificá-lo* para que ele se tornasse vinculativo. Ao efetuar esse exame, o ministro poderia também optar pela introdução de *mudanças* no projeto — às quais, nos termos do artigo 3º, o empreendedor deveria conformar-se. A doutrina, examinando essa prerrogativa, via nela uma "*derrogação notável do direito comum*" e indicava que ela "*afastava parcialmente o artigo 1794 do Código Civil*":

Pareceria, ao menos, que o contrato, uma vez homologado e tornado definitivo pelas duas partes, deveria fazer dali em diante o papel de a lei invariável das partes. Não é assim, contudo, e, **por uma derrogação notável do direito comum**, admitiu-se que a administração pudesse ainda modificar o projeto sobre o qual é feita a adjudicação. Essas modificações podem ir até um sexto para mais ou para menos, sem que o empreendedor possa reclamar. É apenas se tal limite for ultrapassado que ele se torna livre para retirar a sua oferta¹⁸².

Entre a recusa e a aprovação, o mesmo artigo reserva à administração uma faculdade que forma um meio-termo, aquele de introduzir modificações no projeto de lei ou nas especificações. O empreendedor deverá conformar-se a elas, e ele será compensado por essas mudanças, seja para mais, seja para menos, de maneira proporcional aos preços da adjudicação, sem que ele possa, em caso de redução, reclamar nenhuma indenização *em razão dos benefícios que ele teria podido fazer sobre os*

¹⁸² CHATIGNIER, Louis. **Commentaire des Clauses et Conditions Générales imposées aux Entrepreneurs pour L'exécution des Travaux des Ponts et Chaussées**. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1857. p. 16. Traduzi e grifei.

*fornecimentos e a mão de obra. (Derrogação ao artigo 1794 do Código Civil)*¹⁸³.

Um outro grupo de artigos conectava-se a esse, regulando outros casos em que poderia ser preciso introduzir modificações no contrato tal qual originalmente firmado. O artigo 22 dispunha sobre a eventual necessidade de realização de "obras não previstas", e o artigo 39 preocupava-se em regular cenários de "aumentos notáveis" dos preços dos insumos necessários à execução das obras contratadas. Nós temos, na combinação desses dispositivos, a base daquilo que contemporaneamente viria a ser conhecido como (a.) **alteração unilateral do contrato**, (b.) a aplicação da teoria da imprevisão a contratos públicos e (c.) a garantia da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A conformação atual desses institutos é um pouco diferente da conformação que eles possuíam durante o século XIX; mas não se pode dizer que essa tenha sido uma invenção recente da teoria contemporânea do contrato administrativo.

Art. 22. **Quando for julgado necessário executar partes das obras não previstas nas especificações, os preços serão regulados de acordo com aqueles da adjudicação, por assimilação às obras mais análogas.** No caso de uma impossibilidade absoluta de assimilação, os preços serão regulados por uma estimação contraditória tomando por termo de comparação os preços correntes do país. Quando esses trabalhos devam ser de alguma importância, será feito deles uma estimativa preliminar, que o empreendedor aceitará, tanto para os preços propostos quanto para a indicação das obras, por uma oferta particular que será apresentada para aprovação da administração.

Art. 39. Se, durante o curso da empreitada, os preços sofrerem um *aumento notável*, o contrato poderá ser resilido por demanda que será feita pelo empreendedor; em caso de *diminuição notável*, a rescisão do contrato poderá ser igualmente pronunciada, a menos que o empreendedor não aceite as modificações que lhe sejam prescritas pela administração. E no caso em que, durante o curso da empreitada, e sem modificar os encargos e os preços, **ele seja ordenado pela administração a aumentar ou a diminuir a massa dos trabalhos, o empreendedor será obrigado a executar as novas ordens, sem reclamação**, a menos que ele não tenha sido autorizado a efetuar o aprovisionamento dos materiais que permanecerão sem emprego, **e desde que as mudanças para mais ou para menos, não excedam a um sexto do montante da**

¹⁸³ COTELLE, Toussaint-Ange. **Cours de Droit Administratif Appliqué aux Travaux Publics**. 3. ed. Paris: Dalmont et Dunod, Éditeurs, 1860. t. 3, p. 26. Traduzi e grifei. Os itálicos são do original.

empreitada; caso no qual ele poderá demandar a rescisão do seu contrato.

A doutrina constatava que essas posições contratuais representavam derrogações do direito privado, mas ao mesmo tempo ressaltava que, como se tratava de uma operação de natureza contratual, um particular não poderia ficar inteiramente à mercê da Administração. Cotelle destacava que *"em princípio, o contrato faz a lei comum das partes; nenhuma delas pode exigir nada além dos seus termos. No entanto, o contrário pode ser estipulado. Assim, de início, é preciso distinguir as obras de aumento das obras novas"*¹⁸⁴. Dufour esclarecia que *"a razão se recusa, todavia, a admitir que o consentimento fornecido a um contrato possa vincular o seu autor a um negócio totalmente diferente. A faculdade deixada a uma das partes de alterar a posição da outra deve ser limitada"*¹⁸⁵. Chatignier, de maneira mais protetiva, lembrava que *"um marché contratado pelo empreendedor em vista de certas obras determinadas não pode ser estendido, sem o seu consentimento, a outras obras inteiramente diferentes que viriam, senão destruir, pelo menos modificar profundamente as bases do contrato primitivo"*¹⁸⁶.

O caderno de encargos também instituía, em benefício da Administração, a prerrogativa exorbitante que hoje conhecemos como **poder de fiscalização**. Seu artigo 6º estabelecia que o empreendedor deveria guardar uma *"submissão estrita"* aos planos entregues pelos engenheiros da Administração — e o artigo 7º, criando uma outra hipótese daquilo que hoje conhecemos como modificação unilateral do

¹⁸⁴ COTELLE, Toussaint-Ange. **Cours de Droit Administratif Appliqué aux Travaux Publics**. 3. ed. Paris: Dalmont et Dunod, Éditeurs, 1860. t. 3, p. 65. Traduzi. Nas páginas iniciais de seu livro, Cotelle utiliza os princípios gerais dos contratos (fazendo remissão expressa ao direito privado e ao Código Napoleônico) para enfatizar que os poderes de modificação criados em benefício da Administração não poderiam ser ilimitados: *"Em todo contrato passado em nome de uma das nossas administrações públicas, há dois elementos essenciais que consistem: um, nas estipulações formuladas, gerais ou especiais, do contrato, quaisquer que sejam elas; o outro, nos princípios teóricos da matéria, ou do direito convencional; esses princípios, aos quais se diz que as convenções projetadas não podem derogar, consistem em certas regras fundamentais e de ordem pública, tornando nulas as obrigações nas quais elas são desrespeitadas (art. 1171 C. Nap.); assim, a lei, não admitindo que em virtude de uma obrigação inteiramente convencional uma das partes possa ser colocada inteiramente à mercê da outra parte, em virtude da vontade puramente arbitrária dessa, declara nulas as convenções feitas sobre uma condição puramente potestativa da parte de uma das partes contratantes (art. 1170-1174 C. Nap.). É assim que toda sociedade deve ter um objeto lícito e ser contratada no interesse comum das partes (art. 1839 e 1855)."* (*Ibidem*, p. 4-5. Traduzi e grifei).

¹⁸⁵ DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7, p. 132. Traduzi.

¹⁸⁶ CHATIGNIER, Louis. **Commentaire des Clauses et Conditions Générales imposées aux Entrepreneurs pour L'exécution des Travaux des Ponts et Chaussées**. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1857. p. 66-7. Traduzi.

contrato, indicava que os engenheiros poderiam determinar mudanças em tais planos, no curso da execução da obra, "*por motivos de conveniência, utilidade ou economia*".

Art. 7. Ele [o empreendedor] **se conformará, durante o curso do trabalho, às modificações que lhe serão ordenadas por escrito, e sob a responsabilidade do engenheiro, por motivos de conveniência, de utilidade ou de economia**, e ele será compensado segundo as disposições do art. 3; mas ele não poderá, por iniciativa própria, e sob pretexto nenhum, realizar a modificação mais ligeira no projeto ou nas estimativas¹⁸⁷.

Aos engenheiros, no exercício de seu poder de fiscalização, também era reservado o direito de exigir a substituição dos trabalhadores empregados pelo empreendedor "*por motivo de insubordinação, incapacidade ou falta de probidade*" (art. 19) e de fazer os regulamentos necessários à boa ordem dos trabalhos (art. 29). Eles efetuariam a recepção das obras no final de sua execução (art. 38) e, se entendessem, a qualquer momento, que existiam falhas em sua realização, poderiam determinar a demolição e a reconstrução daquilo que considerassem defeituoso (art. 13).

Art. 13. Quando os engenheiros **presumirem que existem, nas obras, vícios de execução, eles ordenarão, seja no curso da execução, seja antes da recepção final, a demolição e a reconstrução das obras presumidas viciadas**. As despesas resultantes dessa verificação serão a cargo do adjudicatário, quando os vícios de construção tenham sido constatados e reconhecidos. Em caso de contestação do empreendedor sobre os vícios de execução, proceder-se-á como foi dito acima, art. 12.

¹⁸⁷ Chatignier identificava aqui outra derrogação do direito privado: "*Em princípio, e segundo as regras do direito comum, o empreendedor não deveria estar obrigado a não ser segundo os termos e as previsões exatas do seu contrato: fora desses termos e dessas previsões, ele poderia negar-se a qualquer execução. No entanto, em matéria de trabalhos públicos, acreditou-se dever derogar essas regras, e deixar a administração com poderes para modificar a seu próprio juízo e dentro de uma certa medida o objeto do contrato. É assim que vimos, no art. 3º, a administração reservar-se o direito de fazer mudanças ao projeto, ao homologar a adjudicação, até uma variação de 1/6 para mais ou para menos. Aqui, estipula-se ainda para ela a faculdade de fazer, no curso da execução, as mudanças que lhe parecerem justificadas por motivos de conveniência, de utilidade ou de economia*". (CHATIGNIER, Louis. *Commentaire des Clauses et Conditions Générales imposées aux Entrepreneurs pour L'exécution des Travaux des Ponts et Chaussées*. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1857. p. 22-3. Traduzi e grifei).

Art. 19. O engenheiro **terá o direito de exigir a substituição ou a dispensa de agentes e trabalhadores do empreendedor**, por causa de insubordinação, de incapacidade, ou de falta de probidade.

Art. 29. **O engenheiro chefe fará todos os regulamentos necessários para a boa ordem dos trabalhos ou para a execução das cláusulas das estimativas.** Esses regulamentos serão conferidos pelo prefeito, quando será reconhecido por aquele magistrado que eles não impõem encargos novos ao empreendedor, a partir de quando eles serão obrigatórios.

Em complemento a suas faculdades de fiscalização, a Administração poderia também **impor medidas coercitivas ou restritivas**. Quando entendesse que o número de trabalhadores recrutado pelo empreendedor ou o estoque de materiais por ele adquirido era insuficiente, determinar a realização de uma contratação complementar, às custas do empreendedor, ou mesmo resilir o contrato original e promover uma nova licitação. O Estado já exercia, portanto, um papel de ativa fiscalização e supervisão dos trabalhos do empreendedor.

Art. 21. Quando uma obra sofrer por falta de materiais, trabalhadores, etc., de maneira a fazer recear que ela não será concluída nas épocas prescritas, ou que os fundos creditados não poderão ser consumidos no ano, o prefeito, por meio de uma decisão que ele notificará ao empreendedor, **ordenará o estabelecimento de um contrato aos custos de dito empreendedor**¹⁸⁸, se, em uma época fixada, ele não houver satisfeito às disposições que lhe serão prescritas. Na expiração desse prazo, se o empreendedor não houver satisfeito a tais disposições, o contrato será organizado imediatamente e sem outra formalidade. Ele será imediatamente informado ao diretor geral que, segundo as circunstâncias do caso, **poderá ordenar a continuação do contrato aos custos do empreendedor ou pronunciar a resilição do contrato** [original] e ordenar uma nova adjudicação após a realização de nova licitação

¹⁸⁸ O contrato "substitutivo" elaborado pela Administração mencionado pelo artigo 21 era denominado "*régie*" — traduzi-o por contrato, acima, para facilitar a compreensão do dispositivo. Na *régie*, a Administração nomeava um agente especial, recolhido dentre os seus quadros, para efetuar a contratação de trabalhadores para executar uma tarefa específica. Era o que se chamava de *régie simple*, ou *régie par économie*, ou *par attachement*, fazendo referência ao fato de que os pagamentos eram feitos parceladamente e de acordo com as *unidades* fornecidas à Administração — depois de cada dia de trabalho ou do fornecimento de cada parte do fornecimento contratado. O contrato originalmente efetuado era de outra espécie: era um contrato de empreitada (ou *marché*), por meio do qual o particular ajustava com a Administração, mediante o pagamento de um preço global, a execução de um trabalho — correndo riscos de ganhos ou perdas conforme a precisão de suas estimativas preliminares. Cf., por todos, AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Dunod, 1879. v. 2, p. 267 e ss; e LECHALAS, Georges. **Manuel de Droit Administratif: Services des Ponts et Chaussées et Chemins Vicinaux**. Paris: Gauthier-Villars et fils, 1893. t. 2, fascículo 1, p. 87 e ss.

[*adjudication sur folle enchère*¹⁸⁹]. Nesses diversos casos, os excedentes de preços e despesas serão deduzidos das somas que possam ser devidas ao empreendedor, sem prejuízo dos direitos a exercer contra ele e sua caução, em caso de insuficiência. Se o novo contrato ou a adjudicação por nova licitação conduzirem, ao contrário, a uma diminuição nos preços e nos custos das obras, o empreendedor ou a sua caução não poderá reclamar nenhuma parte desse benefício, que será adquirido pela administração.

Reconhecia-se em benefício da Administração também a prerrogativa de **ordenar a cessação absoluta ou o adiamento dos trabalhos** — reservando-se em benefício do empreendedor o direito de requerer a recepção provisória das obras já executadas e/ou sua recepção definitiva depois da expiração do prazo de garantia.

Art. 36. **No caso em que a administração ordenar a cessação absoluta ou o adiamento indefinido dos trabalhos adjudicados**, o empreendedor poderá requerer que, a seguir, seja realizada a recepção provisória das obras executadas, e a recepção definitiva depois da expiração do prazo de garantia. Depois da recepção definitiva, ele será, assim como sua caução, liberado de toda garantia em razão de sua empreitada.

Art. 40. No caso previsto pelo art. 36, e naquele em que, de acordo com o artigo 39 e por efeito de uma diminuição notável no preço das obras, a administração houver pronunciado a rescisão do contrato, as ferramentas e utensílios indispensáveis à obra que o empreendedor não quiser manter por sua conta serão adquiridas pelo Estado sob uma estimativa que será regulada por negociação ou por experts, conforme o valor inicial de ditas ferramentas e utensílios e dedução feita do seu grau de uso; tudo às taxas do comércio e sem aumento de dízima ou de qualquer outra mais-valia sob pretexto de benefícios presumidos. **Os materiais provisionados por ordem e depositados sobre os trabalhos, se forem de boa qualidade, serão igualmente adquiridos pelo Estado aos preços da adjudicação.** Os materiais que não estiverem depositados sobre os trabalhos permanecerão à conta do empreendedor. No entanto, tanto para esse objeto como para quaisquer outras reclamações, poderá ser concedido a *lee* uma indenização que será fixada pela administração e que, em nenhum caso, não deverá exceder a um quinquagésimo do montante das despesas ainda a fazer em virtude da adjudicação.

¹⁸⁹ Uma adjudicação *sur folle enchère* corria por *conta e risco* do empreendedor: se os preços do novo contrato fossem superiores aos preços do primeiro, a diferença correria por conta do empreendedor que deu causa à extinção do primeiro contrato. Se o novo contrato fosse outorgado por preço *inferior* ao anterior, essa diferença reverteria em benefício da Administração (como textualmente esclarece o trecho final do artigo 21).

A doutrina via nessa possibilidade de rescisão unilateral do contrato outra "grave derrogação ao direito comum"¹⁹⁰. A indenização limitada conferida ao contratado da Administração era tida por "evidentemente insuficiente"¹⁹¹ ou "arbitrária"¹⁹². Paralelamente, e de acordo com a natureza privada desses contratos, destacava-se que "o direito comum [conservava] sua força para toda rescisão proveniente do fato da administração, fora dos termos dos artigos 36 e 39"¹⁹³.

O caderno de encargos, como se vê, **já previa** em benefício da Administração uma série de prerrogativas pouco comuns nos contratos firmados entre duas partes privadas. A doutrina da época tinha plena consciência disso: as passagens acima transcritas falando no "caráter derogatório do direito comum" das cláusulas do *cahier des charges* que instituíam esses poderes são uma primeira evidência disso. Toussaint-Ange Cotelle, fornecendo uma segunda evidência, ensinava que os contratos de adjudicação de trabalhos públicos continham um feixe

¹⁹⁰ **"Está no poder discricionário da administração decidir se uma empreitada deve ser abandonada ou adiada indefinidamente, e em geral se ela deve ser resilida. Existe aqui uma grave derrogação ao direito comum onde é de princípio, salvo, bem entendido, o caso de culpa ou de infração ao contrato por uma das partes, que o contrato não pode ser resilido a não ser com o concurso de cada uma delas. Como quer que seja, é admitido pela jurisprudência que a administração possui o direito, nessa matéria, de consultar apenas as suas conveniências, e que o empreiteiro, quaisquer problemas que tal medida possa causar em seus cálculos e na organização de seus canteiros, não pode pretender revogá-la pela jurisdição contenciosa."** (CHATIGNIER, Louis. **Commentaire des Clauses et Conditions Générales imposées aux Entrepreneurs pour L'exécution des Travaux des Ponts et Chaussées**. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1857 p. 94. Traduzi e grifei).

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 97.

¹⁹² COTELLE, Toussaint-Ange. **Cours de Droit Administratif Appliqué aux Travaux Publics**. 3. ed. Paris: Dalmont et Dunod, Éditeurs, 1860. t. 3, p. 245-6.

¹⁹³ DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7, p. 152. Traduzi. Cf. também COTELLE, *op. cit.*, p. 247. No artigo 42 do caderno, dizia-se que controvérsias envolvendo as partes contratantes seriam julgadas pelo conselho de prefeitura. Isso, como já explicado, não fazia com que o contrato deixasse de ser compreendido como um instrumento regido pela lógica do direito privado. Outras cláusulas mencionadas no caderno de encargos de 1833 são muito similares àquelas que nós atualmente empregamos em nossos contratos administrativos: (a.) no artigo 1º, requeria-se comprovação de qualificação técnica e econômica — a qualificação técnica era efetuada mediante a submissão de certificados de capacidade com menos de três anos; (b.) no artigo 2º, demandava-se a apresentação de caução, limitada a um trigésimo do valor dos trabalhos; (c.) no artigo 3º, proibia-se a subcontratação, ou que o responsável pelas obras se ausentasse do local de execução dos trabalhos; (d.) no artigo 10, estipulava-se a responsabilidade exclusiva do contratado pelo fornecimento de materiais e utensílios; (e.) no artigo 35, regulava-se o procedimento de recepção provisória e previa-se que os últimos dez por cento do valor do contrato seriam pagos apenas depois da expiração do prazo de garantia. Essa proximidade com a nossa Lei nº 8.666/93 — que é de terminologia e, inclusive, de *ordem* de exposição dos assuntos — é mais um sintoma de que, até hoje, nós somos condicionados por formas jurídicas e modos de pensar cunhados no passado.

de "*direitos particulares e próprios da administração*"¹⁹⁴ — e, mais adiante, dissecava esse feixe de direitos:

Enfim, o contrato de adjudicação, conforme os diversos cadernos de encargos, **confere à administração os meios de rigor necessários para obter a execução do contrato**, tais como o direito de resilir, determinando-lhe as consequências que disso resultam a cargo do Estado, e sobretudo a prerrogativa de uma jurisdição especial que conhecerá das dificuldades sobre o sentido e a execução do contrato.

Os direitos particulares à administração são:

1º **De fazer executar os trabalhos en régie**, por conta do empreendedor, e de pronunciar sua resilição e ordenar uma nova adjudicação *sur folle enchère*, a seus riscos e perigos, se chegar a ocorrer que na obra faltem materiais, trabalhadores, e de maneira a fazer temer que ela não seja concluída nas épocas indicadas (art. 21).

2º **De pronunciar a resilição do contrato no caso de uma diminuição notável de preços**, a menos que o empreendedor não aceite as modificações que lhe sejam prescritas pela administração. Mas o mesmo direito existe reciprocamente para o empreendedor, em caso de aumento notável dos preços (art. 39).

3º **De ordenar a suspensão absoluta ou o adiamento indefinido dos trabalhos adjudicados** (art. 3).

4º Nos dois casos precedentes em que a resilição tiver lugar por fato da administração, **ela não deverá contudo ser obrigada a pagar ao empreendedor os ganhos que ele teria podido fazer**. O caderno de cláusulas e condições das pontes e caminhos, em seu artigo 40, faz restrições muito rigorosas ao direito desse último, para suas indenizações, e também relativamente à retomada das ferramentas e utensílios necessários à empreitada e dos materiais provisionados

Também, como nós mostraremos em breve, **o caderno de cláusulas e condições para os palácios imperiais não reproduziu essas disposições tão contrárias ao direito comum** (art. 1794 C. Nap.). Para o caso de resilição por fato da administração, o novo caderno se limita a dizer que a administração poderá resilir o contrato nos casos determinados acima, sem prejuízo da indenização que poderá ser concedida ao empreendedor", a qual será fixada pelo Conselho de prefeitura¹⁹⁵.

¹⁹⁴ "A contratação dos empreendedores produz efeitos que podem se distinguir em três ramos, a saber: 1º As obrigações contratadas pelo empreendedor; 2º As obrigações recíprocas da administração, de onde resultam direitos para o empreendedor; 3º **Os direitos particulares e próprios da administração**." (COTELLE, Toussaint-Ange. **Cours de Droit Administratif Appliqué aux Travaux Publics**. 3. ed. Paris: Dalmont et Dunod, Éditeurs, 1860. t. 3, p. 39. Traduzi e grifei).

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 46-7. Traduzi e grifei.

Essas características não faziam com que a relação para a execução de trabalhos públicos não fosse de natureza contratual. O mesmo Cotelle, em uma seção inicial de sua obra, frisava que a adjudicação de trabalhos públicos era um contrato "*sinalagmático e comutativo, submetido de início aos princípios gerais do Código Napoleão*" — e qualificável como um contrato de "*aluguel de trabalho e de indústria*", ou como "*prestação de trabalho*".

A adjudicação, em uma disputa (*au rabais*), dos trabalhos públicos é um ato autêntico e solene submetido à formas puramente administrativas e tendo os mesmos efeitos que um contrato passado diante de um notário; notadamente para a hipoteca que resultará dele em benefício do Tesouro sobre os bens afetados à caução do empreendedor ou da Companhia que houver tratado com o Estado (art. 1317 e 2227 C. Nap. V. infra, nº 42). **É um contrato essencialmente sinalagmático e comutativo, submetido de início aos princípios gerais do Código Napoleão, dizendo respeito ao aluguel de trabalho e de indústria, ou o contrato mais extenso da prestação de trabalho, segundo as distinções que nós estabelecemos mais acima entre essas duas naturezas de contratos.** Mas ele também é mais particularmente regido, quanto à sua forma, pelas prescrições da ordenação supra-citada de 4 de dezembro de 1836, e pelos primeiros artigos dos cadernos de cláusulas e condições gerais de um ou de outro de nossos grandes serviços, pontes e caminhos, engenharia militar ou direção dos palácios imperiais¹⁹⁶.

Tínhamos, assim, (a.) contratos privados, firmados pelo *État propriétaire*, mas que (b.) eram regulados por cadernos de cláusulas especiais dentro das quais estavam estipuladas prerrogativas atípicas e derogatórias do direito comum — que conferiam à administração, nas palavras de Cotelle, "*os meios de rigor necessários para obter a execução do contrato*". Isso não deve nos causar surpresa: no fundo, estamos ainda diante de uma manifestação da fórmula romana da personalidade jurídica de direito privado do Fisco somada a privilégios exclusivos do Estado. Ela só seria modificada com a teoria moderna do contrato administrativo.

¹⁹⁶ COTELLE, Toussaint-Ange. **Cours de Droit Administratif Appliqué aux Travaux Publics**. 3. ed. Paris: Dalmont et Dunod, Éditeurs, 1860. t. 3, p. 13. Traduzi e grifei.

2. O caderno de encargos do Departamento de Pontes e Caminhos de 1892¹⁹⁷

Os conceitos-chave identificados no tópico anterior foram preservados durante as revisões feitas no caderno de encargos no restante do século. Analisar essas modificações e, principalmente, o entendimento da doutrina sobre elas, ajuda a tornar mais clara a maneira pela qual os administrativistas do século XIX concebiam os contratos firmados pelo Estado. Adianta-se o que aqui será visto: nós encontraremos *mais confirmações* das convicções de que (a.) os contratos firmados pelo Estado possuíam natureza privada, e de que (b.) eles continham prerrogativas jurídicas especiais, derogatórias do direito comum, em benefício da Administração. O caderno de encargos de 1892 pode ser incluído nesta análise. Por um critério cronológico, ele deveria estar incluído no próximo capítulo; no entanto, além de ser muito semelhante ao caderno de encargos de 1866¹⁹⁸, sua lógica interna faz com que ele deva ser incluído no presente capítulo, pois ele está muito mais próximo da teoria contratual do século XIX do que da teoria do contrato administrativo desenvolvida a partir do início do século XX.

A prerrogativa reservada ao superior hierárquico de aprovar ou rejeitar uma adjudicação efetuada por seus subordinados foi mantida nas versões posteriores do caderno de encargos — bem como a possibilidade de introduzir **alterações unilaterais** nos termos originalmente contratados¹⁹⁹. A doutrina viu nisso uma faculdade "*monstruosa*" inserida dentro de um "*contrato sinalagmático, submetido a todos os princípios do Código civil*"²⁰⁰, "*exorbitante e absolutamente contrária a*

¹⁹⁷ O conteúdo do caderno de encargos do Departamento de Pontes e Caminhos adotado em 1892 foi extraído de LECHALAS, Georges. **Manuel de Droit Administratif: Services des Ponts et Chaussées et Chemins Vicinaux**. Paris: Gauthier-Villars et fils, 1893. t. 2, fascículo 1, p. 95 e ss. Traduzi e grifei. V. também: DOUSSAUD, Alfred. **Les nouvelles clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des ponts et chaussées** (Cahier du 16 février 1892). Paris: A. Chevalier-Maresq & Cie., Éditeurs, 1903.

¹⁹⁸ Comparando o *cahier* de 1866 com o de 1892, Lechalas afirma que a versão de 1892 não introduz "*nenhum princípio verdadeiramente novo, salvo aquele da fixação de um prazo extremo além do qual toda reclamação é extinta*." (LECHALAS, *op. cit.*, p. 95).

¹⁹⁹ "Art. 5. A adjudicação não é válida a não ser depois da aprovação da autoridade competente. O empreendedor não poderá pretender receber nenhuma indenização no caso de que a adjudicação não seja aprovada. — Se a adjudicação do *marché* não houver sido notificada ao adjudicatário em um prazo de trinta dias a partir da data do processo verbal da adjudicação, o adjudicatário será livre para renunciar à empreitada e a sua caução será liberada." O texto é o mesmo nas versões de 1866 e de 1892.

²⁰⁰ "**No entanto, trata-se de um contrato sinalagmático, submetido a todos os princípios do Código civil. Como, por uma exceção monstruosa, uma das partes pode ser vinculada por seu consentimento, e a outra pode estar tão pouco obrigada como se ela não houvesse dado nenhum?**" (DOUSSAUD, *op. cit.*, p. 108. Traduzi e grifei).

*todos os princípios de direito comum*²⁰¹. De maneira complementar, os artigos 30 e 31 previam em benefício da Administração a prerrogativa de determinar uma variação na massa dos trabalhos contra a qual o empreendedor não poderia protestar desde que elas não excedessem a um sexto do montante do contrato (para mais ou para menos)²⁰². Alfred Doussaud explicava que tal prerrogativa era constituída "*por derrogação do direito comum*", mas que era "*um direito desde há muito consagrado*" que o caderno de encargos de 1892 buscava assegurar ao Estado²⁰³. Uma regra complementar sobre mudanças quantitativas estava contida no artigo 32, que as permitia até o limite de um quarto para mais ou para menos sobre as estimativas iniciais²⁰⁴. No artigo 33, previa-se que, no caso de aumento significativo dos preços, de maneira que a despesa total das obras ainda a executar fosse aumentada em mais de um sexto em relação às estimativas do projeto, o

²⁰¹ "**A faculdade que a administração sempre se reserva de aprovar ou não a adjudicação é exorbitante e absolutamente contrária a todos os princípios de direito comum. As consequências disso são muito graves. De início é difícil compreender como a Administração, depois de ter constatado a utilidade e a urgência dos trabalhos, feito estudar e aprovar os projetos e especificações, votar os fundos necessários, elaborar os cadernos e encargos e séries de preços, pode negar-se bruscamente a aceitar uma adjudicação que ela desejou, provocou e pronunciou.**" (DOUSSAUD, Alfred. **Les nouvelles clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des ponts et chaussées** (Cahier du 16 février 1892). Paris: A. Chevalier-Maresq & Cie., Éditeurs, 1903. p. 107. Traduzi e grifei).

²⁰² "Art. 30. **Em caso de aumento na massa dos trabalhos, o empreendedor não pode apresentar nenhuma reclamação desde que o aumento não exceda um sexto do montante da empreitada.** Se o aumento for de mais de um sexto, ele terá direito à rescisão imediata do seu contrato sem indenização, à condição, todavia, de o haver demandado por uma carta endereçada ao prefeito dentro do prazo de dois meses a partir da notificação da ordem de serviço cuja execução traria como consequência o aumento de mais de um sexto. Tudo ressalvada aplicação, se houver lugar, do artigo 32, infra."; "Art. 31. **Em caso de diminuição na massa dos trabalhos, o empreendedor não poderá apresentar nenhuma reclamação desde que a diminuição não exceda a um sexto do montante da empreitada,** ressalvada a aplicação do art. 32. Se a diminuição é de mais de um sexto, ele receberá, se houver lugar, a título de eliminação de seus danos, uma indenização que, em caso de contestação, será fixada pelo conselho de prefeitura, sem prejuízo do direito à rescisão imediata que deve ser demandado na mesma forma e no mesmo prazo que acima indicado."

²⁰³ "[...] **por derrogação ao direito comum e no interesse dos serviços dos quais ela é encarregada, a administração é sempre livre para modificar os planos, os detalhes e as condições de execução; nesse ponto de vista, pode-se dizer que ela é menos vinculada pelas estipulações do contrato do que pelas circunstâncias que lhe obrigam às modificações. Em consequência, ela pode aumentar ou diminuir a importância total dos trabalhos, modificar em parte ou na totalidade certos tipos de obras. É esse direito desde há muito consagrado que quiseram afirmar muito energicamente, os artigos 30 e seguintes.**" (DOUSSAUD, *op. cit.*, p. 264-5. Traduzi e grifei).

²⁰⁴ "Art. 32. Quando as mudanças ordenadas tiverem por resultado modificar a importância de certas naturezas da obra, **de tal sorte que as quantidades prescritas difiram em mais de um quarto, para mais ou para menos, das quantidades indicadas nas estimativas, o empreendedor poderá apresentar, ao fim e ao cabo, uma demanda por indenização baseada no prejuízo que lhe terão causado as modificações feitas, nesse sentido, sobre as previsões do projeto.**" Abandona-se o limite de "um terço" que estava no texto de 1866.

empreendedor teria o direito de resilir o contrato — sem o pagamento de indenização²⁰⁵.

O artigo 10 regulava os poderes de **fiscalização** atribuídos aos engenheiros nomeados pela Administração para efetuar o acompanhamento dos trabalhos — bem como seus poderes para determina **alterações** complementares nos contratos firmados pelo Estado²⁰⁶. Os engenheiros continuavam a poder exigir a substituição ou a demissão de agentes ou trabalhadores por "*insubordinação, incapacidade ou falta de probidade*" (art. 13), e a determinar a demolição das obras caso constatassem a existência de vícios de construção (art. 27).

O poder de **determinar a cessação dos trabalhos** e de promover a **resilição unilateral do contrato** vinha regulado no artigo 34. A vedação ao pagamento de indenizações superiores a um quinquagésimo do valor do contrato foi abandonada: a nova versão do texto falava genericamente apenas no pagamento de uma "*indenização*" ao empreendedor. Nesse contexto, Georges Lechalas via nessa prerrogativa "*apenas uma aplicação do artigo 1.794 do Código Civil*", que também a instituíu para os contratos de *louage d'ouvrage*²⁰⁷.

Art. 34. Quando a administração ordena a cessação absoluta dos trabalhos, a empreitada é imediatamente resilida. Quando ela prescreve seu adiamento por mais de um ano, seja antes, seja depois do começo da execução, o empreendedor tem direito à resilição de seu contrato se ele a demandar, sem prejuízo da indenização que, tanto em um caso quanto no outro, pode lhe ser concedida se houver lugar. — Se os trabalhos houverem

²⁰⁵ "Art. 33. Se, durante o curso da empreitada, os preços sofrerem um aumento de maneira que a despesa total das obras ainda restantes a executar, conforme as especificações técnicas, se encontrar aumentada de um sexto em comparação às estimativas do projeto, o empreendedor terá direito à resilição do seu contrato, sem indenização." Abandona-se a fórmula "*aumento notável*" que estava presente no texto de 1833.

²⁰⁶ "Art. 10. O empreendedor deve começar os trabalhos desde que tenha recebido a ordem do engenheiro. — Ele recebe gratuitamente do engenheiro, no curso da empreitada, uma expedição certificada de cada um dos desenhos de detalhe e outros documentos necessários à execução dos trabalhos. — Ele se conforma estritamente aos planos, perfis, traçados, ordens de serviço e, se existentes, aos tipos e modelos que lhe são fornecidos pelo engenheiro ou pelos seus prepostos, em execução das estimativas. — **O empreendedor se conforma igualmente às mudanças que lhe sejam prescritas durante o curso do trabalho mas somente quando o engenheiro as houver ordenado por escrito e sob sua responsabilidade.** Não se deverá considerar tais mudanças a não ser quando se der prova da ordem escrita do engenheiro. — Quando o empreendedor estimar que as prescrições de uma ordem de serviço ultrapassam as obrigações de seu contrato, ele deverá, sob pena de preclusão, apresentar-lhe observação escrita e motivada dentro de um prazo de seis dias. A reclamação não suspende a execução da ordem de serviço, a menos que não seja ordenado de outra maneira pelo engenheiro."

²⁰⁷ LECHALAS, Georges. **Manuel de Droit Administratif: Services des Ponts et Chaussées et Chemins Vicinaux**.. Paris: Gauthier-Villars et fils, 1893. t. 2, fascículo 1, p. 206.

recebido um início de execução, o empreendedor pode requerer que seja procedida imediatamente a recepção das obras executadas, e depois à sua recepção definitiva depois da expiração do prazo de garantia.

Art. 1794. O contratante pode resilir, exclusivamente por sua vontade, o contrato a preço fixo, ainda que a obra já tenha iniciado, indenizando por isso o empreiteiro de todas as suas despesas, por todos os seus trabalhos, e de todo aquilo que ele teria podido ganhar em tal empreitada.

Por fim, o direito de determinar a organização de uma *régie* às custas do empreendedor ou a realização de uma nova adjudicação por sua conta e risco era previsto no artigo 35 dos *Cahiers*:

Art. 35. Quando o empreendedor não se conformar seja às disposições das estimativas, seja às ordens escritas de serviço que lhe sejam dadas pelos engenheiros, uma decisão do prefeito lhe notificará para satisfazê-las em um prazo determinado. Esse prazo, salvo no caso de urgência, não será menor do que dez dias a contar da notificação da decisão. — Depois desse prazo, se o empreendedor não houver executado as disposições prescritas, o prefeito, por uma segunda decisão, **ordenará o estabelecimento de um contrato complementar [régie] às custas do empreendedor.** Nesse caso, procede-se imediatamente, na sua presença ou sendo ele devidamente intimado, ao inventário descrito do material da empreitada. — **É disso prontamente prestado contas ao ministro, que pode, segundo as circunstâncias, seja determinar uma nova adjudicação a la folle enchère do empreiteiro, seja pronunciar a resilição pura e simples do contrato, seja prescrever a continuação do contrato complementar.** — Durante a vigência desse contrato complementar, o empreendedor está autorizado a continuar suas operações, sem que ele possa todavia impedir a execução das ordens dos engenheiros. — Ele pode ser liberado do contrato complementar se ele justifica os meios necessários para retomar os trabalhos e conduzi-los a bom fim. Dos excedentes de despesas que resultarem do contrato complementar ou da adjudicação por nova licitação [*sur folle enchère*] serão retiradas as somas que possam ser devidas ao empreendedor, sem prejuízo dos direitos a exercer contra ele em caso de insuficiência. — Se o contrato complementar ou a nova adjudicação causarem, pelo contrário, uma diminuição nas despesas, o empreendedor não poderá reclamar nenhuma parte desse benefício, que será adquirido pela administração.

A doutrina tinha percepções divergentes a respeito dessa cláusula: Doussaud explicava-a como "*uma derrogação ao direito comum*" que "*cria em benefício da*

administração um direito exorbitante contrário a todos os princípios"²⁰⁸. Lechallas não via "uma derrogação absoluta do direito civil", pois "o artigo 1.144 do Código afirma que, em matéria de obrigação de fazer, o credor pode, em caso de inexecução, fazer executar ele próprio a obrigação às custas do devedor"²⁰⁹. Não havia discordância, contudo, em torno do fato de que os *marchés* para execução de

²⁰⁸ "O artigo 35 constitui uma derrogação ao direito comum e cria em benefício da administração um direito exorbitante contrário a todos os princípios. Pode-se dizer que quanto um empreendedor trata com um particular ele fica submetido ao direito comum; mas que, quando, ao contrário, ele faz um contrato de trabalhos com o Estado, um departamento ou uma comuna, ele se encontra por isso mesmo, colocado fora do direito comum. Quer seja sob a direção dos engenheiros militares ou dos engenheiros civis, ou simples arquitetos, o resultado é o mesmo. Não é que esses funcionários, teóricos muito eruditos e muito honestos, sejam capazes da menor indelicadez, mas porque, entre outras razões: 1º as estipulações do caderno de encargos e das cláusulas e condições gerais são absolutamente draconianas e leoninas; 2º eles se crêem, defendendo os interesses públicos, obrigados a aplicar esses artigos literalmente; 3º enfim, não podendo tudo ver e tudo dirigir eles próprios, eles são obrigados depender de agentes por vezes muito zelosos, geralmente mal dispostos. Isso se tornou de tal evidência para os trabalhos militares, depois das empreitadas dos fortes de 1874 a 1878, que nós nem falaremos disso. Se o mal é menor nas empreitadas executadas sob as ordens dos engenheiros de Pontes e Caminhos, ele é ainda tal, que uma reforma pronta e decisiva se impõe imperiosamente. Hoje, sob o império de suas especificações e cadernos, depende absolutamente do bel-prazer do diretor dos trabalhos, que o empreendedor seja arruinado ou beneficiado pelo seu trabalho e por seus esforços, e coisa monstruosa, nenhuma jurisdição pode impedir esse resultado. O dia em que ele assim quiser, pela aplicação mais ou menos estrita das condições do contrato, o engenheiro paralisa ou ajuda a iniciativa do adjudicatário; facilita ou atrapalha a execução, torna-a ruínosa ou produtiva, permite a conclusão das obras ou paralisa totalmente a execução em pleno curso. Entre o arsenal de meios colocados à sua disposição, o mais terrível é, sem discussão: a *régie*. Jamais em nenhum contrato humano foi inserida cláusula semelhante àquela contida no artigo 35 acima reproduzido. Caberia à administração monárquica de 1811 inaugurar tal armadilha [traquenard], em um contrato sinalagmático. Sem dúvida, em princípio, e é uma disposição do nosso Código civil, artigo 1144, quando uma parte não executa aquilo ao que está obrigada, a outra parte pode não apenas demandar a rescisão do contrato com danos e juros, mas pode também obter uma autorização para fazer executar a obrigação às despesas de quem, obrigado, não se engajou em sua execução. Mas é necessário que ela peça a autorização da justiça e que a justiça a conceda. Enquanto que a *régie* organizada pelo artigo 35 é a administração quem comanda, é ela que aprecia, e também ela que decide. Ela é a juíza em sua própria causa, cláusula iníqua, verdadeiro anacronismo em nossa época de liberdade e igualdade de direitos. [...] Em resumo, as ordens dadas não podem nem devem ser discutidas, o engenheiro é o único juiz dos seus agentes, à sua vontade a *régie* é ou não aplicada". (DOUSSAUD, Alfred. *Les nouvelles clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des ponts et chaussées* (Cahier du 16 février 1892). Paris: A. Chevalier-Maresq & Cie., Éditeurs, 1903. p. 318-21. Traduzi e grifei).

²⁰⁹ "Antes de ingressar no estudo detalhado das disposições do art. 35, nós faremos observar que elas não constituem uma derrogação absoluta do direito civil, pois o artigo 1.144 do Código afirma que, em matéria de obrigação de fazer, o credor pode, em caso de inexecução, ser autorizado a fazer executar ele próprio a obrigação às custas do devedor. A colocação da obra sob o regime de *régie* [mise en *régie*] é apenas uma aplicação desse princípio, mas com a particularidade de que ela é pronunciada pela administração e não pelo tribunal. Quando se tratar de trabalhos aos quais o art. 35, ou uma disposição análoga, não for aplicável, a administração poderá invocar apenas o artigo 1.144 do Código civil e deve fazer pronunciar a colocação da obra sob o regime de *régie* pelo conselho de prefeitura". (LECHALLAS, Georges. *Manuel de Droit Administratif: Services des Ponts et Chaussées et Chemins Vicinaux*. Paris: Gauthier-Villars et fils, 1893. t. 2, fascículo 1, p. 215. Traduzi e grifei).

trabalhos públicos eram apenas uma "*espécie particular do contrato de aluguel*" previstos no Código civil²¹⁰.

A inovação mais significativa está no artigo 11: seus termos serão de capital importância para o próximo capítulo desta dissertação. Nele, regula-se uma submissão genérica do empreendedor a um tipo de poder de polícia da Administração. No exercício desse poder de polícia, o prefeito elaboraria regulamentos com base em proposições que lhe fossem encaminhadas pelo engenheiro-chefe; esses regulamentos seriam de cumprimento obrigatório pelo empreendedor.

Art. 11. Regulamentos para a polícia dos canteiros. **O empreendedor é obrigado a observar todos os regulamentos feitos pelo prefeito, com base na proposição do engenheiro chefe, para a polícia dos canteiros.** É proibido ao empreendedor fazer com que os trabalhadores trabalhem nos domingos e nos dias feriados. Essa regra não pode ser derogada a não ser em caso de urgência e em virtude de uma autorização escrita ou de uma ordem de serviço do engenheiro.

O artigo equivalente no caderno de encargos de 1833 era o 29 — que atribuía poder ao engenheiro-chefe para fazer "*os regulamentos necessários para a boa ordem dos trabalhos*" e indicava que eles só se tornariam obrigatórios depois de examinados pelo prefeito, que verificaria que eles "*não imporiam encargos novos ao empreendedor*". O caderno de encargos de 1866, em fórmula depois repetida pela versão de 1892, deslocou a competência normativa do engenheiro-chefe para a pessoa do prefeito, e eliminou a referência que vinculava a validade dessas regras gerais à inexistência de custos adicionais para o contratado da Administração. É dizer: de uma prerrogativa *embutida* no contrato, passou-se para uma previsão genérica de submissão a *um poder de polícia*. A pergunta era: o exercício desse poder de polícia genérico poderia impor custos adicionais ao contratado?

²¹⁰ "Assim como já dissemos, não existem disposições gerais relativas aos contratos que tenham por objeto a execução de trabalhos públicos, de onde a necessidade de recorrer às regras do direito civil, que a jurisprudência aplica também a tais contratos com uma certa independência. Nós acreditamos que é útil reproduzir aqui os dispositivos do Código aos quais será preciso reportar-se mais frequentemente; eles dizem respeito ao efeito das obrigações em geral e as estimativas e *marchés*, **espécie particular do contrato de aluguel.**" (LECHALAS, Georges. **Manuel de Droit Administratif: Services des Ponts et Chaussées et Chemins Vicinaux.** Paris: Gauthier-Villars et fils, 1893. t. 2, fascículo 1, p. 72. Traduzi e grifei). Esse entendimento também se reflete nas passagens, transcritas ao longo desse capítulo, em que se defendia a *aplicabilidade direta* do Código Civil aos contratos firmados pela Administração. Com Jèze, como se verá no próximo capítulo, a doutrina administrativista assumiria um discurso bastante diferente.

Léon Aucoc entendia ser "*evidente*" que, se os regulamentos impusessem ao empreendedor encargos que não houvessem sido assumidos nas estimativas técnicas associadas ao contrato, "*ele teria direito a uma indenização*"²¹¹. Para Lechalas, era "*claro*" que a imposição de condições "*contrárias à letra ou ao espírito do caderno de encargos*" geraria direito a indenizações²¹², mas ele diz um pouco mais do que Aucoc: ele faz referência à submissão dos empreendedores aos "*regulamentos de polícia geral*" editados pela Administração como fundamento adicional para a sua posição.

É evidente que, se os regulamentos impuserem ao empreendedor condições contrárias à letra ou ao espírito de seu caderno de encargos, ele terá direito a indenizações, absolutamente como no caso das ordens de serviço dos engenheiros (ver art. 10). Os empreendedores são, além disso, naturalmente submetidos aos regulamentos de polícia geral (6 de julho de 1843, Mathey, polícia de transporte; 6 de agosto de 45, Calvé, estaca formando obstáculo de maneira contrária a uma ordem emitida no final dos trabalhos; 14 de novembro 84, Varangot, falta de remoção de material e dos materiais recusados depois de uma resilição, tais objetos ocupando uma parte da via pública)²¹³.

Doussaud, na mesma linha, enfatizava que "*o empreendedor, além da obrigação de obedecer às ordens que lhe fornecem os engenheiros, está submetido aos regulamentos locais de polícia para todas as precauções a tomar no interesse da ordem pública*" — e podia inclusive ser responsabilizado por homicídio ou por lesões corporais culposas caso não observasse as ordenanças de polícia e um acidente ocorresse. Ele faz pouco do silêncio do artigo 11 sobre a proibição de imposição de custos adicionais, e entende que os regulamentos editados pelo prefeito não podem criar novos custos para o empreendedor: se isso ocorrer, haverá direito ao pagamento de indenização²¹⁴.

Começava a ser esboçado, aqui, um modelo em que as cláusulas contratuais não esgotavam *todos* os pontos de contato entre a Administração e o particular:

²¹¹ AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Dunod, 1879. v. 2, p. 303.

²¹² LECHALAS, Georges. **Manuel de Droit Administratif: Services des Ponts et Chaussées et Chemins Vicinaux**. Paris: Gauthier-Villars et fils, 1893. t. 2, fascículo 1, p. 130-1.

²¹³ *Ibidem*, p. 130-1. Traduzi e grifei.

²¹⁴ DOUSSAUD, Alfred. **Les nouvelles clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des ponts et chaussées** (Cahier du 16 février 1892). Paris: A. Chevalier-Maresq & Cie., Éditeurs, 1903. p. 149-50. Traduzi.

além das questões reguladas via contrato, a Administração continuava podendo interferir em outros pontos da conduta de seu contratado por meio do exercício do poder de polícia. De início, como se viu, a solução encontrada pela doutrina foi afirmar que esse poder de polícia genérico não poderia impor custos adicionais ao contratado — resolvendo tais controvérsias em sede de indenização. No próximo capítulo, nós veremos o que aconteceria quando os poderes públicos tentassem utilizar esse poder genérico para *modificar* cláusulas dos contratos firmados com particulares.

C. O caráter especial das concessões

Quase tudo aquilo que precisava ser dito sobre os contratos da Administração durante o século XIX foi explicado nos dois tópicos anteriores. Resta examinar um ponto complementar: a natureza das concessões. Enfrentar esta questão é importante, em primeiro lugar, porque a literatura da época falava que esses contratos possuíam características peculiares. É preciso que esta dissertação analise esse tópico: a menos que ela o faça, um argumento difuso baseado na "natureza especial da concessão" poderá ser levantado como objeção contra a afirmação, feita aqui, de que todos os contratos feitos pela Administração durante o século XIX eram regidos pela lógica do direito privado. Além disso, a teoria do contrato administrativo começará a se desenvolver, no século XX, justamente em torno dos contratos de concessão. Compreender como eles funcionavam antes da formulação dessa teoria permite identificar com mais precisão os pontos em que a teoria do "contrato administrativo" à francesa apresentou alguma inovação.

A primeira coisa que se deve ter em mente quando nós estudamos as concessões no século XIX é que o termo "concessão" possuía um significado diferente do atual. Quando pensamos, hoje em dia, em "concessões" e "contratos", nós automaticamente lembramos de "concessões de serviços públicos". Essa não é a *única* acepção do termo (há, por exemplo, concessões de direitos de lavra e concessões de direitos sobre campos petrolíferos — que são certamente diferentes em essência de concessões de *serviços públicos*), mas é provavelmente a mais difundida entre nós. Pois bem: no século XIX, uma "concessão" não era uma concessão "de serviço": era literalmente uma *concessão de direitos de uso sobre algum bem ou direito incorporado ao patrimônio do Estado*. Quando aplicada ao

campo dos trabalhos públicos, a concessão era *uma modalidade negocial* para viabilizar financeiramente uma relação obrigacional. Nela, o contratado da administração pública recebia *direitos de uso* da estrutura que houvesse sido construída com os seus próprios esforços e direito de receber remuneração dos particulares que utilizassem aquela estrutura, cobrando deles taxas como se fosse o próprio Poder Público. Com isso, reduziria a zero o custo da Administração decorrente do contrato.

Há cinco modos de execução dos trabalhos públicos: a execução *por jornada*, como no assentamento de pedras das rotas pelos reparadores d estradas e os trabalhadores auxiliares, pagos por jornada; — a execução em *régie* simples ou *por economia*, sob a direção de um preposto do Estado, tal qual um condutor das pontes e caminhos; — a execução em *régie* interessada, na qual o intermediado ou regente não é mais um agente da administração; — **a concessão, ou execução do trabalho por uma ou mais pessoas substitutas no direito da administração que, em lugar de pagar diretamente o concessionário, substitui-o no direito que ela própria teria de perceber, por exemplo, um pedágio ou um preço de transporte, daqueles que se beneficiarem do trabalho;** [...]. O quinto e último modo de execução é a *empreitada* ou *marché* de trabalhos públicos, que consiste, da parte da administração, em contratar com um empreendedor, comprometendo-se por meio de um preço acertado, e incorrendo nisso em certas chances de ganho ou de perda, em executar um trabalho determinado²¹⁵.

A palavra concessão é empregada sobretudo, na linguagem administrativa, para designar **os atos pelos quais o Estado, o departamento ou a comuna tratam com uma pessoa ou ordinariamente uma companhia que procede a executar trabalhos públicos, sob a condição de exercer todos os direitos do concedente e notadamente de perceber as taxas às quais a exploração das obras possa dar lugar.** Assim o concessionário que constrói uma ponte, um caminho de ferro, beneficia-se de todos os produtos que serão fornecidos pela exploração da ponte ou do caminho de ferro²¹⁶.

²¹⁵ DUCROCQ, Théophile. **Cours de Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Ernest Thorin, 1868. p. 290. Traduzi e grifei.

²¹⁶ BATBIE, Anselme. **Traité Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif**. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1868. t. 7, p. 276-7. Traduzi e grifei. Em outra passagem, ele define a concessão como ato de subrogação de direitos e ressaltando que a concessão de direitos de monopólio sobre uma área é uma das suas possíveis implicações financeiras: "**A concessão é um ato pelo qual a administração subroga nos seus direitos um particular ou uma companhia. É uma medida discricionária que não implica nenhum direito preexistente de parte do concessionário, e que é a fonte principal das ações adquiridas junto a esse último. Ela se distingue da simples autorização, que ordinariamente supõe um direito anterior cujo exercício é subordinado a uma permissão preliminar, mas cuja existência não decorre da realização dessa condição.**"

Nos contratos de concessão, **a administração coloca em seu lugar um particular, um indivíduo ou uma companhia, que permanece encarregada de buscar a seus custos e a seus riscos a realização do projeto determinado.** Ela se reserva apenas um direito de controle e supervisão para o efeito de impedir que não sejam descartadas as disposições do caderno de encargos, e não para imiscuir-se nos meios de execução, nem nos detalhes das operações que ela necessitar. Suas relações com o titular da concessão reduzem-se portanto a termos bastante simples para que as contestações esperadas sejam pouco numerosas^{217 218}.

A concessão, no entanto, era *de um bem*, e não *de uma atividade*. Que nós hoje estejamos acostumados a falar em concessões "de serviços" decorre de uma modificação conceitual que será examinada no próximo capítulo. A partir dessa chave de leitura nós já podemos entender por qual razão atividades como a construção e operação de canais, a construção e operação de estradas, a construção e operação de ferrovias e a construção e operação de redes de transmissão e distribuição de energia elétrica podiam ser efetuadas por meio da fórmula da concessão: é que, em todas elas, *era preciso utilizar um bem público*. Foi em virtude da necessidade de uso de um bem público que a Administração adquiriu,

Alguma vezes, é verdade, a palavra concessão é tomada no sentido de autorização; mas essa confusão decorre do fato de que o legislador não codificou as leis que regem essa matéria. A autorização não possui sempre, além disso, um caráter exclusivo em benefício daquele que a obtém; ela permite o exercício de uma faculdade que pode pertencer a vários, enquanto que a concessão confere um direito próprio à exclusão de todas as outras pessoas que o concessionário." (BATBIE, Anselme. **Traité Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif**. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1868. t. 7, p. 273-4). Destacando que a concessão gerava um monopólio *sobre a exploração da infraestrutura* construída pelo concessionário, v. CHRISTOPHLE, Albert. **Traité théorique et pratique des travaux publics**. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1862. t. 1, p. 601-2.

²¹⁷ DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7, p. 216. Traduzi e grifei.

²¹⁸ Enfatizando também os benefícios econômicos associados às concessões, uma obra especializada nas concessões ferroviárias do século XIX explica: "**o caráter distintivo do contrato de concessão é que o empreendedor ou a sociedade que se dedica a executar um trabalho, com ou sem subvenção, é remunerada por isso não diretamente pelo locador, mas pelo direito de perceber uma retribuição daqueles que farão uso do trabalho, compreendendo a taxa pelo uso dos trabalhos e o transporte pelo uso do material.**" (LEYGUE, Léon. **Chemins de Fer. Notion Générales et Économiques**. Paris: Librairie Polytechnique, 1892. p. 21). Traduzi e grifei. No mesmo sentido: "*a concessão de trabalhos públicos é um contrato do qual é difícil dar uma definição geral, pois ele não é regulado pela legislação e comporta, segundo as definições estipuladas e a natureza dos trabalhos aos quais se aplica, efeitos bem diferentes. Pode-se dizer que o traço específico desse contrato é que o empreendedor que procede à execução de um trabalho destinado ao público, em lugar de ser pago diretamente pela administração, obtém o direito de explorar o trabalho em seu benefício ao perceber, durante um tempo mais ou menos longo, uma taxa, um preço de transporte, uma indenização de mais-valia para se remunerar da sua indústria e das suas despesas.*" (AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Dunod, 1879. v. 2, p. 370. Traduzi e grifei).

de início, um caminho para regular essas atividades: a regulação era feita por meio das cláusulas da concessão — onde se regulava a atividade enquanto acessório da utilização de um bem público²¹⁹.

Concessões, no sentido de atos de transferência de um direito pertencente ao Estado, eram conhecidas desde o Antigo Regime²²⁰. Esses contratos, no entanto, passaram por modificações durante o século XIX — pois as concessões estruturadas sob um modelo simples de transferência de direitos de uso associadas a direitos de recebimento de taxas não tiveram êxito no desenvolvimento do setor de ferrovias: os custos associados à atividade e seus riscos eram demasiadamente elevados para que um modelo contratual estruturado apenas sobre esses dois direitos pudesse atrair a atenção de investidores privados. Como o desenvolvimento de uma rede ferroviária tão eficiente quanto a dos países vizinhos era imperativa

²¹⁹ E por isso Lechallas diria que o Estado, os departamentos e as comunas poderiam encarregar um concessionário de "*constituir em sua totalidade uma dependência do domínio público, cuja exploração lhe seria conferida durante um tempo determinado*" (p. 261), ou que o domínio público pode, mesmo já constituído, "*receber uma apropriação especial confiada a um concessionário. Esse é o caso dos tramways que, vista a sua importância e a sua semelhança com os caminhos de ferro, nós estudaremos a parte, em seguida a esses últimos, e que são objeto de uma legislação especial. Esses são também os casos dos equipamentos dos portos marítimos, da locação das praias, das balsas e das passagens de água, das pontes pedagiadas e das distribuições de água, de gás ou de eletricidade*" (p. 261-2). Mais adiante, ele ressaltaria que "*a iluminação pública entra naturalmente nas atribuições municipais; a iluminação privada é inteiramente livre desde que ela não faça uso das vias públicas. Quando, ao contrário, condutores ou canalizações deverem ser estabelecidos sobre essas vias, dois casos podem se apresentar. Ou se trata de um particular, não devendo obter benefício do condutor a não ser para o seu próprio uso, e então nada se opõe a que uma autorização lhe seja concedida a título de permissão de voirie, dado que disso não resulte inconveniente algum para a circulação, o prefeito sendo competente a esse respeito no que diz respeito à grande voirie (31 de julho 1896, de la Roche-Aymon). Ou então o uso deve ser coletivo e deve-se fazer comércio da exploração dessas instalações; então um ato de concessão deve regulamentar essa exploração e fixar uma tarifa máxima. Esses princípios se aplicam, de resto, às distribuições de água como ao caso da iluminação*" (p. 345-6). LECHALLAS, Georges. **Manuel de Droit Administratif: Services des Ponts et Chaussées et Chemins Vicinaux**. Paris: Gauthier-Villars et fils, 1898. t. 2, fascículo 2. Traduzi e grifei.

²²⁰ "*Se a concessão de trabalhos públicos não é tão antiga quanto o marché de trabalhos públicos, é possível encontrar, no entanto, numerosos exemplos na legislação francesa anterior a 1789; ela tem sua origem nas taxas sobre transportes estabelecidas mesmo pelos Romanos*". (AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Dunod, 1879. v. 2, p. 370. Traduzi). V. também CHRISTOPHLE, Albert. **Traité théorique et pratique des travaux publics**. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1862. t. 1, p. 553 e ss. (identificando a origem do contrato de concessão em uma concessão de direitos sobre um canal realizada em 1554). PASCALIS, Henri. **Droit Romain: Régime des Travaux Publics**; Droit Français: Détermination et Délimitation du Domaine Public en matière de routes et de chemins. Versailles: Imprimerie de E. Albert, 1881. De maneira mais abrangente, v. MESTRE, Jean-Louis, **L'arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir?**, Paris: RFDA, 2003; BESANÇON, Xavier. **Essai sur les Contrats de Travaux et de Services Publics**: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 2001; e WEIDE WEIDENFELD, Katia. **Histoire du Droit Administratif: Du XIV^e siècle à nos jours**. Paris: Economica, 2010.

para a França do século XIX²²¹, vários modelos de concessões, com diferentes graus de participação financeira e diferentes direitos atribuídos ao Estado e aos concessionários, foram elaborados e testados. Depois de ajustes que envolveram a consolidação de várias companhias ferroviárias em seis grandes empresas e a assinatura de contratos de concessão com vigência de noventa e nove anos²²², o sistema ferroviário francês finalmente começou a se desenvolver — e, de uma rede que tinha 3.558 quilômetros em 1851, passou-se a um conjunto de linhas com 16.994 quilômetros de extensão em 1869²²³.

Como resultado desse processo, surgiu um modelo de concessão diferente das simples outorga de direitos de cobrança de uso de um bem: emergiu um conjunto de normas *muito mais sofisticado*, desenvolvido para o setor ferroviário, e que depois serviria de modelo para outros tipos de concessão. As concessões ferroviárias eram negócios com uma estrutura econômica particular (envolvendo, de um lado, uma *garantia mínima de dividendos* oferecida pela Administração aos investidores, e uma permissão de *recompra antecipada* da concessão, de outro), e com previsões normativas autorizando — de maneira semelhante à previsão dos

²²¹ A relevância da questão econômica fica evidente em um discurso proferido pelo futuro imperador Luís Napoleão em 9 de outubro de 1852: "*Por espírito de desconfiança, algumas pessoas se dizem: o Império é a guerra. Eu digo que o Império é a paz. [...] Reafirma-se que os combates que eu irei conduzir são de uma outra ordem, econômica: nós temos imensos territórios a cultivar, rotas a abrir, portos a escavar, nossa rede de caminhos de ferro a completar. Nós temos, adiante de Marselha, um vasto reino para assimilar à França. Nós temos todos os portos do Oeste a aproximar do continente americano pela rapidez dessas comunicações que nós ainda não temos.*" (APRILE, Sylvie. *La Révolution Inachevée: 1815-1870*. Coleção Histoire de France. sob direção de Joël Cornette. Paris: Editions Belin, 2010. p. 374. Traduzi e grifei). Sobre o panorama econômico do Segundo Império, quando a rede ferroviária francesa apresenta um desenvolvimento mais acentuado, conferir também: BRAUDEL, Fernand; LABROUSSE, Ernest. *Histoire Économique et Sociale de la France, III: 1789-années 1880*. L'avènement de l'ère industrielle. Paris: Quadrige, 1993. p. 241-274 e 475-579; e DUBY, Georges (org.). *Histoire de la France: des Origines à nos Jours*. Paris: Larousse, 2006. p. 811-916.

²²² Sobre a história dos contratos de concessão e sua utilização no desenvolvimento do sistema francês de ferrovias, com narrativas dos diferentes sistemas implementados pelo governo francês e as suas sucessivas reestruturações, conferir: DE BLIGNIÈRES, André Le Barbier. *Des Rapports Financiers existant en France entre les Chemins de Fer et L'État*. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence, 1900; BOIS, Victor. *Les Chemins de Fer Français*. Paris: Librairie de L. Hachette et Cie. 1853; PICARD, Alfred. *Les Chemins de Fer Français. Étude Historique sur la Constitution et le Régime du Réseau*. Paris: J. Rothschild, 1884. t. 1 e 2; DUCHÉNE, Georges. *L'Empire Industriel: Histoire Critique des Concessions Financières et Industrielles du Second Empire*. Paris: Librairie Centrale, 1869; LEYGUE, Léon. *Chemins de Fer. Notion Générales et Économiques*. Paris: Librairie Polytechnique, 1892; VIGOUROUX, Eugène. *Législation et Jurisprudence des Chemins de Fer et des Tramways*. Paris: Ernest Thorin, 1886; FRANÇA, Ministério dos Trabalhos Públicos. *Loi et Règlements relatifs aux chemins de fer d'intérêt local et aux tramways*. Paris: Imprimerie Nationale, 1881.

²²³ APRILE, Sylvie. *La Révolution Inachevée: 1815-1870*. Coleção Histoire de France. sob direção de Joël Cornette. Paris: Editions Belin, 2010. p. 394.

cadernos de encargos dos contratos do Departamento de Pontes e Caminhos — interferências genéricas na atividade dos concessionários por meio do uso do poder de polícia geral da Administração. Essa primeira fase de desenvolvimento dos contratos de concessão é uma consequência do processo de industrialização: os modelos empregados em concessões de pontes e estradas, que funcionavam em uma economia agrária, tornaram-se insuficientes quando a realidade se torna mais complexa e apresenta necessidades que eles não podem controlar. Novos modelos, então, surgiram em seu lugar.

A despeito de todas essas modificações, a concessão continuava a ser vista na sua essência como ato de transferência de direitos referentes a um bem público e que funcionava de acordo com uma lógica contratual. As premissas fundamentais estabelecidas em contrato não poderiam ser alteradas, e a Administração não poderia tentar introduzir ou exercer, dentro do vínculo estabelecido com o concessionário, um poder que não houvesse sido previsto contratualmente.

As companhias concessionárias não são outra coisa que empreendedores de trabalhos públicos: toda a diferença que existe entre elas e os empreendedores ordinários é que estes recebem por preço de seus trabalhos um capital fixo pago de uma vez; enquanto os concessionários, que se encarregam de executar os trabalhos a seus riscos, são pagos pelo abandono de uma taxa temporária. **Essa diferença no modo de pagamento não produziu nenhuma na natureza das obras realizadas, e naquela do contrato feito entre a administração e os concessionários**²²⁴.

As concessões de trabalhos públicos possuem um caráter inteiramente diferente. A precariedade está bem longe de ser o seu signo distintivo. **Quer tenham elas sido obtidas depois de um concurso, quer por efeito da benevolência particular do governo, forma-se entre a administração e os concessionários um verdadeiro vínculo jurídico. O ato que toma lugar para fixar a sua situação apresenta todos os elementos constitutivos de um contrato** (ver art. 1101, C. Nap.). [...] Além disso, as concessões de trabalhos públicos **são contratos sinalagmáticos ou bilaterais, pois neles encontram-se duas partes contratantes assumindo compromissos de maneira recíproca uma em relação à outra**

²²⁴ DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7, p. 220. Traduzi e grifei. Contra, no entanto, ver Léon Aucoc, explicando que o falecimento do concessionário não causava o final da concessão — diferentemente do que ocorre nos contratos de empreitada. Aucoc menciona que os direitos e obrigações do concessionário são mais extensos do que os direitos de um empreiteiro, e que o artigo 1795 do Código Civil não seria aplicável a tal hipótese. A concessão, assim, "*não é um simples contrato de louage d'ouvrage*." (AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Dunod, 1879. v. 2, p. 378).

(art. 1102): de uma parte, o concessionário que contrata a obrigação de executar os trabalhos; de outra parte, a administração que se obriga seja ao pagamento da uma subvenção, seja a deixar perceber as taxas de trânsito ou de transporte, seja enfim à compra de terrenos ou à execução de certos trabalhos²²⁵.

Mas como decidir nos casos em que se trata não mais de dificuldades relativas à execução das obrigações assumidas pelo concessionário, mas de reclamações apresentadas por ele, no caso, por exemplo, em que a concessão lhe seja retirada antes do termo fixado ou seja reduzida pelo fato da administração? Aqui também o Conselho de prefeitura é competente para conhecer da disputa. De fato, ou o direito em virtude do qual a administração baseou-se para tocar o contrato é contestado, ou ele é reconhecido pelo concessionário. **No primeiro caso, é necessariamente preciso recorrer às cláusulas do contrato e pesquisar se as estipulações que ele contém autorizavam a medida que ela tomou.** Ora, essa pesquisa exige uma interpretação que é também da competência exclusiva da autoridade administrativa. Na segunda, não há mais a fazer do que regular as consequências da retirada da concessão ou da lesão efetuada aos direitos que disso resultam. No entanto, assim como nós destacamos ao estudar a natureza do contrato de concessão, não se trata de direitos reais imobiliários, de direitos de propriedade, como aqueles em relação aos quais é preciso proceder como em matéria de desapropriação, cuja supressão ou diminuição procedendo do fato da administração só possa dar lugar a debates diante da autoridade judiciária²²⁶.

Estava-se longe, ainda, da doutrina que entendia que as concessões "não possuíam natureza contratual" e que nelas a Administração necessariamente poderia utilizar prerrogativas inseparáveis de sua posição de supremacia — mesmo que elas não houvessem sido escritas. Que a lógica do século XIX era diferente da atual ficou evidente nos casos em que a Administração, sem previsão contratual autorizativa, tentou proceder à recompra de concessões. A doutrina, analisando essas situações, destacou que em razão da ausência de previsão contratual que

²²⁵ CHRISTOPHLE, Albert. **Traité théorique et pratique des travaux publics**. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1862. t. 1, p. 555. No mesmo sentido: *"nesses termos, e levando em consideração o caráter essencial que nos lhe reconhecemos, o direito do concessionário é absoluto, e ele não é suscetível, retrospectivamente, de nenhuma modificação. O contrato de concessão é a lei da administração, como do concessionário; a ele não pode ser feito dano sem o consentimento recíproco das partes que nele figuraram. Os acordãos dos prefeitos ou as decisões dos ministros, que têm por objeto seja impor ao concessionário a execução de um trabalho que não havia sido previsto, seja de interpretar em um sentido restritivo a tarifa anexada ao ato de concessão, deixam intactos os direitos que deles resultam, e não possuem o poder de criar encargos novos ou de modificar as condições impostas."* (*Ibidem*, p. 600. Traduzi e grifei).

²²⁶ CHRISTOPHLE, Albert. **Traité théorique et pratique des travaux publics**. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1862. t. 2, p. 450-1. Traduzi e grifei.

autorizasse essa recompra, ela não poderia ser realizada. Excepcionalmente, ela se tornaria possível mediante *leis especiais autorizativas*.

Ora, no contrato de concessão, o concessionário, pelo menos ordinariamente, obtém em troca das suas obrigações o concurso do Estado nos trabalhos, e o direito atualmente certo de perceber o produto do trânsito ou do transporte. Sem dúvida, esse produto será mais ou menos elevado segundo as circunstâncias; mas quanto à obrigação assumida pelo Estado de deixar perceber esses produtos, ela não possui nada de aleatório, nem é subordinada a um evento incerto; **ela é atual, irrevogável, salvo nos casos previstos e ordinários de resolução do contrato, e ela constitui um direito adquirido**, o que não permite dizer que a convenção pela qual ela foi estipulada possui um caráter aleatório²²⁷.

Pode-se destacar que o caderno de encargos tipo não possui nenhum dispositivo no que diz respeito à recompra [*rachat*] das concessões de pontes com pedágio, e no entanto há poucas concessões que sejam mais submetidas a essa operação. **Ora, até 1880, nenhuma disposição legislativa geral permitia esse procedimento, na ausência de um entendimento amigável**, pois a lei de 3 de maio de 1841 sobre a expropriação é inaplicável a esse caso, pois ela diz respeito apenas às expropriações de imóveis e a fixação de indenizações mobiliárias conexas a essas expropriações; ora, o direito dos concessionários sobre uma ponte é puramente mobiliário, de acordo com um princípio geral. [...] **Nessas condições, pode-se encontrar alguma ironia em certos decretos que autorizavam uma recompra, seja amigavelmente, seja por qualquer outra via legal** (26 de agosto de 1865, ponte de Argentat; 20 de dezembro de 65, pontes de Lyon). **De fato, quando o caderno de encargos fosse mudo e não houvesse acordo, uma lei especial seria necessária**, e era prática inserir nela dispositivos análogos aos que nós indicamos acima (II, 1ª parte, p. 342) a propósito da recompra dos canais (leis de 6 de julho de 1862, ponte de Bordeaux; 27 de agosto de 76, ponte de Pont-sur-Seine). Essa situação era reprovável, e a ela foi dado fim pela lei de 30 de julho de 1880, que fixou as regras gerais para a recompra, sob reserva das disposições especiais que se encontrassem sobre esse assunto nos atos de concessão²²⁸.

O governo está, atualmente, com a prática geral de reservar em seu benefício a faculdade de recomprar as concessões, em circunstâncias e em condições determinadas. **Nós nada temos a dizer sobre essa cláusula, a não ser que ela segue, em sua execução, o destino de todas as estipulações inseridas no caderno de encargos**. Mas, no silêncio do contrato, o Estado teria a faculdade de efetuar a recompra; essa faculdade lhe pertenceria de pleno direito? Nós fomos perguntados essa questão em relação aos

²²⁷ CHRISTOPHLE, Albert. **Traité théorique et pratique des travaux publics**. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1862. t. 1, p. 556-7. Traduzi e grifei.

²²⁸ LECHALAS, Georges. **Manuel de Droit Administratif**: Services des Ponts et Chaussées et Chemins Vicinaux. Paris: Gauthier-Villars et fils, 1898. t. 2, fascículo 2, p. 315. Traduzi e grifei.

caminhos de ferro, e nós a resolvemos no sentido de que os titulares da concessão seriam atingidos apenas por uma lei especial²²⁹.

Pode-se encontrar, na doutrina francesa de meados do século XIX, várias referências ao "caráter especial" dos contratos de concessão²³⁰. Esse caráter, no entanto, decorre sobretudo da *qualidade pública* dos bens envolvidos na concessão, e não prejudica o que se disse acima sobre a natureza contratual do vínculo.

Até 1847, o Estado reconhecia que as concessionárias tinham direitos de propriedade sobre os bens construídos ao longo da concessão; com o final da concessão, esses bens passariam ao patrimônio do Poder Concedente. Uma lei de fevereiro de 1849, todavia, criou tributos sobre os bens das concessionárias. Em reação, elas apresentaram a tese de que, em virtude do artigo 538 do Código Civil²³¹, não poderiam ser proprietárias dos bens públicos abrangidos pela concessão, e tinham sobre eles apenas direitos limitados de uso. O Conselho de Estado *acolheu* essa argumentação em 1851; a Corte de Cassação, em 1865²³². A doutrina, fazendo eco a esse movimento, deteve-se sobre a natureza do direito que o concessionário possuía sobre os bens que usava — e viu aí um direito ímpar, diferente da propriedade, que estava dentro do complexo de direitos obrigacionais emergentes da concessão.

²²⁹ DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7, p. 214-5. Traduzi e grifei. p. 219. Ver também AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées**. Paris: Dunod, 1869. t. 1, p. 378.

²³⁰ V., por todos, os conceitos apresentados por Gabriel Dufour e Léon Aucoc: (a.) "*Nós não diremos assim da concessão, o que dissemos da adjudicação, que ela não se contém sob a forma administrativa, que é uma convenção prevista e regulada pelas leis civis. É da última evidência que ela difere de todas as estipulações do direito comum, pelo fundo não menos que pela forma, e que assim, ela constitui um contrato de uma natureza toda especial, um contrato sui generis, para falar a linguagem dos doutores.*" (DUFOUR, *op. cit.*, p. 213; (b.) "*O contrato de concessão é uma convenção que tem um caráter especial e que não possui análogo no direito civil. Ele se aproxima muito, por certos aspectos, do marché de trabalhos públicos, mas dele se distancia também por aspectos essenciais. As regras que regem esse contrato não se encontram frequentemente nem nos textos de leis, nem nos regulamentos. Elas se encontram, geralmente, apenas nas convenções feitas com os concessionários, nos cadernos de encargos especiais a cada empreitada.*" (AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Dunod, 1879. v. 2, p. 373).

²³¹ Art. 538. Os caminhos, rotas e ruas à cargo do Estado, os rios e cursos d'água navegáveis, as costas, as faixas de terra formadas por aluvião e os terrenos que surgem com a modificação do nível do mar (*lais et relais de la mer*), os portos, enseadas, deltas, e de maneira geral todas as porções do território francês que não são suscetíveis de propriedade privada, são consideradas como dependências do domínio público.

²³² BESANÇON, Xavier. **Essai sur les Contrats de Travaux et de Services Publics**: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 2001. p. 374-5.

O concessionário não é nem proprietário, nem usufrutuário, nem locatário da via que lhe é concedida, **ele não possui sobre ela nenhum direito real pois o domínio público não pode disso ser objeto**; por consequência ele não pode transferir direitos reais sobre a sua concessão, notadamente ele não pode hipotecá-la ²³³.

Como deve ser caracterizado o direito de um concessionário de caminho de ferro, e a qual título ele entra na classificação dos direitos reais reconhecidos pela lei? O solo da via não pertence à companhia quando o Estado houver construído a via, pois os terrenos terão sido adquiridos pelo Estado em seu nome. Se a companhia houver construído a via, pago os terrenos com o dinheiro de seus acionistas, o caminho de ferro pertence ao domínio público? Se ele for rebaixado, a companhia será proprietária do solo e poderá fazer sua venda em seu benefício? O artigo 1º da Lei de 15 de julho de 1845 diz que os caminhos de ferro pertencem à *grande voirie*, o que não resolve a questão da propriedade. **O que a decide, para nós, é que a companhia não pode desapropriar a não ser em virtude de uma subrogação nos direitos do Estado; ela adquire pelo Estado e, se paga os terrenos, é um encargo da sua concessão** ²³⁴.

Os concessionários possuem a propriedade dos trabalhos que eles executaram e que exploram? No sistema de concessões temporárias, tal qual praticado na França há cinquenta anos, os concessionários possuem apenas um direito de gozo, que não é nem assimilado a um direito de usufruto ou de enfiteuse, e que é considerado como puramente mobiliário. A jurisprudência do Conselho de Estado e aquela da Corte de cassação estão de acordo sobre esse ponto. **Elas consideram que os trabalhos, construídos à conta da administração e afetados ao uso do público, fazem parte do domínio público, mesmo durante o prazo da concessão** ²³⁵.

Esse objetivo exigiu por vezes, da doutrina, esforços inclusive para desconsiderar os textos de alguns contratos de concessão — que falavam em "*subrogação do Estado nos direitos de propriedade do concessionário*" quando do final da concessão. Dufour desvia da questão dizendo que esta é uma "*má expressão*" que deveria ser interpretada de maneira teleológica, e que não fazia com que o concessionário devesse ser considerado como proprietário dos bens que, em virtude da concessão, havia construído ou operado:

²³³ LEYGUE, Léon. **Chemins de Fer. Notion Générales et Économiques**. Paris: Librairie Polytechnique, 1892. p. 21.

²³⁴ BATBIE, Anselme. **Traité Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif**. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'État, 1867. v. 5, p. 404. Traduzi e grifei.

²³⁵ AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Dunod, 1879. v. 2, p. 376-7. Traduzi e grifei.

Esta análise dos elementos do contrato de concessão permite-nos caracterizar a sua natureza e os seus efeitos. É em vão que se procurará relacionar às convenções do direito comum as vinculações que ele exprime. Essas vinculações, tal como as havemos definido, possuem por objeto apenas uma empreitada destinada a um serviço público. Ao mesmo tempo que o seu uso é particular à administração, **elas são aplicáveis apenas às coisas que, desde que afetadas a uma necessidade comum, escapem, pelo mérito da sua destinação, ao império da propriedade privada.** [...] Os cadernos de encargos, é verdade, declaram, ordinariamente, que apenas pelo fato da expiração, o governo será subrogado em todos os direitos da companhia à propriedade das obras. **Mas há aqui uma má expressão empregada para bem fazer compreender que, naquele momento, todos os direitos exercidos para realizar a percepção são encerrados. A taxa e o direito de percebê-la, aí está o que resta ao concessionário: para ele, tudo está aí**²³⁶.

Contratos de concessão, nessa perspectiva, passaram a ser vistos como a reunião de dois tipos de contratos: um contrato de empreitada, pelo qual o concessionário se comprometia a efetuar as obras estipuladas nas especificações técnicas que acompanhavam o contrato, e um contrato de cessão de direitos que lhe garantissem a possibilidade de gozo de uma parte do domínio público — para, assim, auferir a remuneração em virtude da qual havia acedido ao contrato em primeiro lugar. Essa combinação peculiar de vínculos, aliada à natureza ímpar do direito de concessão, tornava a concessão um contrato *sui generis*.

²³⁶ DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7, p. 213-5. Em outra passagem, compreendida no mesmo intervalo de páginas, Dufour protesta de maneira mais veemente contra a doutrina que atribui ao concessionário direitos de propriedade: *"É à percepção das taxas que é preciso se fixar; ela representa o preço inteiro da empreitada para a companhia encarregada de executá-la; a companhia, depois da realização dos trabalhos, fica investida dos direitos de percepção, e unicamente desses direitos. Que se deveria pensar da doutrina que empresta ao concessionário, independentemente dos produtos da tarifa, um direito sobre a obra, e tende a lhe fazer considerar como proprietário? Ela implica o completo esquecimento da origem e do fim da concessão. A empreitada não pode ser concebida em vista de interesses e executada em virtude de direitos privados. Os privilégios aos quais se deve o triunfo sobre todas as resistências, no curso da execução, pertencem apenas à utilidade pública; e é também apenas em favor dessa utilidade e para responder às suas exigências, que a lei pode consentir a autorizar o estabelecimento de uma taxa, cuja generalidade de uso à qual ela está ligada transforma-a em um verdadeiro imposto. O concessionário é apenas, para a administração, um intermediário encarregado, por meio de um preço, de um trabalho cujo resultado, em razão da sua afetação, deve permanecer no domínio público e resiste à marca da propriedade privada. A posição do concessionário não é diferente daquela possuída pelo adjudicatário que conduz até o final a sua empreitada, com a diferença de que este é pago pela destinação da soma estipulada, enquanto que aquele deverá encontrar o seu preço nos produtos de uma taxa a perceber. A obra, uma vez executada, não é mais a propriedade de um do que de outro; e se o concessionário permanece como preposto ao uso do qual é suscetível, é unicamente para buscar a percepção dos produtos que lhe são prometidos"*. Traduzi e grifei.

Ilustrando esse raciocínio, Eugène Vigouroux anotaria que "*é impossível assimilar a concessão a um contrato qualquer do direito privado*", pois a natureza pública dos bens nela envolvidos faz com que eles não possam ser "*gozados por uma pessoa privada a título de usufruto, de enfiteuse ou de aluguel*". A concessão, assim, deveria ser vista como um negócio ímpar, com um "*seu objeto completamente diferente*" daquele apresentado por negócios de direito privado. Nem propriedade, nem aluguel, nem usufruto: o direito que as concessionárias possuiriam sobre as instalações que construíssem seria "*um direito especial a título de concessão*".

É um problema particularmente delicado e difícil de resolver aquele que diz respeito à determinação da natureza íntima do direito de concessão. As companhias possuem certamente o direito de gozar do caminho de ferro; mas a qual título? Seu contrato possui a natureza de um aluguel, de um usufruto, de uma enfiteuse? É radicalmente impossível assimilar a concessão a um contrato qualquer do direito privado: o objeto, o fim, a forma, tudo é diferente. Se podem existir analogias, a identidade de natureza é impossível. **Um objeto compreendido no domínio público, um objeto inalienável, como a via férrea, não pode ser gozado por uma pessoa privada a título de usufruto, de enfiteuse nem de aluguel, no sentido ordinário dessas palavras.** Esses direitos e esses contratos dizem respeito a uma matéria essencialmente alienável e de uma natureza inteiramente oposta àquela dos caminhos de ferro. **O objeto é portanto completamente diferente.** Que ocorreria se examinássemos em detalhe o fim e a forma das concessões, comparadas com os diferentes direitos de gozo da ordem privada! Toda assimilação é portanto impossível. É verdade que a lei de 11 de julho de 1866 afetou de uma maneira expressa, à caixa de amortização, a nua propriedade dos caminhos de ferro cujo gozo havia sido concedido e deveria ser devolvido ao Estado. Mas mesmo quando se supunha que a atenção do legislador havia sido particularmente fixada sobre a natureza do direito de concessão, o que está longe de ser exato, o texto supra, não mais do que a lei de 15 de janeiro de 1845, onde o explorador do caminho de ferro era qualificado como locatário, não pode fazer violência à natureza das coisas. Deve-se entender essas expressões de um quase-direito de nua propriedade e de um quase-direito de gozo, que, no domínio do direito público, possuem entre eles as mesmas relações que a nua propriedade e o usufruto ordinário no domínio do direito privado. **Por mais chocantes que sejam as analogias, as companhias não são portanto verdadeiramente nem usufrutuárias nem locatárias: elas gozam em virtude de um direito especial e a título de concessão**²³⁷.

²³⁷ VIGOUROUX, Eugène. **Législation et Jurisprudence des Chemins de Fer et des Tramways.** Paris: Ernest Thorin, 1886. p. 165-6. Traduzi e grifei.

Era este, em suma, o panorama no qual se inseriam contratos firmados pela Administração durante o século XIX: (a.) contratos de direito privado, firmados pelo *État propriétaire*, (b.) eventualmente com poderes derogatórios do direito comum ou (c.) com traços especiais decorrentes da natureza inafastavelmente pública dos bens cujo uso era cedido em virtude de contrato. A partir do final do século, essa estrutura seria modificada: como veremos a seguir, uma parte dos contratos de concessão deixa de envolver a concessão *de bens* para envolver a concessão *de serviços*; a Administração passaria a possuir poderes implícitos nessas relações, que chegam a perder sua natureza contratual; e o discurso da doutrina administrativista construiria a categoria dos contratos administrativos, regidos não mais pelos dispositivos do Código Civil, mas apenas pelos seus "princípios" — uma manobra retórica empregada para aumentar a latitude decisória do Conselho de Estado e deixar claro que se estava diante de uma categoria jurídica apartada dos contratos de direito privado.

Capítulo 2 — A Terceira República e suas conseqüências

§ 1º Fatores políticos, sociais e econômicos

A República nasce com a derrota francesa para a Prússia na batalha de Sedan em 1870. Em seu início, ela precisou dar conta não apenas dessa guerra externa, mas também de uma guerra civil entre uma Assembleia monarquista e a Comuna de Paris. A pacificação social foi feita por meio **da afirmação dos valores republicanos** e da **democratização do poder**, com a ampliação do sufrágio e o ingresso na arena da política de grupos de interesse antes mantidos em silêncio. Na expressão de Giannini, é o momento em que o Estado Liberal do século XIX, representante dos interesses de apenas um grupo social, dá lugar ao Estado Pluriclasse — onde diferentes grupos passam a ter voz e a disputar a conversão de suas preferências em lei²³⁸. Esse movimento se reflete em um aumento de autoridade da lei diante da Administração Pública: a lei deixa definitivamente de ser *limite* à ação pública, como explicado no capítulo anterior, para ser vista como seu *fundamento necessário*²³⁹.

²³⁸ Na síntese de Luis Ortega: "*Em todo caso, a pluralidade e a heterogeneidade dos interesses públicos colocaram em crise o conceito fundamental que havia inspirado, desde a origem, a administração e o direito administrativo, qual seja, a existência de alguns interesses que, pela sua qualidade e enquanto expressão da vontade da Nação, são ontologicamente diferentes dos interesses privados. O aparecimento, portanto, do Estado pluriclasse coloca em evidência o fato de que os interesses públicos são heterogêneos e contraditórios assim como os próprios interesses dos grupos sociais que neles se representam. O mítico interesse público da Nação torna-se assim um mero interesse de grupo. Nesta época, a administração ocupa-se dos interesses de grupo que vinham tutelados com técnicas de direito público.*" (ORTEGA, Luis. L'evoluzione delle basi costituzionali del diritto amministrativo. In: D'ALBERTI, Marco (org.). **Le nuove mete del diritto amministrativo**. Bologna: Il Mulino, 2010. p. 154-5. Traduzi e grifei). No mesmo sentido, também utilizando a expressão "Estado Pluriclasse" de Giannini: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de Derecho Administrativo**. 3. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. v. 1, p. 69 e ss.

²³⁹ "**A segunda metade do século XIX é a época em que se afirmam as tendências democráticas na França mediante a ampliação do sufrágio. Adquirem, assim, maior peso o Parlamento e a lei a respeito da Administração pública. A isto se adicionam as preocupações - já antes aludidas - do liberalismo e do positivismo de manter o consenso dos governados em relação aos governantes e de conferir um fundamento seguro positivo ao Direito. Dessa mistura heterogênea desenvolve-se o princípio da legalidade, segundo o qual a Administração pública está submetida (apenas) à lei. O princípio de legalidade, na sua origem, possui esse significado: nas relações Administração-cidadão, define e limita a autoridade da primeira a respeito dos segundos; por exemplo, estabelece que não se possa dispor do direito de propriedade, por desapropriação, a não ser por motivos determinados em um primeiro momento de utilidade pública e, mais tarde, de interesse público. Mais adiante, esse princípio se imporá também nas relações Administração-Governo, onde, em contrapartida, legitimará e delimitará os poderes da Administração a respeito do governo e adquirirá ainda outros significados (regra de funcionamento da Administração, ato de organização, disciplina das relações interorgânicas,**

Há, posteriormente, uma **frustração geral com a política**, especialmente depois do Caso Dreyfus²⁴⁰. Ocorre um acirramento das diferenças entre direita e esquerda: as posições centristas tornam-se insustentáveis, e, novamente, a solução de pacificação encontrada é o cerramento de fileiras em torno da defesa da República — que precisa, em 1899, da sustentação do bloco parlamentar formado pelas esquerdas. Com isso, a **República dá uma guinada para a esquerda**, especialmente a partir das eleições de 1902²⁴¹. Paralelamente, **os juristas veriam nos problemas da política uma espécie de chamado**²⁴² para criar um sistema de regras que pudesse servir como limitação à onipotência parlamentar e, ao mesmo tempo, como esteio seguro à condução da sociedade — o que se refletiria em doutrinas jurídicas que procuravam identificar elementos externos à vontade política que pudessem servir como fundamentos necessários do Direito.

Esses movimentos produzem, globalmente, uma **inclinação social-republicana** — que se traduz, em um primeiro momento, **em um maior respeito à lei e uma maior consciência cívica coletiva**; na segunda afirmação da República, também em **um distanciamento do liberalismo do século XIX**. O artigo 3 da lei constitucional de 25 de fevereiro de 1875, nessa linha, afirmava que cabia ao

etc.)". CASSESE, Sabino. **Las Bases del Derecho Administrativo**. Trad. de Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994. p. 57-8. Traduzi e grifei.

²⁴⁰ Para uma detalhada narrativa do Caso Dreyfus e de suas consequências sobre a sociedade francesa, ver DUCLERT, Vincent. **La République Imaginée: 1870-1914**. Paris: Éditions Bélin, 2010. (Coleção Histoire de France, sob a direção de Joël Cornette). Para análises políticas, econômicas e sociais do período, ver BRAUDEL, Fernand; LABROUSSE, Ernest. **Histoire Économique et Sociale de la France, III: 1789-années 1880. L'avènement de l'ère industrielle**. Paris: Quadrige, 1993; MORABITO, Marcel. **Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)**. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2010; e DUBY, Georges (org.). **Histoire de la France: des Origines à nos Jours**. Paris: Larousse, 2006. p. 921-997.

²⁴¹ "As maiorias e os governos que dirigiram a França no início do século XX infletiram a República à esquerda. Três nomes se impõem para ilustrar essa política que rompe com o conservadorismo da década precedente: o moderado Pierre Waldeck-Rousseau, que forma a nova maioria dita de 'Defesa republicana' e o governo de mesmo nome de junho de 1899 a junho de 1902; o radical Émile Combes, que lhe sucederá por três anos de governo do Bloco das Esquerdas e por mais um ano, depois das eleições gerais que haviam dado a vitória à esquerda; Jean Jaurès enfim, que foi onipresente durante todo o período, tanto para sustentar a participação de um socialista no governo de 'Defesa republicana' como para conduzir o seu grupo à unidade. Animador do 'ministério da palavra' a partir de seu retorno à Câmara em 1902, Jaurès se dedica sem descanso para fazer exitosa uma fórmula política nova, a República à esquerda, e com isso evitando a guerra civil e a violência política." (DUCHÉNE, Georges. **L'Empire Industriel: Histoire Critique des Concessions Financières et Industrielles du Second Empire**. Paris: Librairie Centrale, 1869. p. 411. Traduzi e grifei. Para uma descrição do período da *République à gauche*, ver p. 411-75, e depois um balanço geral às p. 699-707).

²⁴² BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 223 e ss.

Presidente da República apenas "*supervisionar e garantir a execução das leis*"²⁴³; o poder legislativo seria exercido apenas pela Câmara de deputados e pelo Senado²⁴⁴. É também o momento em que, no plano institucional, o Conselho de Estado é tornado independente do Chefe de Estado: fala-se, a partir de agora, que a justiça deixa de ser retida e passa a ser delegada²⁴⁵. O Conselho de Estado, a despeito disso, era visto pela população como uma instituição com uma forte aparência imperial. O seu esforço para adaptar-se à ordem republicana na qual ele passava a estar inserido faria com que numerosos institutos de Direito Administrativo fossem modificados em suas decisões. Prosper Weil viu nesse momento um "milagre" de nascimento do Direito Administrativo²⁴⁶; também é possível, no entanto, ver nesses episódios uma sequência de ações *estratégicas* do Conselho — que, utilizando o seu papel-chave no arranjo institucional francês, efetuou a sintonia fina dos institutos forjados durante o início do século XIX às novas necessidades do tempo.

No plano econômico, o vetor de pressão vem da **intensificação da industrialização** e, especialmente, da **segunda revolução industrial**. A sociedade francesa estava em transformação desde meados do século XIX. Uma ciência relativamente nova, a sociologia, buscava compreender de que maneira as transformações sociais afetavam a conduta dos indivíduos: o final do século assistiria às publicações de Émile Durkheim sobre as regras do método sociológico e a função da divisão do trabalho na manutenção da coesão social. O Estado, nessa nova sociedade, havia ampliado o seu campo de atuação desde o início do século, e estava cada vez mais envolvido em atividades de cunho industrial — destacou-se, no capítulo precedente, a relevância estratégica que o desenvolvimento de uma rede nacional de ferrovias possuiu durante o Segundo Império. A relevância dessa sua

²⁴³ Lei constitucional de 25 de fevereiro de 1875. Art. 3. O Presidente da República possui a iniciativa das leis, de maneira concorrente aos membros das duas câmaras. Ele promulga as leis quando eles houverem sido votadas pelas duas câmaras; ele as supervisiona e garante a sua execução. Ele possui o direito de fazer graça; as anistias só podem ser garantias por uma lei. Ele dispõe da força armada. Ele nomeia todos os empregados civis e militares. Ele preside as solenidades nacionais; os enviados e os embaixadores das potências estrangeiras são acreditados perante ele. Cada um dos atos do Presidente da República deve ser contrafirmado por um ministro.

²⁴⁴ Lei constitucional de 25 de fevereiro de 1875. Artigo primeiro. O poder legislativo é exercido por duas câmaras: a Câmara dos deputados e o Senado. A Câmara dos deputados é nomeada pelo sufrágio universal, nas condições determinadas pela lei eleitoral. A composição, o modo de nomeação e as atribuições do Senado serão regulados por uma lei especial.

²⁴⁵ Lei de 24 de maio de 1872. Art. 9. O Conselho de Estado decide soberanamente sobre os recursos em matéria contenciosa administrativa, e sobre as demandas de anulação por excesso de poder apresentados contra os atos das diversas autoridades administrativas.

²⁴⁶ WEIL, Prosper. **Derecho Administrativo**. Trad. de Luis Rodríguez Zúñiga, adaptada à décima edição do original por Javier García de Enterría L.-Velázquez. Madri: Editorial Civitas, 1986.

atuação industrial colocava pressão sobre a noção de que o Estado atuava com uma dignidade diferenciada apenas quando empunhasse a *puissance publique*. Disputas entre o Estado e os seus concessionários causavam uma frustração com o que era percebido como uma ânsia excessiva de lucro por parte das concessionárias — e uma falta de vontade em efetuar investimentos em suas instalações que evitassem um cenário de defasagem tecnológica. Paralelamente, o Estado percebeu-se *menos dependente* dos concessionários para levar a cabo grandes projetos de construção.

Tudo isso, como se verá a seguir, teria reflexos na doutrina.

§ 2º Conceitos jurídicos fundamentais

A. Do *État légal* para o *État de droit*

Depois da derrota militar sofrida para a Prússia em 1870, os juristas franceses desenvolvem uma maior admiração pelas instituições políticas alemãs — vistas como tendo desempenhado um papel relevante no progresso daquela sociedade e na sua própria vitória sobre os franceses. Se, para os alemães, o pensamento francês fornece inspiração liberal, para os franceses, o pensamento alemão fornece um modelo eficiente de organização institucional e um modelo de reflexão teórica sobre o direito e o Estado²⁴⁷. Isso levaria a doutrina francesa a efetuar, no contexto de desencanto com a política e de crítica à onipotência parlamentar ao qual acima se fez referência, uma importação de partes da doutrina alemã do *Rechtstaat*.

Em seus primórdios, a ideia de *Rechtstaat* tinha um conteúdo liberal; depois da derrota da revolução liberal de 1848, todavia, esse conceito foi alterado pela ciência jurídica positiva que, nos moldes de Gerber e Laband, passou a prevalecer. Saíram os conceitos liberais e entraram, em seu lugar, (a.) a criação do conceito de Estado, titular de um poder de mando sobre a população (*Herrschaft*); (b.) os direitos subjetivos públicos, e que portanto tinham origem em um ato *público* que os instituíam (ou revogava), no lugar do conceito de direitos fundamentais²⁴⁸; (c.) o conceito de

²⁴⁷ CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2010. p. 24; HEUSCHLING, Luc. **État de Droit, Rechtstaat, Rule of Law**. Paris: Dalloz, 2002. p. 376.

²⁴⁸ Na síntese de Michael Stolleis: "O direito subjetivo público era, como alguém poderia talvez dizer criticamente, o órfão positivista dos direitos políticos fundamentais, os quais tinham sido, ademais, empurrados para dentro da área do direito administrativo." (STOLLEIS, Michael. **Public Law in Germany: 1800-1914**. Nova York: Berghahn Books, 2001. p. 349. Traduzi).

auto-limitação do Estado em lugar do modelo de limitação *externa* do poder político pelo Direito, de origem francesa.

Era, em suma, um modelo apto para promover a consolidação de uma estrutura hierárquica de mando — e extremamente conveniente para um momento em que se buscava a conversão da Confederação Germânica em um Império²⁴⁹. Ele modelo tinha como ideia central a diretriz de que qualquer ação estatal só poderia acontecer se tivesse por fundamento uma regra geral prévia que a habilitasse: isso apartava o *Rechtstaat* do *Polizeistaat* que ele queria superar²⁵⁰. A Administração, nesse modelo, não apenas não poderia agir *contra legem*, como também seria obrigada a agir *secundum legem* (embora o alcance desse princípio fosse limitado, na Alemanha, pelo conceito material de lei lá empregado.)²⁵¹

A teoria francesa, ao deparar-se com esse modelo, rejeitou algumas de suas partes. A tese da autolimitação do Estado pelo Direito, como já se disse, era incompatível com a noção de que direitos fundamentais limitavam *externamente* o poder político. A noção de que o Estado poderia ser o titular de um poder de mando, de maneira similar, era incompatível com o modelo francês em que a *Nação* era

²⁴⁹ Sobre a teoria alemã do *Rechtstaat* na segunda metade do século XIX, conferir STOLLEIS, Michael. **Public Law in Germany: 1800-1914**. Nova York: Berghahn Books, 2001. p. 309-460; e GOZZI, Gustavo. *Rechtstaat and Individual Rights in German Constitutional History*. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). **The Rule of Law: History, Theory, and Criticism**. Springer: Dordrecht, 2010. p. 237-259. Sobre a sua recepção na França, ver LAQUIÈZE, Alain. *État de Droit and National Sovereignty in France*. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). **The Rule of Law: History, Theory, and Criticism**. Springer: Dordrecht, 2010. p. 263; CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2010; REDOR, Marie-Joelle. **De l'État légal à l'État de droit: l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française: 1879-1914**. Paris: Economica, 1992; CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Teoria General del Estado**. Trad. para o espanhol de José Lión Depetre. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1948; GAUDEMET, Paul Marie. *Paul Laband et la Doctrine Française de Droit Public*. **Revue du Droit Public**, Paris, n. 4, p. 957-979, jui./aout. 1989. p. 957-79; HEUSCHLING, Luc. **État de Droit, Rechtstaat, Rule of Law**. Paris: Dalloz, 2002.

²⁵⁰ CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 18.

²⁵¹ Carré de Malberg corretamente explica que o conceito material de lei adotado na Alemanha, reservando a qualificação de "jurídicas" às prescrições que modificassem direitos individuais, não havia sido incorporado à Constituição francesa de 1875. A partir do conceito alemão, alguns autores concluíam que o conceito de administração abrangia todos os atos que não dissessem respeito aos cidadãos individualmente, ou que, se o fizessem, permaneceriam dentro dos limites dos direitos individuais estabelecidos nas leis. Na França, a fórmula adotada foi diferente: a Constituição definiu apenas que o domínio da atividade administrativa coincidia com a execução das leis. Isso fazia com que fosse impossível pensar em um domínio da atividade administrativa que pudesse se desenvolver sem a necessidade de habilitação legal prévia. "*Essa doutrina alemã é inconciliável com o direito positivo francês, conforme o qual a autoridade administrativa não possui, via de regra, outro poder que não aquele de executar as leis.*" (CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Contribution à la théorie générale de l'État**. Paris: Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920. t. 1, p. 500-1. Traduzi).

titular da soberania — pedra fundamental da teoria política revolucionária²⁵². Restava importar o aspecto da teoria alemã sobre o qual a doutrina francesa mais se interessava: a teoria institucional, nas formas da teoria da personalidade jurídica do Estado, na auto-vinculação do Estado aos seus próprios atos administrativos e na estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico. Isso implicava ressaltar, primeiro, a necessidade de submissão das leis à Constituição; depois, a necessidade de submissão da ação da Administração a leis prévias que lhe servissem de fundamento necessário. Por meio desse processo de filtragem e recriação, surge na França um modelo *inspirado* no *Rechtstaat*, mas com suas próprias particularidades: o modelo do *État de droit*²⁵³.

O Estado sendo concebido como uma pessoa, um sujeito de direito, **ele cai sob a força do direito; ele se torna, conforme a expressão alemã, um *État de droit*, um *Rechtstaat***. Não apenas ele é titular de direitos subjetivos, mas ele também é obrigado pelo direito objetivo, pela regra de direito [...] Ao dizer que o Estado está vinculado pelo direito, quer-se dizer, de início, que o Estado legislador está vinculado pelo direito de não fazer certas leis e também obrigado a fazer certas leis. **Quer-se dizer a seguir que o Estado, tendo feito uma lei, enquanto tal lei subsistir, ele está vinculado pela lei que tiver feito; ele pode modificá-la, abrogá-la; mas enquanto ela subsiste, ele é obrigado ele próprio a obedecer a ela como seus sujeitos; seus administradores, seus**

²⁵² "No entanto, as concepções francesa e alemã do Estado como uma pessoa jurídica não eram idênticas. Na literatura alemã, a noção de personalidade do estado trazia como consequência o fato de que a organização de um povo em um estado dava origem a uma entidade jurídica que era inteiramente distinta não apenas dos indivíduos *uti singuli* que compunham a nação mas também do corpo nacional de cidadãos. Certamente, a nação era um dos elementos que participavam na formação do estado. Mas, uma vez constituído, o estado não era a personificação da nação; ao invés disso, ele personificava apenas a si mesmo. Não sendo o sujeito dos direitos da nação, ele era apenas o sujeito de seus próprios direitos. Para alguns autores alemães eminentes como Jellinek e Laband, apenas o estado era uma pessoa jurídica, enquanto o povo alemão não era um sujeito de direito. **Essa teoria separando o estado e a nação não pôde ser adotada na França em razão do princípio da soberania nacional como foi concebido pela Revolução Francesa. Ao atribuir a soberania, ou seja, o poder estatal, à nação, a Revolução tornou as duas noções intrinsecamente conectadas**". (LAQUIÈZE, Alain. *État de Droit and National Sovereignty in France*. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). **The Rule of Law: History, Theory, and Criticism**. Springer: Dordrecht, 2010. p. 273. Traduzi e grifei. Ver também, necessariamente: GAUDEMET, Paul Marie. Paul Laband et la Doctrine Française de Droit Public. **Revue du Droit Public**, Paris, n. 4, p. 957-979, jui./aout. 1989.

²⁵³ Luc Heuschling, com base em pesquisa bibliográfica exaustiva, indica que a teoria francesa do *État de droit* surge a partir da publicação, em 1907, do primeiro volume do *Manual de direito constitucional* de Léon Duguit. A partir daí, outros autores — Hauriou, Léon Michoud — também se serviram da expressão, e Carré de Malberg tornaria célebre, na década de 20, a oposição entre os modelos que ele chamou de *État légal* e *État de droit*. As obras de Duguit e de Carré de Malberg são cruciais para a formatação da teoria francesa (CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Teoria General del Estado**. Trad. para o espanhol de José Lión Depetre. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1948. p. 376-81).

juízes e seus legisladores, eles próprios, devem aplicar a lei e não podem agir a não ser nos limites fixados por ela. Este é o regime de *legalidade*²⁵⁴.

Ao *État de police* se opõe o *État de droit*, o *Rechtstaat* dos Alemães. Por *État de droit* deve-se entender um Estado que, em suas relações com os seus sujeitos e para a garantia do seu estatuto individual, submete-se ele próprio a um regime de direito, e isso enquanto ele encadeia a sua ação sobre eles por regras, das quais uma determinam os direitos reservados aos cidadãos, onde as outras fixam antecipadamente as vias e meios que poderão ser empregados em vista de realizar as finalidades estatais: dois tipos de regras que possuem por efeito comum limitar a *puissance* do Estado, subordinando-a à ordem jurídica que elas consgram. **Um dos traços característicos do regime do *État de droit* consiste precisamente em que, em relação aos administrados, a autoridade administrativa pode usar apenas os meios autorizados pela ordem jurídica em vigor, e notadamente pelas leis.** Isso implica duas coisas: de um lado, a autoridade administrativa, quando entre em relação com os administrados, não pode, nem ir ao encontro das leis existentes, nem descartá-las: ela é obrigada ao respeito da lei. **De outra parte, no *État de droit* que atinge o seu desenvolvimento completo, a autoridade administrativa nada pode impor aos administrados a não ser em virtude de uma lei.** [...] Por consequência, **nas suas relações com os administrados, a administração não deve apenas abster-se de agir *contra legem*, ela também está obrigada a agir apenas *secundum legem*, é dizer, em virtude de habilitações legais**²⁵⁵.

²⁵⁴ DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Paris: Albert Fontemoing, 1907. p. 48. Traduzi e grifei. Os itálicos são do original. E também: "O Estado, tendo feito a lei, é obrigado a respeitar essa lei enquanto ela existir. Ele pode modificá-la ou abrogá-la; mas, enquanto ela existe, **ele não pode fazer um ato de constrição, um ato administrativo ou jurisdicional a não ser nos limites fixados por essa lei**, e nisso também o Estado é um *État de droit*. O Estado, em virtude da mesma ideia, é acionável nos seus próprios tribunais. Ele pode ser parte em um processo; ele pode ser condenado pelos seus próprios juízes e é considerado como um simples particular para fins de executar a sentença pronunciada contra ele." (*Ibidem*, p. 51-2).

²⁵⁵ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Teoria General del Estado**. Trad. para o espanhol de José Lión Depetre. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1948. p. 488-9. Traduzi e grifei. Ver também: (a.) refletindo uma atitude positivista, a afirmação de que o fundamento do Direito deve ser encontrado em um ato de vontade estatal: "No seu sentido positivo e formal, a regra de direito se caracteriza, portanto, não pela natureza ideal das suas disposições, mas pela natureza material da sua sanção e pela força especial que ela retira dessa sanção no que diz respeito à sua execução. Ora, nos tempos modernos, é preciso constatar esse outro fato de que o Estado, unicamente, possui a *puissance* de conferir às regras destinadas a reger a conduta e as relações humanas essa força executória especial. Daí a vinculação forçada que se estabelece entre o direito e a *puissance* estatal. É nesse sentido que também se pode dizer do Estado que ele é o criador do direito" (p. 252. Traduzi.); (b.) sobre a conexão entre os conceitos de personalidade jurídica do Estado (importado da dogmática alemã) e o modelo do *État de droit*: "O grande interesse da aplicação do conceito de personalidade, é que apenas esse conceito permite transformar aquela *puissance* de fato em uma *puissance* de direito, é dizer, em uma *puissance* juridicamente regulamentada e limitada. Bem longe de exaltar a soberania ou de aumentar-lhe indefinidamente as possibilidades de crescimento, a ideia do Estado sujeito jurídico e obrigado a se comportar em relação a seus membros como em relação a sujeitos de direito constitui, em benefício destes, a fonte de garantias preciosas, pois ela implica que o Estado não poderá utilizar da sua *puissance* em direção deles a não ser da maneira pela qual se utiliza um direito, é dizer,

Carré de Malberg, analisando as diferenças entre o modelo alemão e o modelo francês, identificou na França um sistema que ele denominou de *État légal* — e que seria diferente do regime do *État de droit* pelos seguintes motivos: (a.) o Estado de direito era estabelecido no interesse e salvaguarda dos cidadãos; o Estado legal requer apenas que a administração pública esteja subordinada ao poder legislativo; (b.) o modelo do Estado legal apenas assegura a supremacia do Poder Legislativo e a subordinação da Administração às leis; o sistema do Estado de direito, em virtude da ideia de auto-vinculação, determina o respeito às leis e aos regulamentos emitidos pela própria Administração — e proíbe que o legislador, por meio de leis específicas, derogue as regras gerais incorporadas na legislação; (c.) no modelo do Estado de direito, cabe à Constituição especificar direitos individuais — com isso protegendo-os contra ataques do legislador. Restringe-se, em suma, não apenas a ação da administração, mas também do legislador. O artigo 3 da lei constitucional de 1875 consagrava, na visão de Carré de Malberg, apenas o modelo do Estado legal²⁵⁶; para a implementação do Estado de direito na França, era preciso impor restrições ao legislador, e também fazer com que os cidadãos pudessem dispor de "*uma ação em justiça, que lhes permitisse atacar os atos estatais viciados que lesassem seu direito individual*". Nenhuma via de ataque existia para atos legislativos, já que o controle judicial de constitucionalidade era incompatível com as diretrizes pós-revolucionárias²⁵⁷.

em conformidade à ordem jurídica em vigor; e, nesse sentido, essa ideia adquire uma importância capital, pois ela é mesmo a condição do sistema moderno do État de droit" (p. 255-6. Traduzi.).

²⁵⁶ E, para Carré de Malberg, ele cria um sistema de *reserva legal total*: (a.) "*Assim, a Constituição francesa, depois haver se contentado no passado em designar para a puissance administrativa a lei como limite, terminou por erguer como princípio que a legislação domina completamente a administração, no sentido de que essa última função só pode, por sua própria definição, exercer-se para a execução das leis ou em virtude de um poder legal*". (*Op. cit.*, p. 496; e (b.) "*Em outros termos, a Constituição, pela palavra mesmo de poder executivo, exclui o sistema conforme o qual a autoridade administrativa teria um poder inicial que lhe permitisse tomar, por movimento próprio, todas as disposições que ela julgar úteis, sob a única condição de se conter nos limites das leis, é dizer, de não infringir nem contrariar nenhuma delas. A Constituição não exige apenas que a administração atue intra legem, ela lhe determina a agir secundum legem, no sentido de que todo ato administrativo deve apoiar-se sobre as leis que o autorizem ou das quais ele busca a execução. É nesse sentido que é verdadeiro dizer, sem forçar o alcance natural das palavras, que a administração é apenas uma puissance de ordem executiva*". (CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Teoria General del Estado**. Trad. para o espanhol de José Lión Depetre. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1948. p. 497-8).

²⁵⁷ CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 491-2. A necessidade de um sistema de controle jurisdicional é mencionada em mais de uma oportunidade: "*O Estado de Direito é portanto aquele que — ao mesmo tempo em que ele formula as prescrições relativas ao exercício da puissance administrativa — garante aos administrados, como sanção dessas regras, um poder jurídico de*

Esse reenquadramento global do direito público francês produziria efeitos no Direito Administrativo: ele faria com que o Direito Administrativo deixasse de ser visto como o direito constitutivo de privilégios em benefício da Administração para fazer com que ele também incorporasse, em medida substancial, o papel de limitador e racionalizador da ação administrativa e de defesa dos direitos dos particulares. Isso favoreceria a continuação da expansão dos recursos por excesso de poder, o desenvolvimento do regime de responsabilidade dos administradores públicos e, de maneira mais global, a emergência do conceito de serviço público como candidato à posição de noção-chave do Direito Administrativo²⁵⁸.

Esses efeitos não seriam totais: em alguns campos, ocorreria uma espécie de *acomodação recíproca* entre o discurso do *État de droit* e a tradição jurídica. No capítulo anterior, foi explicado como a lei foi progressivamente impondo mais *limites* à ação administrativa — até o ponto em que o conceito de "administração pura", tornado inútil pelo desenvolvimento do recurso por excesso de poder, foi abandonado. O modelo do *État de droit* poderia ter determinado *mudanças adicionais* àquele modelo: ele poderia ter determinado a adoção de um modelo de "legalidade silogística" semelhante àquele que está contido nas passagens que servem de abertura a este trabalho. Essa seria uma consequência *possível* de um modelo hierarquizado do ordenamento jurídico, e acarretaria uma submissão ainda mais completa da Administração à lei.

Isso, contudo, não aconteceu: mais do que determinar modificações complementares na maneira como a relação entre a Administração e a lei era concebida, o discurso do *État de droit* *acopla-se* ao estado de coisas existente, e reforça o discurso de que a lei deveria ser vista como *fundamento* da ação administrativa (e não mais apenas como seu *limite*). Os conceitos de poder discricionário e poder vinculado, tal qual já construídos pela doutrina e pela prática do Conselho de Estado, permaneceriam no instrumental do Direito Administrativo

agir diante de uma autoridade jurisdicional para o efeito de obter a anulação, a reforma ou em todo caso a não-aplicação dos atos administrativos que as houverem enfrentado." (CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Teoria General del Estado**. Trad. para o espanhol de José Lión Depetre. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1948. p. 489-90). Na mesma direção: HAURIU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel**. 2. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1930. p. 26-7.

²⁵⁸ CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2010. p. 32.

francês; mesma sorte teria o conceito de "poder regulamentar" construído durante o século XIX²⁵⁹.

Como seria ressaltado muitos anos mais tarde por Georges Vedel, o Direito Administrativo francês operou, durante boa parte de sua existência, sem consciência das suas raízes constitucionais: Direito Administrativo e Direito Constitucional eram concebidos como compartimentos *apartados* do ordenamento jurídico, cada qual com seus próprios objetos²⁶⁰. Com efeito, René Chapus constata que, no curso da história do Direito Administrativo, "*considerado naquilo que ele possui de jurisprudencial e portanto de fundamental, sempre houve uma distância, e mesmo um vazio, entre esse direito e as sucessivas constituições*"²⁶¹. Esse distanciamento ajuda a compreender a relativa impermeabilidade dos institutos de Direito Administrativo às mudanças constitucionais. O *accertamento* desses institutos às novas preferências políticas e às novas necessidades públicas caberia ao Conselho

²⁵⁹ Ressaltando a continuidade entre o conceito de poder regulamentar sob as leis constitucionais de 1875 e os conceitos anteriormente adotados, conferir: ESMEIN, Adhémar. **Éléments de Droit Constitutionnel**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1896. t. 1. p. 509-514; HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel**. 2. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1930. p. 152-3.

²⁶⁰ VEDEL, Georges. **Les sources constitutionnelles du droit administratif**. Paris: E.D.C.E., 1954. p. 38. É preciso ver também a crítica de Charles Eisenmann — reconhecendo a correção do argumento que estabelece a necessidade da vinculação entre Direito Constitucional e Direito Administrativo, apresentado por Vedel, mas discordando daquilo que Vedel entendia estar no Direito Constitucional francês — em *La théorie des "Bases Constitutionnelles" du Droit Administratif*. **Revue du Droit Public**, Paris, n. 6, p. 1345-1422, 1972. O ponto é abordado e reconhecido pelos manuais de Direito Administrativo e Constitucional contemporâneos, também para ressaltar que a conexão entre Direito Administrativo e Direito Constitucional foi reestabelecida a partir da criação do procedimento da questão prioritária de constitucionalidade, do desenvolvimento da jurisprudência do Conselho Constitucional e da extração, pela jurisprudência, de princípios "reconhecidos pela República", com força impositiva, a partir do preâmbulo da Constituição. Conferir, exemplificativamente: CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1, p. 4-5, 8-9 (destacando que o seu próprio posicionamento acerca do tema, até 1994, havia sido diferente.), 33-63 e 111-6; TRUCHET, Didier. **Droit Administratif**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2011. p. 42; GAUDEMET, Yves. **Traité de Droit Administratif: Droit Administratif Général**. 16. ed. Paris: L.G.D.J., 2001. t. 1. p. 41; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. 11. ed.. Paris: Montchrestien, 2009. p. 276 e ss.; e FAVOREU, Louis *et al.* **Droit constitutionnel**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 614-5. O assunto foi reexaminado recentemente em STIRN, Bernard. **Les sources constitutionnelles du droit administratif: Introduction au droit public**. 7. ed. Paris: L.G.D.J., 2011; e em ORTEGA, Luis. *L'evoluzione delle basi costituzionali del diritto amministrativo*. In: D'ALBERTI, Marco (org.). **Le nuove mete del diritto amministrativo**. Bologna: Il Mulino, 2010 (para quem "*é como se, na história do direito administrativo, o último estivesse sempre posicionado na retaguarda, acumulando um grave atraso em relação à evolução constitucional*". p. 143. Traduzi e grifei.). Para outra abordagem do problema, destacando que pré-compreensões de conceitos de Direito Constitucional *sempre* informaram as decisões do Conselho de Estado sobre Direito Administrativo, indo na contra-mão do discurso dominante, v. JOUANJAN, Olivier. *La Constitution*. In: GONOD, Pascale; MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (orgs.). **Traité de Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 2011. t. 1. Esse problema será novamente examinado na parte final da presente dissertação.

²⁶¹ CHAPUS, *op. cit.*, p. 8.

de Estado, administrador da relação fluida entre a Administração Pública e a lei. Nesse processo, influiriam mais as convicções políticas que informavam as leis constitucionais do que a força normativa dos seus textos.

B. A disputa entre *puissance publique* e *service public*

Como expliquei no item anterior, a importação da teoria do *Rechtstaat* ocorreu dentro de um contexto em que havia uma certa desilusão com a política e uma vontade de limitar a onipotência parlamentar. Era preciso, assim, encontrar um elemento externo à política que pudesse servir como fundamento do Direito. A via comumente utilizada pelos juristas — o direito natural — não estava disponível: a formação de uma sociedade industrial e dinâmica, assim como o desenvolvimento da sociologia, fizeram com que ela caísse em descrédito. A doutrina do final do século XIX, nesse contexto, se voltaria para a própria *sociedade*: seria na *consciência social* ou na noção de *solidariedade social* que ela tentaria se basear²⁶².

Esse movimento se cruza com um outro problema: a diversificação das atividades executadas pelo Estado ao longo do século XIX — no curso da formação de uma sociedade industrial e de massas. O Estado era o responsável pela administração de uma extensa rede de obras públicas — fornecimento de água, energia elétrica, gás, construção e supervisão de uma rede nacional de ferrovias — que possuíam um papel crucial no desenvolvimento das atividades da população. Como explica Luis Ortega:

A passagem de uma sociedade rural para uma sociedade urbana de massa torna insuficiente, para o fim de satisfazer e resolver o problema do espaço vital do administrado, a tutela da posição do indivíduo isolado no exercício da sua esfera de liberdade e com as garantias do Estado de direito. O fornecimento de água, energia e alimentos, a solução dos problemas de higiene e saúde, a necessidade de deslocamento com os meios de transporte assumiram uma dimensão coletiva. Isso faz com que a solução de tais problemas deva ser atribuída à organização pública,

²⁶² "No entanto, no início do século XX, a problemática do direito natural, desacreditada pelo desenvolvimento da sociologia, será cada vez mais frequentemente substituída por aquela do direito objetivo: a idéia de normas estáveis e invariantes, repousando sobre uma 'Natureza' imutável, é julgada incompatível com a dinâmica social; **assim, é sobretudo do lado da consciência social que se irá procurar o fundamento verdadeiro da obrigação jurídica.**" (CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2010. p. 36. Traduzi e grifei).

segundo o modelo que nos anos posteriores Forsthoff chamaria de *Daseinsvorsorge*.²⁶³

Ao executar essas atividades industriais, o Estado certamente não aparecia como manifestação de *puissance*. O critério-chave do Direito Administrativo adotado durante o século XIX, como se explicou anteriormente, faria com que questões relativas a elas devessem ser apreciadas de acordo com os preceitos do direito privado, bem como submetidas aos tribunais do Poder Judiciário. Seria possível, contudo, dizer que tais atividades eram menos relevantes do que as demais incumbências do Estado? Seria admissível, sobretudo, dizer que elas devessem ser exercidas em condições idênticas àquelas aplicáveis aos particulares? Seria tolerável que a sua boa execução pudesse depender de decisões do Poder Judiciário — de cuja intromissão em seus assuntos a Administração sempre desconfiou, e cuja lógica silogística de decisão era considerada incompatível com as necessidades administrativas?

Duas alternativas principais foram apresentadas pela doutrina para resolver o problema: uma envolvia a erosão total do modelo conceitual anterior, com a eliminação do conceito de *puissance publique* e sua substituição pelo conceito de serviço público como ideia-chave do Direito Administrativo. A outra efetuava um reparo marginal no modelo cunhado durante o século XIX: ao conceito de *puissance*, agregava a noção de gestão pública — identificando algumas atividades especiais que, embora não manifestassem diretamente uma prerrogativa ínsita ao conceito de *puissance*, representavam uma das finalidades do Estado. Por isso, elas deveriam ser vistas como um caso especial dos atos de gestão — os atos de gestão pública — e, a exemplo do que ocorria com os atos de autoridade, ser submetidas a um regime especial. A primeira dessas rotas foi construída por Léon Duguit; a segunda, por Maurice Hauriou. As duas possuem como resultado uma *ampliação* da parcela das atividades da Administração que poderia ser regida por um direito especial; elas ampliam, assim, o domínio de ação do Direito Administrativo.

A mais célebre manifestação contra o modelo de Direito Administrativo baseado no conceito de *puissance* foi elaborada por Léon Duguit. Baseando-se no

²⁶³ ORTEGA, Luis. L'evoluzione delle basi costituzionali del diritto amministrativo. In: D'ALBERTI, Marco (org.). **Le nuove mete del diritto amministrativo**. Bologna: Il Mulino, 2010. p. 155. Traduzi e grifei. V. também D'ALBERTI, Marco. **Poteri pubblici, mercati e globalizzazione**. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 27 e ss.

positivismo de Comte e na teoria da solidariedade orgânica de Durkheim, Duguit rejeitou os fundamentos do direito público praticado até então: o Estado, em síntese, não deveria mais ser visto como um ente superior dotado de um direito à soberania — compreendida como uma vontade de qualidade superior, quase mística, e por isso irresistível. O Estado deveria ser compreendido como uma criação *absolutamente humana*: ele era apenas um núcleo social responsável por uma *função diferenciada* dentro de uma sociedade complexa²⁶⁴. Os fundamentos dos poderes que o Estado possa ter para sua atuação cotidiana não decorrem de elementos metafísicos ou de algum atributo insondável inerente à sua vontade: decorrem das regras de *direito objetivo* que hajam sido adotadas em uma determinada sociedade.

Para entender corretamente o alcance da teoria de Duguit, é preciso examinar-lhe em mais detalhe os fundamentos. Como referencial sociológico, Duguit parte da teoria de Durkheim²⁶⁵: em *Da divisão do trabalho social*, Durkheim afirmou

²⁶⁴ "A palavra Estado designa seja os governantes ou o poder político, seja a própria sociedade, onde exista essa diferenciação entre governantes e governados e onde existe em razão disso uma *puissance política*. [...] Em geral, na terminologia moderna, a palavra Estado é reservada para designar as sociedades em que a diferenciação política chegou a um certo grau de desenvolvimento e de complexidade. Pode-se de fato utilizar a palavra Estado em esse sentido estrito. Mas isso não contradiz a constatação de evidência que eu destacarei. Em toda sociedade humana, grande ou pequena, onde for possível ver um homem ou um grupo de homens tendo uma *potência de constringer sendo imposta aos outros, deve-se dizer que há uma *puissance politique, um Estado**". (DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1927. t. 1, p. 536-7. Traduzi).

²⁶⁵ A tese de Durkheim consiste em explicar como sociedades mais complexas migram de uma solidariedade preponderantemente mecânica, decorrente do compartilhamento de uma consciência comum ("*se o indivíduo não é distinto do grupo, é porque a consciência individual quase não é distinta da consciência coletiva*"), para uma solidariedade preponderantemente orgânica — em que a solidariedade entre os diferentes grupos sociais decorre não de uma consciência comum amplamente partilhada, mas da interligação funcional entre as diferentes funções executadas por cada um deles e em sua interdependência para a manutenção do todo. As sociedades em que a solidariedade orgânica prevalece, diz Durkheim, "*são constituídas não por uma repetição de segmentos similares e homogêneos, mas por um sistema de órgãos diferentes, cada um dos quais tem um papel especial e que são formados, eles próprios, de partes diferenciadas*". Esses órgãos estão "*coordenados e subordinados uns aos outros em torno de um mesmo órgão central, que exerce sobre o resto do organismo uma ação moderadora. Esse próprio órgão não tem mais o mesmo caráter que no caso precedente* [i.e. as sociedades pouco desenvolvidas e pouco diferenciadas, regidas pela solidariedade mecânica], *porque, se os outros dependem dele, por sua vez ele depende dos outros. Sem dúvida, ele ainda tem uma situação particular e, se quiserem, privilegiada; mas ela se deve à natureza do papel que desempenha e não a alguma causa alheia a suas funções, a alguma força que lhe é comunicada de fora. Por isso, nada mais tem que não seja temporal e humano; entre ele e os outros órgãos existem apenas diferenças de graus.*" (DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 165). O Estado, no modelo de Duguit, segue os contornos desenhados por Durkheim: "*nada tem que não seja temporal e humano*" e é responsável por uma *função especial* dentro da organização social — a manutenção dos vínculos de solidariedade social (a "*ação moderadora*" de que falava Durkheim).

que, à medida em que uma sociedade se torna mais complexa e mais diferenciada em seu interior, a solidariedade entre os seus membros decorre menos da identidade das suas consciências ("solidariedade mecânica") e mais da interdependência das suas funções na manutenção de um equilíbrio geral ("solidariedade orgânica"). O Estado, tal qual um "*sistema cérebro-espinhal do organismo social*", seria responsável pela moderação das atividades dos indivíduos de maneira a manter uma coordenação geral na sociedade²⁶⁶; as regras de direito seriam instrumentos de implementação dessa coordenação: seu conteúdo deveria ser elaborado de maneira a atender as necessidades que, em um determinado momento, fossem necessárias à realização dessa harmonização.

O modelo de Estado construído sobre o conceito de *puissance publique*, explica Duguit, tem suas origens em um momento histórico no qual as sociedades eram *menos diferenciadas* — e onde, portanto, um Estado que assumisse preponderantemente tarefas relacionadas ao exercício de tarefas de força conseguiria assegurar um grau satisfatório de interdependência social. Ele foi construído com base nos conceitos disponíveis no repertório cultural das épocas em que ele foi implementado: ele é uma mistura do *imperium* romano com conceitos escolásticos que atribuem ao Estado uma prerrogativa quase-mística de mando. A maior complexidade da sociedade industrial, no entanto, havia feito com que mais atividades de regulação do todo social precisassem ser atribuídas ao Estado²⁶⁷. O sistema fundado no conceito de *puissance*, nesse novo contexto, *não dava mais conta da função que deveria ser desempenhada pelo Estado*²⁶⁸ — ele não

²⁶⁶ "Há, enfim, o direito administrativo. Chamamos assim o conjunto das regras que determinam primeiro as funções do órgão central e suas relações, em seguida as dos órgãos que são imediatamente subordinados ao precedente, suas relações umas com as outras, com os primeiros e com as funções difusas da sociedade. Se continuarmos a tomar emprestado da biologia uma linguagem que, por ser metafórica, não é menos cômoda, diremos que elas regulamentam a maneira como funciona o sistema cérebro-espinhal do organismo social. É esse sistema que, na língua corrente, é designado pelo nome de Estado." (DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 207).

²⁶⁷ O que estava totalmente de acordo com o modelo sociológico de Durkheim, de acordo com o qual o crescimento do Estado dependeria do grau de complexidade do meio social que ele precisasse coordenar: "o que faz que o órgão governamental seja mais ou menos considerável, não é que os povos sejam mais ou menos pacíficos; **mas ele cresce à medida que, em conseqüência dos progressos da divisão do trabalho, as sociedades compreendem maior número de órgãos diferentes mais intimamente solidários uns dos outros.**" (DURKHEIM, *op. cit.*; p. 215-6. Grifei).

²⁶⁸ "Isso não é tudo. O homem moderno pede aos governos não apenas para não realizar certas coisas, mas para fazer certas outras. Para tanto, impõe-se a necessidade de um sistema de Direito público que dê um fundamento e uma sanção a esta obrigação positiva. Mas, a esse respeito, o sistema fundado sobre a noção de soberania adoece evidentemente de uma impotência irremissível. **Não se percebeu isso enquanto não se pediu ao Estado mais do que**

conseguia mais assegurar a interdependência necessária ao funcionamento da sociedade. Em particular, ele não fornecia aos particulares um fundamento que eles pudessem utilizar para forçar os detentores do poder político a executar adequadamente as tarefas necessárias à regulação e manutenção da interdependência social²⁶⁹. Esse problema de efetividade deveria levar ao descarte do modelo baseado na *puissance*²⁷⁰ — e à criação de um novo sistema conceitual.

Duguit dá, então, dois passos. Ele primeiro desconstrói o direito público de sua época, identificando para depois eliminar da sua estrutura conceitual todos os restos metafísicos ou religiosos que resultavam da sua origem. Ele faz, sem o dizer, uma *genealogia* do conceito de Estado, do conceito de soberania e do sistema baseado na *puissance* — e, na sua exposição, nós podemos ver evidências daquilo que Foucault identificou como "processos de deslocamento de sentido" e a "dimensão histórica" da vida cotidiana. O diagnóstico de Duguit (absolutamente compreensível à luz do referencial teórico empregado nesta dissertação) é de que o

os serviços de guerra, polícia e justiça. [...] Hoje em dia, por causas muito complexas e numerosas, em consequência sobretudo dos progressos da instrução, das transformações econômicas e industriais, não é somente o serviço de guerra, de polícia e de justiça o que se pede aos Governos, mas serviços muito numerosos e muito variados, muitos dos quais possuem caráter industrial. [...] **Como consequência, deixa-se sentir a necessidade de um sistema de Direito público que dê um fundamento, uma sanção a essas obrigações; e assim aparece a impotência do sistema imperialista.**" (DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Tradução para o espanhol de A. Posada, R. Jaen y C. Posada. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975. p. 25-6. Traduzi para o português e grifei).

²⁶⁹ **"Um sistema jurídico não possui realidade a não ser na medida em que possa estabelecer e sancionar regras que assegurem a satisfação das necessidades que se impõem aos homens em uma sociedade dada, e em um certo momento. Este sistema, por outra parte, não é mais do que o produto dessas necessidades, e se não o é, ou se não garante a sua satisfação, será a obra artificial de um legislador ou de um jurista, mas sem valor ou força alguma. Pois bem: um sistema de Direito público não pode reunir essas condições de vitalidade se não estabelece e sanciona as duas seguintes regras: 1º Os detentores do poder não podem realizar certas coisas. 2º Eles devem fazer certas coisas. A consciência moderna se encontra hoje profundamente penetrada pela ideia de que o sistema de Direito público imperialista é impotente para fundar e sancionar essas duas regras; e compreende-se porque a crítica demonstrou o vazio dessa doutrina; compreende-se sobretudo porque os fatos demonstraram sua impotência para proteger o indivíduo contra o despotismo."** (DUGUIT, *op. cit.*, p. 23. Traduzi para o português e grifei).

²⁷⁰ **"Quando o Estado fornece ensino, distribui auxílios aos indigentes, assegura o transporte das pessoas e das coisas, busca e realiza o bem, não se indica nessas atividades nada que pareça ou se aproxime de longe a um poder de mando. Pois bem: se o Estado é por essência e na sua natureza a atividade que manda, é preciso que o seja sempre. Se em uma única de suas atividades o Estado não é soberano, é porque não o é em absoluto. E, de fato, em todos esses serviços modernos, que cada dia tomam maior extensão: instrução, assistência, obras públicas, iluminação, correios, telégrafos, telefones, ferrovias, etc., há uma intervenção do Estado que deve estar submetida ao Direito, regulada e disciplinada por um sistema de Direito público. Mas esse sistema não pode estar fundado no conceito de soberania, porque se aplica a atos nos quais não se percebe nenhum traço de poder de mando."** DUGUIT, *op. cit.*, p. 23. Traduzi para o português e grifei).

direito público, até aquele momento, ainda estava sendo inconscientemente condicionado pelas crenças e conceitos forjados pelas gerações anteriores²⁷¹.

Este conceito de personalidade da nação, suporte da soberania, havia sido consagrado pelo Direito revolucionário apenas para conciliar a tradição monárquica, sempre viva, com os princípios de uma filosofia política que naquela época entusiasmava e satisfazia a todos os espíritos. [...] O dogma essencial desta nova religião, que a Revolução pretendia dar ao mundo, era o princípio da soberania nacional; e porque nossos pais acreditaram nela como no credo de uma religião revelada, é porque a soberania nacional, que era o produto contingente de circunstâncias históricas, se impôs aos espíritos e sobreviveu às circunstâncias que o produziram. [...]

Mas a crença mítica é, por sua própria essência, a crença em uma coisa falsa na realidade. **Fatalmente, cedo ou tarde a fecundidade criadora do mito se esgota; a realidade recobra seus direitos.** Em nossos dias, com os progressos do espírito crítico, com o decaimento da necessidade religiosa, os mitos ainda podem se formar; mas possuem apenas uma curta vida. Mesmo assim, o caráter mítico da soberania nacional deu a esta noção, contrária aos fatos, uma duração muito maior do que ela teria possuído sem ele. **Mas chegou o momento em que perdeu sua virtude criadora. Se adverte que passou o tempo em que podia ser princípio de ação e progresso, que se encontra em evidente contradição com os fatos mais certos, que é impotente para proteger os indivíduos contra os que detenham a força governante e para dar um fundamento à obrigação de se impõe a eles de assegurar a organização e o funcionamento dos serviços públicos**²⁷².

Denunciado o caráter contingente dos conceitos sobre os quais estava edificado o direito público francês, o segundo passo foi a construção de um sistema novo. Duguit, para isso, propõe uma substituição do conceito-chave do Direito Administrativo: no lugar da *puissance publique* deveria ingressar o conceito de *serviço público*, definido por ele como "*toda atividade cujo cumprimento deve ser*

²⁷¹ O primeiro ensaio do seu *Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)* ("Por que desaparece o sistema de direito público fundado na noção de poder público?") apresenta esse argumento. Diferentemente de Foucault, no entanto, Duguit introduz um critério de verdade na sua apresentação do problema: o fato de que ele use como referencial a teoria da solidariedade orgânica de Durkheim faz com que o modelo de direito público baseado no conceito de *puissance* apareça a seus olhos não apenas como "restos de uma época passada", mas também como uma construção *incorretamente* edificada. No referencial teórico de Foucault, não teríamos uma maneira "verdadeira" e uma maneira "falsa" de compreender o Estado: teríamos apenas possíveis veridicções (DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)**. Tradução para o espanhol de A. Posada, R. Jaen y C. Posada. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975. p. 9-26).

²⁷² *Ibidem*, p. 16-7. Traduzi para o português e grifei.

regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social". Em uma mistura de diagnóstico sociológico e construção teórica, Duguit argumenta que a noção de serviço público já havia sido utilizada como conceito-chave do Direito Administrativo em decisões do Conselho de Estado — e utiliza isso como prova da insuficiência do sistema baseado na *puissance*. Esse seu diagnóstico é parcialmente certo: de fato, o Conselho de Estado *já havia tomado decisões* que seriam incompatíveis com um sistema que fosse baseado unicamente na *puissance* (delas se falará mais adiante), e essas decisões mencionam o conceito de serviço público. Nenhuma delas, no entanto, inclui esse conceito dentro do contexto da teoria sociológica que Duguit emprega nos alicerces da sua construção, tampouco entende que o sistema baseado na *puissance* deva ser abandonado.

Mas esse sistema não pode estar fundado no conceito de soberania, porque se aplica a atos nos quais não se percebe nenhum traço de poder de mando. Constitui-se, pois, um novo sistema relacionado, ademais intimamente com o anterior, mas fundado em uma noção diferente, que se manifesta em tudo, que modela todas as instituições modernas do Direito público e que inspira toda a jurisprudência tão fecunda do nosso Conselho de Estado: **tal é a noção de serviço público**²⁷³.

Em suma, a noção de serviço público parece que pode formular-se de este modo: **é toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social**, e de tal natureza que não pode ser assegurado completamente a não ser pela intervenção da força governante²⁷⁴.

Com isso, compreendemos globalmente o programa de Duguit: na visão metafísico-teológica por ele combatida, o Estado era concebido como uma entidade com um direito subjetivo à soberania. Esse modelo fazia com que nós víssemos atividade pública apenas no exercício de atos de autoridade; com isso, fazia com que não conseguíssemos encontrar um fundamento para *vincular* esses atos a alguma finalidade, tampouco para controlar a atividade do Estado que não se

²⁷³ DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)**. Tradução para o espanhol de A. Posada, R. Jaen y C. Posada. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975. p. 26. Traduzi para o português e grifei.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 37. Traduzi para o português e grifei.

revestisse dessa autoridade peculiar. A teoria alemã do *Rechtstaat* padecia do mesmo problema em razão da ênfase que atribuía ao conceito de *Herrschaft*²⁷⁵. No momento em que trocamos de perspectiva, considerando o Estado como uma organização especializada, dentro de uma sociedade complexa, cuja função é manter a solidariedade orgânica do todo no qual se insere e que coordena, essas duas dificuldades desaparecem: *toda* atividade que for executada para manter essa solidariedade deverá ser considerada como atividade estatal; e, externamente, podemos *obrigar* o Estado ao exercício correto dessa sua incumbência. Ao mesmo tempo, encontramos um fundamento sociológico para dizer que o modelo baseado no conceito de *puissance* é inadequado para servir como fundamento de uma teoria jurídica do Estado: um Estado edificado sobre ela *não conseguiria* êxito na realidade social.

A alternativa mais importante ao modelo de Duguit foi apresentada por Maurice Hauriou. Hauriou reconhecia que o modelo que via atos de Estado *apenas* nos atos em que a *puissance* se manifestava de forma clara devia ser reformado: ele era incompatível com o estado de coisas da sociedade francesa do final do século XIX. Sua proposta de reforma, todavia, era mais *atenuada* do que a de Duguit: enquanto Duguit denunciava o sistema baseado no conceito de soberania como uma mistificação e uma intromissão indevida e superada de conceitos teológicos na esfera política, Hauriou *mantinha* todos esses conceitos, alegando que eles eram consubstanciais ao conceito de Estado e necessários à preservação da ordem na sociedade. Suas reformas a esse sistema seriam *marginais*.

²⁷⁵ Duguit vê — corretamente — na doutrina alemã um nítido esforço para legitimar a onipotência do Estado: "...os teóricos por excelência da soberania como direito subjetivo do Estado são os juristas alemães, e é por esse meio que eles se esforçam precisamente para conceder um fundamento jurídico à onipotência do Estado, ao seu poder sem limites no interior, à sua vontade de potência e de conquista no exterior. [...] A minha doutrina é, ao contrário, o contra-ponto das teorias alemãs e o livro onde eu a expus pela primeira vez, o Estado, o direito objetivo e a lei positiva, 1901, foi escrito em resposta ao livro de Jellinek, Sistema dos direitos públicos subjetivos, 1892. A doutrina alemã do direito público é exclusivamente subjetivista. Ela faz da *puissance* publique um direito subjetivo do qual o Estado pessoa é o sujeito. A minha doutrina é essencialmente objetivista: eu nego a *puissance* publique concebida como direito subjetivo; eu nego a personalidade do Estado concebida como sujeito de direito; eu reconheço ao Estado apenas uma *puissance* de fato cujo objeto e extensão são determinados pelo direito objetivo e que pretendo que por isso, unicamente, pode-se chegar a fundar sobre bases sólidas a limitação do Estado pelo direito". (DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1927. t. 1, p. 549-50. Traduzi. Ver também as p. 680 e ss., onde Duguit examina a origem da distinção direito público/direito privado e o uso que dela foi feito pelo tratadistas alemães da segunda metade do século XIX).

Dois movimentos são essenciais na sua teoria: de maneira semelhante ao que fez Duguit, Hauriou desenvolveu uma teoria do Direito abrangente, na qual também identificou um fundamento externo para as regras jurídicas que pudesse vincular a ação dos poderes políticos — limitando a onipotência parlamentar. Os *elementos* selecionados por Duguit e Hauriou para desempenhar esse papel, todavia, são diferentes: onde Duguit via espaço apenas para a *função social* de uma determinada regra jurídica dentro de um programa mais amplo de manutenção de um equilíbrio social cambiante, Hauriou via um papel relevante a ser desempenhado pela *cultura existente na sociedade*.

O modelo de Hauriou tem seu ponto de partida no conceito de instituição. Para ele, "*uma instituição é uma ideia de obra ou de atividade que se realiza e dura juridicamente em um meio social*"²⁷⁶. Para implementar essa ideia-diretriz, de um lado, um poder é constituído; de outro, o grupo social interessado na realização dessa ideia produz manifestações "de comunhão" que são organizadas pelo poder. A instituição, assim, é uma soma entre (a.) uma ideia-diretriz, (b.) um poder responsável por sua direção e implementação, e (c.) um grupo social interessado que age em torno desse objetivo. Uma regra jurídica só possui duração e efetividade, para Hauriou, *quando está baseada em uma ideia incorporada em uma instituição* — e que, por definição, possui firme ancoragem na sociedade²⁷⁷. Isso faz

²⁷⁶ A passagem, na íntegra, é: "*uma instituição é uma ideia de obra ou de atividade que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização dessa ideia, um poder se organiza e estrutura seus órgãos; de outra parte, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, são produzidas manifestações de comunhão dirigidas aos órgãos do poder regulados por procedimentos.*" (HAURIU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*. In: **Aux Sources du Droit**: Le pouvoir, l'ordre et la liberté. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933. p. 96).

²⁷⁷ O fundamento sociológico do poder, na teoria de Hauriou, parece estar próximo daquilo que Durkheim qualificava como o fundamento da "solidariedade mecânica": uma semelhança entre os inconscientes dos indivíduos. Leia-se o seguinte trecho: "*Se vai-se ao fundo das coisas, as situações jurídicas que parecem manter-se por si próprias são, na verdade, ligadas às ideias que persistem de uma maneira inconsciente nos espíritos de um número indeterminado de indivíduos. As ideias subscientes são aquelas que vivem nos quadros da nossa memória sem ser atualmente, para nós, vontades conscientes; são as ideias que nós percebemos, que nós temos em nossas memórias, depois que as perdemos de vista; elas vivem contudo em nós e influem mesmo inconscientemente em nossos julgamentos e nossos atos, da mesma maneira que pode agir o ambiente de objetos familiares. Esses são objetos que habitam em nós.*" (HAURIU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*. In: **Aux Sources du Droit**: Le pouvoir, l'ordre et la liberté. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933. p. 90). Traduza. Há, no entanto, uma diferença relevante entre as duas abordagens, como se verá na nota de rodapé em que são feitos comentários à passagem em que Hauriou defende a natureza *apriorística* dessas ideias subscientes. O fundamento de Durkheim é empírico; a tese de Hauriou parece ser apenas sociológica, mas ela possui um fundamento metafísico que não está presente no conceito de solidariedade mecânica e é incompatível com o restante da construção de Durkheim (pois a solidariedade orgânica não se fundamenta na semelhança das ideias presentes na consciência

com que o conceito de instituição funcione como um fator de limitação do poder estatal: ao Estado caberia reconhecer a existência de uma instituição no meio social e moderar o seu poder de maneira a preservá-la; regras jurídicas desvinculadas das instituições seriam fadadas ao fracasso e ao desuso.

Hauriou também extrai inspiração de Durkheim. No prefácio da segunda edição de *As Regras do Método Sociológico*, Durkheim escreveu que "*pode-se chamar instituição a todas as crenças e todos os modos de conduta instituídos pela coletividade*". Durkheim buscava compreender como o *meio social* poderia condicionar a conduta *individual*: é à luz dessa chave que devemos compreender o seu conceito de instituição. Hauriou recolhe esse conceito e torce-o em outra direção, fazendo força para acomodar nele um elemento de ação subjetiva que estava ausente da definição de Durkheim²⁷⁸. Há, por isso, uma diferença marcante em relação ao raciocínio de Duguit: o meio social não tinha condições de fazer com que uma regra jurídica se afirmasse de maneira autônoma, e sempre dependia de uma iniciativa prévia de caráter individual — à qual, depois, ele reagia favorável ou desfavoravelmente²⁷⁹. Não eram as regras de direito, emanadas do meio social, que criavam as instituições, mas sim o oposto. Era necessário, assim, que a iniciativa de elaborar uma regra jurídica que respeitasse o conteúdo das ideias firmemente ancoradas na sociedade coubesse *ao Estado*. Tinha-se, com isso, uma teoria de autolimitação do poder, como na teoria alemã do *Rechtstaat*, mas uma teoria de autolimitação *objetiva*, na medida em que a limitação ao poder estatal não dependia exclusivamente da sua vontade²⁸⁰. A ideia de serviço público, pelo seu

das pessoas, mas sim na interdependência funcional entre elas). Se aceitarmos o modelo de interdependência funcional proposto por Durkheim e a escala que ele indica existir entre "solidariedade preponderantemente orgânica" e "solidariedade preponderantemente mecânica", teremos aí um fundamento empírico para apresentar como objeção ao modelo de Hauriou e seu pressuposto de "solidariedade-baseada-em-ideias-objetivas".

²⁷⁸ Com as raízes durkheimianas da teoria de Hauriou, o conceito de instituição de Marcel Mauss depois recepcionado por Durkheim, e a transcrição da formulação incluída na segunda edição de *As Regras do Método Sociológico*, cf. MILLARD, Eric. Hauriou et la théorie de l'institution. *Droit et Société*, Paris, v. 30, 1995. p. 387-8.

²⁷⁹ "*Toca-se em primeira mão no erro fundamental de toda essa construção: ela consiste em tomar a reação por ação e a duração por criação: são os elementos subjetivos que são as forças criadoras e que são a ação; os elementos objetivos, a regra de direito, o meio social, a ordem pública, são apenas os elementos de reação, de duração e de continuidade; atribuir a uns o papel dos outros é colocar a casa de pernas para o ar.*" (HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation. In: Aux Sources du Droit: Le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933. p. 95. Traduzi e grifei).

²⁸⁰ A conexão entre a doutrina alemã e as formulações francesas do início do século XX fica clara em Maurice Hauriou: "*a autolimitação do poder foi muito mal apresentada pela doutrina alemã da Herrschaft e da Willensmacht, a única que disso seriamente se ocupou. Ela foi concebida como*

entranhamento na sociedade, fazia parte da *instituição* estatal e servia como um componente dessa limitação.

Em complemento, Hauriou introduziu o conceito de *gestão pública*, reconhecendo que existem instâncias em que o Estado atua que, a despeito da ausência de exercício manifesto de *imperium*, deveriam ser reconhecidas como tipicamente públicas — e, portanto, remetidas à jurisdição administrativa²⁸¹. Por trás dessa sua construção estava ainda o conceito de *puissance publique*: era a *puissance* típica do Estado, agindo em nome do interesse público, que levava à execução de diversos serviços públicos e envolvia os particulares em um tipo de "cooperação continuada" com o Estado — permitindo a utilização de meios exorbitantes do direito comum nessa tarefa²⁸²:

O direito administrativo é a esfera de atividade jurídica do poder executivo na medida em que exercida pelas administrações públicas com a finalidade de garantir a ordem e de perseguir a utilidade

uma simples autodeterminação subjetiva da vontade dos governantes, o que não apresentava nenhuma garantia. Mas a autolimitação do poder possui um meio de se objetivar que lhe é próprio e que é a organização, transformada gradualmente em instituição [...] A autolimitação do poder, assim corrigida pela teoria da instituição, é no fundo uma teoria de autolimitação objetiva, que merece reconquistar direito de cidadania no império do direito, ao lado da regra de direito objetivo cujas insuficiências se revelam lamentavelmente no direito público." (HAURIOU, Maurice: *Précis de droit administratif et de droit public*. ed. revista e atual. por André Hauriou. Originalmente publicada em 1933. Reedição: Paris: Éditions Dalloz, 2002. p. XV. Traduzi e grifei).

²⁸¹ "Eu escolhi, para esse efeito, a teoria da gestão administrativa, é dizer, da execução de serviços públicos. Eu creio haver demonstrado que se estabelece entre a gestão, de uma maneira necessária, uma colaboração entre a administração e o meio administrável. De uma parte, as verdades científicas que encontram sua aplicação em matéria social nos mostram que todo trabalho é cooperativo, e a execução dos serviços públicos é o resultado do trabalho da *puissance publique*. De outra parte, análises minuciosas confirmam que, de fato, em todos os casos de gestão, descobre-se uma cooperação. O funcionário, o fornecedor, o empreendedor, o contribuinte, o conscrito, o simples administrado são, em ocasiões inumeráveis, colaboradores da administração. **Ao lado da *Puissance publique* que comanda, aparece aquela que gere a vasta atividade cooperativa dos serviços públicos; na gestão administrativa, o caráter cooperativo se revela com a mesma evidência do que na produção econômica; ele explica uma forma de sociedade bastante próxima, o nascimento de direitos subjetivos dos administrados e a criação de um contencioso de plena jurisdição que o mais amplo que pode existir entre o administrado e a administração.**" (HAURIOU, Maurice. *La gestion administrative*. Étude théorique de droit administratif. Paris: Ancienne Maison L. Larose & Forcel, 1899. p. III. Traduzi e grifei).

²⁸² Textualmente: "**Não se dá atenção suficiente ao fato de que basear o direito administrativo unicamente sobre o serviço público é amputá-lo pela metade.** A *puissance publique*, agindo no interesse público, cria e gerencia os serviços públicos, isso é entendido; mas isso é apenas um dos seus modos de atividade; ela possui um outro, que consiste na emissão de ordens. A *puissance publique* legífera, ela regulamenta, ela emite injunções de polícia." (HAURIOU, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t. 1, p. 10. Traduzi e grifei).

pública — pela aplicação das leis, pela polícia e pela gestão dos serviços públicos. **Assim a base do direito administrativo é a atividade do poder público [puissance publique]; não é, como se pretendeu, o serviço público [service public]. Sem dúvida, a gestão dos serviços públicos é uma das finalidades da atividade do poder público, mas ela não é o seu único fim;** há também a aplicação das leis e há também as medidas de polícia destinadas à manutenção da ordem no Estado e à persecução da utilidade pública por meios outros que a organização de um serviço público²⁸³.

O caráter de fundo dessa disputa deve ser bem compreendido: por trás de uma discussão que parece ser apenas teórica existe uma divergência política profunda. O problema objetivo a resolver, é certo, era compatibilizar a expansão do campo de atuação do Estado, dentro da sociedade industrial e de massas em consolidação, com a teoria do direito público até então existente. A teoria de Hauriou *preserva* a centralidade do Estado visto como autoridade e a visão da sociedade como um bloco monolítico de valores que preponderou durante o século XIX²⁸⁴. Se nós compreendermos a sociedade como um complexo de forças e interesses em conflito, o ponto fraco da teoria de Hauriou fica a descoberto: em última análise, o papel do Estado ao "reconhecer" a existência de uma instituição não seria declaratório, mas *constitutivo* — e, mais do que isso, responsável pela realização de uma *arbitragem* em favor de um dos diferentes interesses sociais em conflito²⁸⁵. Um

²⁸³ HAURIUO, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t.1, p. 1. Traduzi e grifei. Cf. também o prefácio à décima primeira edição do *Précis de droit administratif et de droit public*, também incluído na 12ª edição, revista por André Hauriou: HAURIUO, Maurice: **Précis de droit administratif et de droit public**. 12. ed. rev. e atual. por André Hauriou. Originalmente publicada em 1933. Reedição: Paris: Éditions Dalloz, 2002.

²⁸⁴ Uma boa síntese da posição de Hauriou e de sua relação com a posição de Duguit está em BILLIER, Jean-Cassier; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Trad. de Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 279 e ss. *In verbis*: "**Mais especificamente, se [Duguit e seus seguidores] se propõem 'socializar o Estado' e, nesse sentido, redistribuir os poderes pela sociedade de solidariedade, permitindo-lhe opor-se a tudo o que possa lesar a ideia de solidariedade, já a teoria da instituição põe somente nas mãos do Estado a autoridade e confia-lhe o dever e manter os princípios de justiça já consagrados, tanto pela sua duração como pela aprovação do meio social. Deste modo, a teoria da instituição não avança apenas com os princípios da solidariedade, mas também com os princípios do liberalismo individualista, traduzindo a preocupação do decano Hauriou em atingir o equilíbrio entre princípios antinômicos: preservar o que está estabelecido e com isso manter a ordem (valores do liberalismo), mas também realizar a justiça (moderação dos valores liberais mediante o princípio da solidariedade).**" (p. 283. Grifei).

²⁸⁵ Hauriou estava ciente dessa objeção. A sua solução para o problema é defender, de maneira platônica, que as ideias possuem uma *natureza objetiva*, e não são apenas a criação subjetiva de um espírito. Veja-se: "*deve-se perguntar se essa natureza objetiva da ideia é originária e fundadora. Se a ideia fosse a criação subjetiva de um espírito de um indivíduo determinado, não se conceberia como ela poderia adquirir o caráter objetivo que lhe permitiria passar a um outro espírito. Do momento em que as ideias passam de um espírito a outro elas devem possuir,*

papel semelhante ao desempenhado pelo Rei, no Antigo Regime, em relação aos corpos intermediários.

Duguit atribui ao seu raciocínio um caráter necessário e universal quando ele fundamenta sua construção na análise sociológica de Durkheim, mas aqui está também o seu ponto fraco: naturalizar uma das premissas que ele emprega ao dizer que o direito *sempre* é o resultado da necessidade de preservação da interdependência social e da solidariedade social. Essa perspectiva não é neutra: pode-se até concordar que essa seja a *melhor relação possível* entre o poder do Estado e a sociedade civil, e mesmo entre os integrantes da sociedade civil, mas ela é apenas uma das relações possíveis entre esses fatores. Mecanismos de coordenação entre os diferentes segmentos da sociedade podem ter diferentes calibrações: podemos ter uma calibração que atribua maior espaço à liberdade individual e à mecânica da busca do interesse próprio, ou podemos ter uma calibração que restrinja esse espaço e dele exclua atividades que sejam vistas como nocivas ao conjunto da sociedade²⁸⁶. Nos dois casos, temos "interdependência social". Podemos também, alternativamente, ter uma organização estatal que imponha, pela força, as regras que desejar às pessoas compreendidas em seu campo de influência, e *modele* as relações de interdependência existentes entre elas da maneira que desejar. O tipo de solidariedade de que fala Duguit e o papel que ele atribuiu ao Estado nessa preservação não eram dados naturais: eram

desde o início, uma natureza objetiva. Na realidade, não há criadores de ideias, há apenas encontradores [trouveurs]. *Um encontrador, um poeta inspirado encontra uma ideia na maneira em que um mineiro encontra um diamante: as ideias objetivas existem de antemão dentro do vasto mundo, incorporadas às coisas que nos cercam; em momentos de inspiração, nos as encontramos e as limpamos da sua ganga.*" (HAURIU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation. In: **Aux Sources du Droit: Le pouvoir, l'ordre et la liberté.** Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933. p. 101. Traduzi e grifei). Com isso, ele responderia à crítica que fiz no corpo do texto: o Estado não seria "árbitro" entre preferências distintas: ele apenas ajudaria a selecionar as ideias "verdadeiras" e a separar "os diamantes da ganga" — o que nos permitiria levantar, contra Hauriou, objeções semelhantes àquelas que Kelsen, baseado no relativismo moral que ele via como condição essencial da teoria da democracia, apresentou contra Schmitt e seu modelo do Presidente-defensor da Constituição.

²⁸⁶ Como se vê nas numerosas críticas tecidas por Émile Durkheim à tese de Herbert Spencer, que defendia o estabelecimento de um equilíbrio social global por meio da coordenação entre os diferentes interesses individuais presentes na sociedade (DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social.** Trad. de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 193-207). O darwinismo social de Spencer teve impacto em decisões da Suprema Corte norte-americana do início do século XX, como por exemplo (a.) a infame decisão *Lochner*, que julgou inconstitucional a uma lei regulando o tempo máximo da jornada de trabalho em padarias e alegou que essa questão deveria ser objeto de livre negociação entre empregado e empregadores — *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), e (b.) as decisões permitindo a *esterilização* de pessoas portadoras de alguma deficiência mental (com a igualmente infame frase do Juiz Oliver Wendell Holmes, em *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, (1927), de que "*três gerações de imbecis eram suficientes*").

opções políticas. Falar-se em "solidariedade social" como elemento "natural" da sociedade, nesse contexto, é ocultar o caráter contingente que esse conceito possui²⁸⁷.

Daqui é possível compreender por quais motivos a teoria de Duguit seria especialmente atrativa para a *République à gauche* francesa do início do século XX — e o que ela apresentava de novo depois de um século em que a sociedade francesa havia sido particularmente liberal e individualista. Por aqui também se pode compreender — como se verá mais adiante — que o conceito de serviço público tenha sido empregado em um contexto no qual o Estado passou a ser mais hostil aos empreendedores, e quando passou a colocar as necessidades sociais da população acima da "santidade dos contratos" que houvesse firmado. No fundo, esse raciocínio equivalia a determinar, nesses contratos, a sua "função social"— e, em razão dela, permitir a modificação do conteúdo das suas cláusulas. Tudo se passa, na superfície, como se estivéssemos apenas diante de um jogo técnico entre conceitos e institutos jurídicos; abaixo do nível do mar, contudo, o que temos é a imposição de preferências políticas que se valem de uma linguagem técnica aparentemente neutra para atingir os seus objetivos.

De qualquer maneira, Duguit e Hauriou estão menos distantes do que as críticas que faziam um ao outro sugerem. *Ambos rompem*, cada um a seu modo, com o modelo de direito público que havia sido formado durante o Antigo Regime e durante o primeiro século do regime pós-revolucionário. *Ambos* buscam um fator externo à política que pudesse servir como critério de controle à atuação parlamentar. *Ambos* concordam que o conceito de *serviço público* deve ter um lugar relevante na nova fase do direito público francês. Tudo isso são sintomas de uma transformação mais profunda na sociedade francesa. Se as duas principais construções doutrinárias tentando adaptar o Direito Administrativo aos novos tempos

²⁸⁷ Hauriou explicaria que: (a.) a doutrina publicista do século XIX, na esteira de uma longa tradição, apartou o direito público do direito privado com base nos *meios* empregados pelo Estado e pelos particulares: *puissance publique* em um caso, autonomia da vontade em outro; (b.) que, nisso, ela negligenciou indevidamente a questão dos *fins* da ação administrativa, que não poderia ter sido tão desconsiderada, e que (c.) "*as doutrinas socializantes do final do século XIX se beneficiaram dessa omissão*", chamando para si a tarefa de reabilitar a noção de finalidade dentro do Direito. Ele diria, criticando essas posições radicais, que "*essa inversão de valores constitui a heresia do socialismo jurídico, cujos danos não convulsionaram o mundo do direito menos do que as divisões religiosas convulsionaram a cristianidade.*" (HAURIOU, Maurice: **Précis de droit administratif et de droit public**. 12. ed. rev. e atual. por André Hauriou. Originalmente publicada em 1933. Reedição: Paris: Éditions Dalloz, 2002. p. IX-X. A tradução é minha).

reconheciam um papel-chave ao conceito de serviço público (ainda que diverjam quanto ao significado desse contexto e às suas implicações), o Conselho de Estado certamente não poderia ficar impassível a isso.

Com efeito, o Tribunal de Conflitos *já havia rompido* com a lógica do *État puissance* quando julgou, em 1873, o célebre caso *Blanco*²⁸⁸. Os fatos do caso são bem conhecidos: em 3 de novembro de 1871, a garota Agnès Blanco, filha do senhor Jean Blanco, passeava na via pública e, ao passar diante de um estabelecimento público de venda de tabacos, foi atingida por um vagonete empurrado por funcionários desse estabelecimento — explorado pelo Estado mediante uma *régie*. Ela precisa sofrer uma amputação, e o seu pai posteriormente ajuíza uma ação indenizatória perante o tribunal civil de Bordeaux. O Tribunal de Conflitos é chamado a decidir em qual justiça o pedido de indenização do senhor Blanco deveria ser apreciado. Pelo modelo do *État puissance*, o caso deveria ser julgado pela autoridade judicial e de acordo com as regras do Código Civil²⁸⁹. O Tribunal, no entanto, diz que a responsabilidade que o Estado possa ter em razão dos danos causados a particulares "*pelo fato das pessoas que ele emprega no serviço público não pode ser regida pelos princípios que são estabelecidos no Código Civil*"; essa responsabilidade "*possui suas regras especiais, que variam segundo as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados*", e que por isso apenas a autoridade administrativa poderia examinar o litígio.

²⁸⁸ TC 8 de fevereiro 1873. *Blanco*. Rec. 1º suppl. 61, concl. David. LONG, Marceau *et al.* **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 1-7.

²⁸⁹ Hauriou, explicando o estado da doutrina que ele criticava, ressaltou que, para Laferrière, em algumas passagens de seu *Traité*, "*os atos de gestão são aqueles que a administração realiza na sua qualidade de gerente e intendente de serviços públicos*", e que "*há atos de gestão feitos em 'vista de serviços públicos'*". Léon Michoud, na mesma direção, mas com um conceito ainda mais abrangente, entendia que: "*na Comuna, como no Estado, é preciso distinguir os atos de gestão dos atos de autoridade. Os primeiros são aqueles nos quais o representante da comuna não exerce a puissance publique que lhe pertence, eles compreendem não apenas os atos de administração do patrimônio privado comunal, mas todos os atos naqueles não há nem injunção nem proibição, nem autorização de polícia, mesmo que eles sejam realizados em vista de um serviço público*". Resumindo a posição da doutrina tradicional, Hauriou concluía: "*dessa maneira, a gestão seria a própria execução dos serviços públicos, seja ela garantida ou não por meios financeiros ou patrimoniais*", e que a gestão, em sentido lato, poderia ser compreendida como "*a administração econômica do país*". Sua crítica, alinhada com sua teoria da instituição, é de que os serviços públicos servem para *mais* do que isso: eles servem para "*constituir e manter a unidade política do país*". Daí a possibilidade do alargamento do conceito de Administração como ente *sui generis* inserido no meio social: "*eu volto simplesmente a esta proposição: há na administração tanto um poder que se afirma quanto um trabalho que se realiza*." (HAURIOU, Maurice. **La gestion administrative**. Étude théorique de droit administratif. Paris: Ancienne Maison L. Larose & Forcel, 1899. p. 5-6. Traduzi).

Na prática, o Tribunal de Conflitos com isso conclui que uma situação em que o Estado teoricamente poderia ser visto como sendo equivalente a "um particular qualquer" — e portanto passível de classificação no campo dos "atos de gestão" — deveria ser incluída no campo reservado aos "atos em que o Estado tem direito a um regime jurídico especial". O regime jurídico especial associado a esse segundo campo, na dicção do Tribunal, é aquele da "legalidade não-silogística" de que se falava no início do século: o Tribunal afasta as regras do Código Civil e sinaliza que a responsabilidade do Estado, no caso, tem "regras especiais" — cuja fonte, todavia, ele não indica. A decisão do caso *Blanco*, de fato, pode ser vista como dando suporte à afirmação de que o Estado atua como um ente especial mesmo quando não aparece como manifestação direta de *puissance publique*. No entanto, (a.) o relatório do Comissário de Governo David *está baseado precisamente* no modelo que aparta *État puissance*, de um lado, e *État personne civile*, do outro: o que ele faz é submeter ao *État puissance* a execução de serviços públicos²⁹⁰; e (b.) nada se diz nessa decisão sobre a relevância do conceito de serviço público como pedra angular de todo o Direito Administrativo ou sobre a necessidade de preservação da interdependência social. Essa transformação do sentido do conceito de serviço público foi efetuada, posteriormente, pela doutrina²⁹¹. Caberia a ela e à

²⁹⁰ "Em presença de duas citações que determinam da maneira mais clara o domínio respectivo da autoridade judiciária e da jurisdição administrativa, nós podemos até agora concluir que se o Estado, enquanto pessoa civil, considerado seja como proprietário, seja como contratante e em razão das relações que decorrem entre ele e os particulares, é justiciável nos tribunais ordinários, **ele não o é enquanto *puissance publique* encarregada de garantir a execução dos diversos serviços administrativos**, a menos, contudo, que leis especiais a esses serviços tenham submetido-o excepcionalmente à autoridade judiciária, como ocorre em matéria de aduanas, de contribuições indiretas, de registros, de desapropriação por utilidade pública e mesmo de simples ocupação temporária para trabalhos de fortificação. **Mas essas exceções apenas confirmam a regra de nosso direito público, que coloca no domínio natural da competência administrativa todas as reclamações formadas contra o estado em razão dos serviços públicos**". Disponível em: <http://www.lexinter.net/JPTXT2/conclusions_david1.htm>. Acesso em: 15 jul. 2012. Traduzi e grifei.

²⁹¹ O termo "serviço público" está presente na doutrina francesa pelo menos desde o início do século XIX — ainda que com outro significado. Serviço público, lá, era utilizado genericamente como termo descritivo de "atividades da Administração". Por isso, atos materiais compreendidos nessa rubrica poderiam em tese ser classificados no grupo dos "atos de gestão": bastava que eles não envolvessem a utilização de *puissance publique*. Para um histórico da utilização da expressão, conferir JOURDAN, Philippe. **La Formation du Concept de Service Public**. Paris: Revue de Droit Public, 1987. p. 89-118. Sobre o caso *Blanco*, Jourdan acertadamente esclarece que "o aporte essencial dessa decisão é, não de fazer da operação de serviço público o critério da competência administrativa, mas de incluir, contrariamente a algumas afirmações doutrinárias, os atos de gestão dos serviços públicos dentro da categoria dos atos de *puissance publique*." (*Ibidem*, p. 111). Como comparação entre o que se diria algumas décadas mais tarde, conferir o que dizia Léon Aucoc em 1878 sobre o problema da repartição de competências e como ele utilizava, na sua explicação, os conceitos de "*puissance publique*", "ato de gestão", "serviço público" e

jurisprudência do Conselho de Estado, no início do século XX, fazer uma síntese peculiar entre as teorias de Duguit e Hauriou e, a partir daí, criar a teoria francesa do contrato administrativo.

§ 3º O enquadramento jurídico dos contratos da Administração

A. Introdução: entre o serviço público e a teoria da instituição

O que se disse até aqui apenas fornece o pano de fundo sobre o qual o Direito Administrativo se desenvolveu a partir da virada do século. As teorias formuladas por Duguit e Hauriou foram as principais tentativas de reconstrução do Direito Administrativo liberal e individualista do século XIX, que já não dava mais conta de regular adequadamente o tipo de atuação que se reclamava do Estado. Nenhuma dessas teorias explica sozinha, contudo, aquilo que ocorreu no ambiente francês no início do século XX: é a uma peculiar *combinação* das suas características que nós devemos a formação da teoria do contrato administrativo.

"contratos firmados em vista de um serviço público": *"A questão [sobre a repartição de competências entre a jurisdição administrativa e a judiciária] poderia ser resolvida em sentido inverso de uma maneira bem simples, lógica, e conforme ao pensamento que inspirou a Assembleia constituinte de 1789. Seria possível dizer que todo ato feito pela autoridade administrativa, como puissance publique, em vista da gestão de um serviço público, pode ser discutido apenas diante da jurisdição administrativa. Com efeito, o que a Assembleia constituinte quis, ao firmar o princípio de separação de poderes, é que um serviço público não possa ser entravado pela intervenção da autoridade judiciária. Só teriam sido enviadas a tal autoridade, no silêncio dos textos, as dificuldades relativas aos atos onde a administração figura como proprietária, nas mesmas condições que os simples particulares, e nas quais ela se conforma às regras do direito civil. Esse pensamento, contudo, que parece ter sido, em diversas oportunidades, aquele do Conselho de Estado até uma época não muito distante, não prevaleceu completamente. No estado atual da jurisprudência do Conselho de Estado e do tribunal de conflitos, admite-se como uma consequência necessária do princípio de independência da administração em relação à autoridade judiciária, que a jurisdição administrativa é competente, de pleno direito, para reconhecer os direitos e as obrigações que derivem, seja para a administração, seja para os particulares, das leis e regulamentos que tenham organizado os serviços públicos, e para decidir sobre os litígios que sejam levantados pelos atos feitos pela administração na execução dessas leis e regulamentos. Quando se tratar, pelo contrário, de direitos e obrigações que derivam de um contrato propriamente dito feito pela administração, é à autoridade judiciária que cabe, em princípio, apreciá-los, mesmo que o contrato tenha sido feito, não para a gestão das propriedades públicas nas condições do direito civil, mas em vista de um serviço público. A jurisdição administrativa não pode ser provocada sobre as dificuldades relativas à execução dos contratos a não ser quando exista um texto de lei que lhe atribua competência a esse efeito."* (AUCOC, Léon. *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*. 2. ed. Paris: Dunod, 1879. v. 2, p. 437-8. Traduzi e grifei).

Duguit, como expliquei, ofereceu um programa radical de reforma ao Direito Administrativo — eliminando dele a ideia de que o Estado teria um *droit subjetivo* ao exercício da *puissance* e inserindo, em seu lugar, a noção de que o poder público tem como função manter o equilíbrio geral da sociedade por meio de atividades qualificáveis como "serviço público". Globalmente, certamente uma reorientação substancial sobre o modelo anterior — e que implicava a *erosão* do binômio *État puissance* e *État propriétaire*. Nos *detalhes*, todavia, nem sempre o programa de Duguit era tão revolucionário: ao examinar a natureza jurídica dos contratos firmados pelo Estado, Duguit posicionava-se em um lugar *muito distante* daquele ocupado pela atual teoria do contrato administrativo. Ele *não traçava distinção alguma* entre contratos privados e contratos firmados pela Administração: via apenas a categoria jurídica "*contrato*", e discordava de que a qualidade das pessoas que nele aparecessem como partes pudesse modificar a sua natureza jurídica:

Diz-se ainda: o caráter do ato jurídico público é totalmente diferente do caráter do ato jurídico privado; quando um ato jurídico emana do Estado ou de uma pessoa pública, o sujeito de direito não pode jamais despir-se inteiramente do caráter de pessoa pública que lhe pertence e que lhe confere uma superioridade sobre a pessoa com a qual ele estabelece uma relação jurídica. Esse caráter todo particular, resultante da natureza mesma da pessoa pública, aparece, fala-se, sobretudo nos atos unilaterais ditos atos de autoridade ou de *puissance publique*, onde a situação de direito nasce sobretudo da vontade superior da pessoa pública e que não possui e não pode possuir análogos no direito privado. Mas esse caráter particular aparece também, acrescenta-se, nos contratos que faz o Estado ou uma pessoa pública; esses contratos tornam-se contratos de direito público; não se pode aplicar a eles as regras do direito privado. [...]

Nós repudiamos energicamente essas proposições. O ato jurídico possui uma certa natureza que se trata de determinar; mas nós não concebemos que esse ato possa ter uma natureza diferenciada segundo a pessoa de quem ele emana. O ato jurídico é uma manifestação de vontade produzindo um efeito de vontade porque ele teve lugar nos limites fixados pela lei e em vista de uma finalidade conforme à lei: o ato jurídico sempre possui esse caráter. **O contrato notadamente possui um certo caráter que ele sempre preserva;** e quando nós entendemos falar de contrato de direito público, nós não podemos deixar de crer que há nisso uma pura sutileza, para justificar mais ou menos felizmente um privilégio de jurisdição ou outro atribuído à pessoa pública²⁹².

²⁹² DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Paris: Albert Fontemoing, 1907. p. 67-9. Traduzi e grifei. No **Traité de Droit Constitutionnel**, de 1927, conferir p. 699 e seguintes. Inseri, no corpo do texto, uma citação da primeira edição porque inserir o texto mais recente faria com que tópicos que ainda não expliquei na dissertação já fossem antecipados.

Essa posição estava de acordo com os fundamentos do modelo de Duguit. Ele não via como relevante a distinção entre direito público e direito privado; queria, precisamente, *implodi-la*. Todos os atos jurídicos, praticados pelo Estado ou pelos particulares, deveriam ser conformes às regras de direito objetivo apuradas de acordo com as necessidades da solidariedade social. A distinção vista por Duguit como relevante dizia respeito à *estrutura lógica* dos atos jurídicos em sua relação com essas regras de direito objetivo: nessa perspectiva, ele diferenciava "atos-regra" (comandos gerais e abstratos), "atos-condição" (atos individuais que disparam a incidência de regimes pré-estabelecidos) ou "situações jurídicas subjetivas" (atos que complementam, dentro da moldura de um regime jurídico mais genérico, o conjunto de regras aplicável a uma determinada relação jurídica)²⁹³. Que um contrato comum fosse firmado pelo Estado ou por um particular seria *indiferente*: sempre teríamos, em razão do grau de liberdade possuído pelo Estado ou pelo particular na sua realização, hipótese de ato subjetivo — e, em qualquer hipótese, sempre submetido ao direito. Em contratos de concessão de serviços públicos, entretanto, Duguit vislumbrava uma *composição* entre um ato-regra (que continha as condições técnicas de exploração do serviço) e um contrato (que continha a remuneração devida ao concessionário). Como as condições de exploração do serviço estavam diretamente ligadas à preservação da interdependência social, elas eram por definição permanentemente mutáveis²⁹⁴.

²⁹³ DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1927. t. 1, p. 325-30. A crítica à doutrina dos contratos de direito público está em DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2 ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923. t. 3, p. 402-26.

²⁹⁴ "*Ela é incontestavelmente uma convenção, mas uma convenção que compreende duas categorias de cláusulas inteiramente distintas: as cláusulas contratuais e as cláusulas regulamentares. As primeiras se reconhecem em razão de que elas não são concebíveis a não ser quando haja uma concessão e que elas seriam impossíveis se o serviço público fosse executado diretamente. Nelas, é certo que o Estado não pode tocar, mesmo por uma lei formal e que, se ele o fizer, seu ato será inexistente. [...] Quanto às cláusulas regulamentares da concessão, elas se reconhecem em razão de que são possíveis em um regulamento unilateral fixando a exploração de um serviço não concedido. Elas formam a lei do serviço concedido, mas elas são estabelecidas em virtude de uma convenção entre o concedente e o concessionário. Essa convenção não é um contrato, ainda que depois da sua realização apareçam, não um crédito e uma dívida, mas um regra e uma situação objetiva, situação feita ao concessionário, aos seus agentes e a todos os usuários do serviço concedido. [...] O Estado pode modificar as condições de exploração do serviço tal qual tenham sido determinadas pelas cláusulas regulamentares do ato de concessão? Deve-se responder afirmativamente, sem hesitar. Não se pode objetar que ele esteja vinculado por um contrato: não há nada disso. Há uma união, uma Vereinbarung, que condicionou o nascimento da lei regulando o serviço, da situação objetiva, legal, que é feita ao concessionário, aos seus agentes, a todos aqueles que usam o serviço. Os órgãos públicos são antes de tudo encarregados de garantir o funcionamento dos serviços nas melhores*

Hauriou, de outro lado, sugeria que os atos por meio dos quais a cooperação incluída na categoria "gestão administrativa" era estruturada, embora parecessem com contratos, não eram regidos pela lógica do direito privado. Distanciando-se do modelo que predominou durante o século XIX, Hauriou viu na conexão que estabeleceu entre a gestão administrativa e a *puissance publique* um caminho para concluir que os contratos por meio dos quais os particulares eram chamados para colaborar na execução de serviços públicos eram marcados por desigualdade: a Administração reservava, em seu benefício, o direito de remeter litígios à jurisdição administrativa e o privilégio *du préalable*, atributo essencial da *puissance publique*. A citação feita a seguir é longa, mas fundamental para compreender o seu raciocínio — e a teoria que se desenvolveria na França nos anos posteriores.

Será que a natureza mesmo da operação pela qual o direito é exercido teria essa virtude de desnaturar o seu caráter? **Insinuou-se isso a propósito dos atos de gestão contratuais; disse-se que no contrato a *puissance publique* aceitava a lei de igualdade, que ela se despia por isso mesmo do seu caráter imperativo de *puissance publique*, que ela se tornava comparável a uma vontade privada.** Essas asserções não são exatas. Em direito, não é indispensável que dois contratantes estejam em pé de igualdade; o precário concluído entre um homem poderoso e o humilde que pede o seu apoio é um contrato. As situações contratuais podem tender à igualdade, elas não a implicam necessariamente na sua base. O contrato é fundado sobre o consentimento, e pode-se consentir em ser inferior e desigual, se as leis não o proibissem, o contrato de escravidão seria possível. **De fato, nos contratos administrativos efetuados para a gestão dos serviços públicos a administração não contrata em pé de igualdade, ela se reserva privilégios.** Além do privilégio de jurisdição, deve-se lembrar todos aqueles que pode invocar o estado credor ou o estado devedor, deve-se lembrar que em princípio das decisões administrativas nas relações do Estado e dos seus empreendedores e fornecedores possuem o mesmo caráter que as decisões jurisdicionais sobre resilições ou a colocação em *régie*? Que todo contrato firmado para os serviços públicos do Estado é executado por decisões administrativas e que essas decisões possuem o privilégio ordinário da execução provisória? Que elas permitem sempre à administração agir unilateralmente até o limite do seu direito e que elas impõem ao contratante que deseja reclamar, a obrigação de adquirir o papel de demandante? **Que em uma palavra a administração conserva sempre o privilégio *du préalable* que é o atributo essencial da *puissance publique*? Não é possível permanecer na fachada quando se examina os**

condições possíveis; e eles possuem por consequência, não apenas o poder, mas o dever de intervir para realizar todas as modificações necessárias ao bom funcionamento do serviço, quer seja ele concedido ou não. (DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2 ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923. t. 3, p. 414-5. Traduzi e grifei).

contratos administrativos, é preciso penetrar no detalhe interior; para o *marché* de trabalhos públicos, por exemplo, é preciso estudar o caderno de encargos e condições gerais e dar-se conta da situação subordinada que é feita ao empreendedor.

Portanto, mesmo nos atos de gestão contratuais, não há a situação de igualdade que é a própria da vida privada, manifesta-se ao contrário uma desigualdade e uma subordinação que são a característica da *puissance publique*. E portanto os contratos administrativos não são o tipo do ato de gestão, eles são dela, ao contrário, o limite, há atos pecuniários unilaterais como a liquidação de dívidas ou o *arrêté de débet*, atos de gestão forçada como a requisição ou a ocupação temporária, atos de gestão oficiosa, como a eleição ou a autorização de estabelecimentos perigosos, onde verdadeiramente a *puissance publique* se afirma.

Na realidade, se nós voltamos à ideia da colaboração, nós compreendemos perfeitamente a situação; a *puissance publique* colabora com alguns administrados para a gestão do serviço público, e se ela colabora é porque ela continua a existir; ela é vinculada em parte pela colaboração e pelas concessões que isso gera, cria-se então um estado de sociedade especial que, mesmo não sendo contratual não deixa de gerar por isso menos efeitos jurídicos, mas do fato de que a *puissance publique* esteja vinculada não se segue que ela esteja enfraquecida, nem que seja reduzida ao grau de uma vontade privada. A colaboração, contratual ou não, não implica forçosamente igualdade. [...] **Assim é que a *puissance publique* na atividade cooperativa dos serviços públicos, ela aceita concursos e dedicações, ela possui auxiliares e servidores, ela não abdica por isso da sua supremacia [*maîtrise*]; ela permanece um patrão que impõe o seu direito ao mesmo tempo que a sua vontade**²⁹⁵.

Não há referência expressa de Hauriou nesse sentido, mas tudo indica que, dentro da atitude que lhe havia levado a recepcionar partes da teoria do *Rechtstaat*, ele estava transpondo, para o direito francês, a teoria alemã dos contratos de direito público elaborada durante a segunda metade do século XIX²⁹⁶: é lá que

²⁹⁵ HAURIUO, Maurice. **La gestion administrative**. Étude théorique de droit administratif. Paris: Ancienne Maison L. Larose & Forcel, 1899. p. 74-6. Traduzi e grifei.

²⁹⁶ E mesmo a teoria da gestão pública parece possuir raízes alemãs. Veja-se o que diz Otto Mayer sobre o papel do Estado enquanto gestor de empreitadas públicas: "*Está mais de acordo às ideias dominantes do direito atual deixar o Estado na sua esfera natural, mesmo quando ele se apresenta como gerente das grandes empreitadas públicas. Nessa função, ele não é o fisco, o 'simples particulier'. Ele efetua a administração pública sob uma outra forma, mas com o mesmo caráter geral que quando ele faz realizar, para essa finalidade, atos de autoridade. Não há portanto duas pessoas diferentes que agem aqui; há apenas uma, o Estado, permanecendo dentro da esfera do direito público, representado apenas de duas maneiras — como é o caso na justiça criminal, pelo juiz e pelo ministério público. A autoridade que dirige a empreitada pública formula, em primeiro lugar, a vontade do Estado; para dar mais garantias ao sujeito, essa vontade é submetida a uma espécie de controle. [...] As coisas são essencialmente as mesmas quando se trata de uma empreitada de uma comuna ou de um concessionário. Aqui*

encontramos a afirmação de que o Estado jamais pode se colocar em uma posição de igualdade com os particulares com quem estabelecer relações contratuais (ou aparentemente contratuais) tendo por objeto matérias de direito público.

Na primeira metade do século XIX, a teoria alemã sobre esse ponto era semelhante à francesa, e admitia que o Estado, nas suas relações patrimoniais, utilizasse formas de direito privado²⁹⁷. Esse entendimento é perfeitamente explicável à luz das raízes romanas comuns dos sistemas jurídicos francês e alemão. Tal estado de coisas começa a mudar com Paul Laband: examinando a situação jurídica do naturalizado e do funcionário público, ele concluiu que essas relações entre esses particulares e o Estado deveriam ser reguladas por um *contrato de direito público*. Seu modelo para desenhar essa relação não pressupunha o estabelecimento de vínculos jurídicos em uma relação entre iguais: pressupunha o estabelecimento de uma *relação de puissance especial* entre súditos e Império — portanto, entre *desiguais* — e que tinha por efeito estabelecer deveres particulares de fidelidade, obediência e serviço²⁹⁸.

também, a expropriação representa uma ação combinada da administração pública." (MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand**. Paris: V. Girard & E. Brière, 1905. t. 3, p. 51-2. Traduzi e grifei). Está ausente, de Otto Mayer, a teoria da instituição que é formulada por Hauriou. As peças conceituais estavam todas já cunhadas e à disposição, mesmo assim, para uma teoria que quisesse associar parte dos atos de gestão aos atos de *puissance*.

²⁹⁷ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos**: O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 139-48.

²⁹⁸ "A relação entre vassalo e suserando não era formada por um 'dare facere praestare oportere' recíproco, mas pelo 'mundeburdium' (defensio) et 'fides'. **A relação de serviço que une o funcionário do Estado ao Estado é do mesmo gênero, salvo que é, não de Direito privado, mas de Direito público.** Essa relação supõe um contrato que o estabelece, é dizer, um consentimento especial para cada caso. É preciso que o Estado declare sua vontade em tomar a pessoa, individualmente determinada, ao seu serviço, e que o funcionário consinta em entrar em seu serviço. **Mas esse contrato não é um contrato de direito obrigatório; ele funda uma relação de puissance do Estado, um dever particular de serviço, de obediência, de fidelidade do funcionário e, de outra parte, o dever para o Estado de protegê-lo e conceder a ele a remuneração acordada pelos seus serviços.** Também aqui, o que é essencial, é o dever para o Estado de proteger o funcionário no exercício das suas funções; a remuneração dos seus serviços é a regra, mas não é essencial. O funcionário que falta com o seu dever de serviço não viola um contrato, ele comete um delito (Vergehen), um 'delito disciplinar', correspondente à felonía do vassalo. **Preencher os deveres de funcionário não é se conformar aos termos de um contrato, é preencher o dever de fidelidade e de obediência que se aceitou.** Assim, portanto, o serviço do funcionário se distingue do serviço do súdito em que esse último deve executá-lo sem ser comprometido a isso por uma decisão da sua vontade livre, e ele se distingue do serviço do homem contratado [loué] pelo Estado no sentido de que esse último é, para o Estado, um contratante de direitos iguais aos seus. **A relação de serviço, delimitada dessa maneira por essa dupla oposição, constitui o critério decisivo e essencial da noção jurídica de funcionário.**" (LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand**. Ed. francesa, revisada pelo autor. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901. t. 2, p. 107-8. Traduzi e grifei).

Otto Mayer iria um passo além: ele primeiro diria que "*no direito civil, trata-se de fixar os limites do poder jurídico recíproco dos indivíduos entre si [...], no direito administrativo, pelo contrário, os direitos dos indivíduos apenas tem um papel acessório. O essencial é o poder administrativo*"²⁹⁹; a seguir, concluiria que a figura do contrato não tinha lugar dentro do direito público pois, entre o Estado e o súdito, apenas relações de *comando* poderiam ser estabelecidas. O que poderia existir no campo do direito público era, de maneira semelhante ao que dizia Laband, uma relação de sujeição, "*uma relação entre pessoas desiguais do ponto de vista do direito, cujo conteúdo é determinado pela pessoa superior*"³⁰⁰. Não havia, no entanto, *contrato*: havia um *encontro* entre declarações unilaterais — o particular era apenas um *voluntário* que manifestava o desejo de submeter-se a uma relação especial com o Estado e inteiramente conformada por este (e, no modelo de Mayer, inclusive livre das amarras da lei). Contratos que tivessem por objeto matérias de direito público não poderiam ser feitos com o Estado porque ele jamais poderia despir-se da sua posição de supremacia e se tornar igual a um particular; jamais poderia tolerar, assim, que os seus poderes de mando fossem comprimidos por um

²⁹⁹ MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Tomo I. Paris: V. Girard & E. Brière, 1903. p. 173. *Apud* KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 141. Com uma discussão do problema, cf. FLEINER, Fritz. **Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand**. Trad. de Charles Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933. p. 132-5. Com um panorama da doutrina alemã, ver ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um Olhar Português**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 167-72; GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo**. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 12-6.

³⁰⁰ MAYER, Otto. *op. cit.* p. 137. *Apud* KIRKBY, *op. cit.*, p. 141. No volume IV, depois de examinar outras alternativas expostas na doutrina (contrato de direito privado, contrato de direito público, contrato misto), Mayer conclui que "*todos esses esforços, todos esses desvios servem apenas para complicar as coisas mais simples: elas se explicam pelo fato de que não se possui ainda uma ideia suficientemente clara e precisa do ato administrativo. Para nós, a concessão é um ato administrativo, especialmente uma disposição determinando discricionariamente o que deve ser de direito no caso individual. (comp. t. 1º, p. 120, p. 127). É um ato jurídico de direito público. A possibilidade para esse ato de criar direitos e deveres explica-se por si só — pelo menos no sistema do Estado regido pelo direito que nós nos elogiamos por possuir*". (MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand**. Paris: V. Girard & E. Brière, 1906. t. 4, p. 165-6). Explicando os rumos da doutrina contratual pública do período, Michael Stolleis enuncia a relação entre ela e a teoria do *Rechtstaat*: "*a figura central do estado que exercia a soberania, vontade "dominante" — como Gerber e Laband, por exemplo, a tinham esboçado — basicamente excluía a elaboração contratual de pactos entre o estado e o cidadão-súdito. O estado, em que todos os direitos soberanos estavam concentrados, era um ser de maior dignidade que o cidadão, e o nível contratual era visto como impróprio para ele. Adicionalmente, o estado liberal, concentrado na defesa contra o perigo, poderia estar satisfeito com ordens de políticas públicas, enquanto para ações não soberanas o direito comum permanecia disponível.*" (STOLLEIS, Michael. **Public Law in Germany: 1800-1914**. Nova York: Berghahn Books, 2001. p. 398. Traduzi).

pacto feito com um particular. Contratos só poderiam ter por objeto atividades típicas de direito privado como, por exemplo, a compra e venda de bens³⁰¹.

Dizer que o Estado jamais poderia se despir da sua posição de superioridade era coerente com uma teoria que via na *Herrschaft* o seu traço diferencial. Isso era totalmente estranho, no entanto, à tradição francesa, acostumada a ver nos contratos firmados pelo Estado a figura do *État propriétaire* — mesmo quando ele tinha direito a privilégios que derogavam as regras do direito civil. Hauriou mencionava a "*indisponibilidade da puissance publique*" como se estivesse falando de algo natural e necessário à teoria do Direito Administrativo. Mas, na verdade, ele estava *rompendo* com a teoria francesa tradicional, que via essa *puissance* indelegável apenas nos atos de *autoridade*, não nos atos contratuais. Essa ruptura, ao que tudo indica, era o resultado (i.) da importação da teoria contratual alemã, feita de acordo com as diretrizes do modelo positivista do *Rechtstaat*, e (ii.) dos fundamentos da teoria que Hauriou construiu, reservando ao Estado um papel ativo que estava ausente do modelo de Duguit. Seja como for, a teoria de Hauriou, por *preservar* o binômio *État puissance* e *État propriétaire* (embora modificasse as suas fronteiras em razão do conceito de *gestão pública*), era globalmente *mais compatível*

³⁰¹ E é este o lugar reservado, na construção de Mayer, à teoria do Fisco. Exemplificativamente, ver o seguinte trecho: "são submetidos à expropriação, em princípio, todos os imóveis do território, qualquer que seja a sua qualidade ou a maneira na qual eles são explorados, qualquer que seja o proprietário. Especialmente, os imóveis do Estado não são dispensados disso. Acreditou-se poder falar de 'absurdo': como o Estado, que no entanto é o único a expropriar, pode compelir-se a si mesmo? Mas não se trata aqui de um fato isolado! O Estado condena-se a si próprio pelos tribunais, ele se impõe encargos públicos e, em geral, aparece em toda uma série de instituições de direito administrativo como objeto passivo da atividade da *puissance publique*: o direito público reage sobre o Estado tanto quanto o direito civil. **É aqui que aparece a importância prática da noção de fisco da qual se abusa tão frequentemente: ela significa que o Estado está em uma situação onde ele se tornou suscetível de ser tocado pelos fatos jurídicos do direito civil ou do direito público, como um particular (t. I, § 12, III, n. 2, acima). O Fisco, é o Estado enquanto sujeito de direitos pecuniários, e por consequência, especialmente, como proprietário de bens imóveis. Se ele possui a propriedade imobiliária como um particular, sua propriedade é afetada pelas regras de direito civil; por que ela não o seria também pelas regras da lei sobre expropriação?"** (MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand**. Paris: V. Girard & E. Brière, 1905. t. 3, p. 29-30). Traduzi e grifei. Mayer depois esclarecia que os bens incluídos no domínio público não estavam submetidos às regras do direito civil, e não eram de propriedade do Estado enquanto Fisco (p. 31, e depois 99 e seguintes); ela era uma propriedade submetida a um regime comparável àquela que, durante a República romana, afetava os bens da *res publica* ("a *res publica* é a propriedade do *populus*, representando a personalidade do Estado. Mas essa não é uma propriedade de direito civil; pois o povo Romano, como tal, não está submetido ao direito civil" — p. 100-1.). Por isso, bens integrantes do domínio público não poderiam ser alvo de desapropriação: seria o *État puissance* agindo contra ele próprio. Está-se ainda sob influência romana — embora Laband e Mayer tenham sutilmente *deslocado* uma parte dos atos antes *incluídos* no campo de ação do fisco para o campo de ação da *puissance*. Esse deslocamento, como se vê, não foi total nem na teoria alemã. O "resíduo" que lá permaneceu daria lugar, anos mais tarde, à teorização do Direito Privado Administrativo.

com a tradição francesa do que a teoria de Duguit. Sendo mais compatível, seria também mais facilmente incorporável à jurisprudência do Conselho de Estado.

A teoria do contrato administrativo que seria desenvolvida pelo Conselho de Estado e pela doutrina, como se verá a seguir, formaria um *amalgama* entre as teorias de Duguit e Hauriou. De Duguit, aproveitaria o conceito de serviço público como atividade essencial para a manutenção da interdependência social, a necessidade de atualização constante das regras de execução do serviço público e, em parte, a proposição de que o conceito de serviço público poderia ocupar a posição de conceito-chave do Direito Administrativo. De Hauriou, a teoria contratual que abandonava o modelo adotado durante o século XIX — e passava a explicar os poderes derogatórios do direito comum que eram atribuídos ou não ao Estado pelos cadernos de encargos não como meras previsões contratuais, mas como sintomas de uma posição de preeminência do Estado típica da *puissance* e que ele jamais poderia abandonar.

B. O surgimento das concessões de serviço público

O núcleo da teoria dos contratos administrativos surge a partir de duas "ondas" jurisprudenciais que ocorrem no final do século XIX e no início do século XX. Durante o século XIX, o principal problema a ser enfrentado pelo modelo das concessões foi a **primeira revolução industrial**: foi preciso criar um modelo mais sofisticado de concessão para poder viabilizar a construção de uma rede de ferrovias ao longo da França. No final do século, os contratos de concessão teriam que encontrar uma maneira de acomodar, primeiro, os problemas decorrentes da **segunda revolução industrial**: a iluminação pública e privada, inicialmente baseada em *gás*, passava a ser feita com base na distribuição *de energia elétrica*. Que fazer, nesse contexto, em relação aos contratos já firmados, de longo prazo, com prerrogativas de monopólio em um determinado perímetro, cujo objeto era a execução de atividades de iluminação movida a gás? A iluminação baseada em energia elétrica deveria ser considerada como *outra atividade*, e portanto excluída do monopólio contratual? Ou o privilégio de monopólio impediria municípios de contratar com terceiros a implantação de redes de iluminação baseadas em energia elétrica enquanto os contratos que tinham por objeto a iluminação a gás possuísem vigência?

O segundo problema que a teoria dos contratos precisou acomodar foi de ordem *política*. Durante o século XIX, havia sido consolidada a noção de que o poder público, no uso de seus poderes gerais de polícia, poderia dispor sobre regras gerais que poderiam, incidentalmente, afetar as atividades do concessionário. Esse poder de polícia não poderia, contudo, modificar as premissas da atividade que houvessem sido estabelecidas em contrato. Como proceder, todavia, a partir do momento em que o Estado entendesse que *deveria possuir poder* para determinar a modificação de algumas dessas condições contratuais? Esses dois problemas seriam enfrentados, e resolvidos, pelo Conselho de Estado na virada do século. Ao analisar as ondas jurisprudenciais em que isso ocorreu, é importante ter em mente o papel que o Conselho de Estado desempenha na estrutura institucional francesa: como se disse antes, ele não é um órgão de aplicação silogística do Direito. Dentro de um Direito Administrativo não codificado que pressupõe uma relação fluida entre a Administração e o Direito, o Conselho de Estado é o encarregado de adaptar as normas jurídicas às necessidades dos tempos (ou de *elaborar* normas adaptadas às necessidades dos tempos). Foi isso, exatamente, que ele fez.

1. A primeira onda jurisprudencial: a cláusula tácita de progresso técnico

No final do século XIX, o Conselho de Estado foi chamado a resolver uma série de litígios que haviam se instaurado entre comunas e concessionárias de iluminação. Ao longo do século, contratos de concessão tendo por objeto o uso de vias públicas para o fornecimento de iluminação pública e privada haviam sido firmados entre cidades e empresas privadas. Nesses contratos, a iluminação seria fornecida com base em gás: as concessionárias implantariam, nas vias públicas, encanamentos para efetuar a distribuição de gás até seus pontos de consumo, onde ele seria queimado e produziria luz; eles possuíam prazo fixo e, sobretudo, uma cláusula de privilégio que garantia à concessionária um monopólio sobre a atividade de iluminação dentro da área de concessão.

Em virtude da segunda revolução industrial, passou a ser possível, no final do século XIX, oferecer o mesmo serviço com base em *energia elétrica*. O problema era: o que fazer com os contratos de concessão para iluminação baseados no fornecimento de gás que, naquele momento, estavam vigentes? Três teses foram

apresentadas³⁰²: do lado das comunas, (a.) o argumento de que o monopólio dizia respeito apenas à *iluminação a gás*, e portanto novas concessões poderiam ser outorgadas para a utilização de energia elétrica, ou então (b.) a tese de que o poder público só poderia conceder um monopólio sobre a *iluminação pública* (i.e. o seu próprio consumo), não podendo limitar os direitos dos particulares³⁰³. Do lado das

³⁰² O conjunto de decisões relacionado a essas disputas, juntamente com outros assuntos de interesse das concessões de iluminação, está compilado em GARNIER, Léon; DAUVERT, Paul. **Les concessions de gaz et d'électricité devant la juridiction administrative**: Recueil d'arrêtés des Conseils de Préfecture et d'arrêts du Conseil d'État (1823-1894). Paris: Bureaux du Journal des Usines a Gaz, 1894; GARNIER, Léon; DAUVERT, Paul. **Les concessions de gaz et d'électricité devant la juridiction administrative**: Recueil d'arrêtés des Conseils de Préfecture et d'arrêts du Conseil d'État (1882-1896). Paris: Bureaux du Journal des Usines a Gaz, 1897. 2. série; GARNIER, Léon; DAUVERT, Paul. **Les concessions de gaz et d'électricité devant la juridiction administrative**: Recueil d'arrêtés des Conseils de Préfecture et d'arrêts du Conseil d'État (1878-1901). Paris: Bureaux du Journal des Usines a Gaz, 1910. 3. série.

³⁰³ Exemplificativamente: unindo os dois fundamentos, ver Conselho de Prefeitura da Cidade de Nevers, 20 de julho de 1891. *Compagnie du Gaz de Nevers c. la ville de Nevers*. Rang des Adrets, vice-president e relator; Elisée Becq, comissário do governo; Debourges, advogado; Regnault, advogado. GARNIER; DAUVERT, *op. cit.*, t. 1, p. 182-4. O Conselho entendeu que (i.) a concessão outorgada tinha por objeto apenas a iluminação baseada em gás (e portanto o monopólio tinha o mesmo alcance), e que (ii.) o monopólio não poderia limitar o poder de decisão dos particulares que dela poderiam, se quisessem, beneficiar-se ("*Considerando que as pretensões da companhia de Gás, das quais não se pode encontrar a justificação na letra do contrato, estão em contradição flagrante com os princípios gerais que regem as convenções dessa espécie; que a cidade de Nevers não pode ter tido a intenção de conferir um monopólio tão extenso como aquele pretendido pela companhia de Gas, é dizer, um monopólio que não faria nada menos do que obrigar os habitantes de Nevers a não contratar, para sua iluminação particular, com a companhia de Gás. Uma tal cláusula, figurando no contrato, constituiria uma violação flagrante da ordem pública e da liberdade industrial; ela seria, por isso mesmo inexistente e deveria ser declarada não escrita.*"). Apenas com o primeiro argumento: Conselho de Prefeitura da Cidade de Compiègne, 6 de julho de 1893, *Compagnie Française d'Eclairage et de Chauffage par le gaz c. la ville de Compiègne et la Société électrique de Compiègne*. Saint-Gilles, vice-presidente; Lucien Villers, conselheiro-relator; de Novalès, comissário de governo; Rambaud de Larocque, advogado no Conselho de Estado; Morillot, advogado no Conselho de Estado. (*Op. cit.*, p. 195-8). Apenas com a segunda tese, interpretando um contrato de concessão que falava na outorga de monopólio sobre a iluminação pública e privada de maneira a dizer que "*não se poderia outorgar monopólio sobre a iluminação privada*", e portanto restringindo o monopólio outorgado em contrato à iluminação pública (raciocínio que seria rejeitado, alguns meses depois, pelo Conselho de Estado nas decisões *Ville de Montluçon* e *Saint-Étienne*, abaixo mencionadas), Conselho de Prefeitura de cidade de Saint-Amand, 8 de junho de 1891. *Compagnie du Gaz de Saint-Amand c. la ville de Saint-Amand et Rollet, Bruandet, Demenitroux et Hugonin*. Déron, vice-presidente; Lemoine-Lechesnay, conselheiro-relator; Lem, comissário de governo; Bergeron de Charon, advogado; Legrand, advogado; Saint-Clivier, advogado (*Op. cit.*, p. 95-103). ("*Considerando que o único artigo do tratado sobre o qual a companhia de Gás baseia a sua demanda de indenização é o artigo 26, assim redigido: 'a cidade interdita-se o direito durante toda a duração deste tratado de outorgar a qualquer sociedade a concessão de iluminação pública e particular da cidade de Saint-Amand'; que a companhia de Gás pretende inocentemente que resulta disso, para ela, um verdadeiro monopólio que a torna concessionária tanto da iluminação pública quanto da iluminação particular; que, por conseguinte, a cidade de Saint-Amand teria assim contratado a obrigação de se opor a toda empreitada de qualquer natureza que seja, que pudesse causar dano à generalidade desse monopólio; Considerando, sob esse ponto de vista, que não é possível admitir essa interpretação da companhia; que de fato a iluminação particular não pertence à cidade; que ela portanto não pode dela dispor, e que isso não resulta do artigo 26, que a cidade jamais teve a intenção de conceder. [...]* O único alcance desse artigo 26 é de

concessionárias, (c.) utilizava-se o argumento de que o monopólio dizia respeito à *iluminação*, em sentido lato, abrangendo tanto o fornecimento de iluminação a dependências públicas quanto a dependências privadas, e portanto outorgar novas concessões implicaria violar os contratos já assinados. Os Conselhos de Prefeitura, de maneira maciça, adotavam uma das duas teses favoráveis às cidades.

O Conselho de Estado, analisando dois desses litígios em 26 de dezembro de 1891, posicionou-se em favor das concessionárias. Ele investigou o contexto em que esses contratos foram firmados e, analisando o conteúdo de suas cláusulas e a intenção manifestada pelas partes, entendeu que o privilégio incluído nas concessões dizia *respeito à atividade de iluminação* em sentido lato. Como essas concessões tinham natureza *contratual*, a solução dos casos decorria da aplicação do princípio *pacta sunt servanda*. A outorga de novas concessões às empresas que pretendiam fornecer serviços de iluminação baseados em energia elétrica, portanto, era uma quebra desses contratos, e não poderia ser feita; caso já houvesse sido feita, as concessionárias já instaladas teriam direito ao recebimento de uma *indenização* decorrente da perda de receita que houvessem sofrido.

GÁS (CONCESSÃO A UMA COMPANHIA DA ATIVIDADE DE ILUMINAÇÃO DE UMA CIDADE POR MEIO DE); AUTORIZAÇÃO DE ESTABELECEER FIOS SOBRE AS RUAS E PRAÇAS DA VOIRIE URBANA OUTORGADA A UMA SOCIEDADE FORNECENDO ILUMINAÇÃO ELÉTRICA AOS PARTICULARES SOB RESERVA DE GARANTIR A CIDADE CONTRA RECLAMAÇÕES EVENTUAIS DA COMPANHIA DE GÁS. DEMANDA DE ANULAÇÃO E DE INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO. RECURSO. DIREITO DA CIDADE. INTERDIÇÃO DE AUTORIZAR OU FAVORECER UMA CONCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO CONTRATO. PREJUÍZO CAUSADO. As comunas não podem constituir em benefício de um terceiro o monopólio da iluminação privada. Mas cabe a elas, para garantir sobre o seu território o serviço de iluminação tanto pública quanto particular, **impedir-se de autorizar ou de favorecer, sobre o domínio municipal, todo**

impedir à cidade de Saint-Amand o direito de conceder sua iluminação pública a uma terceira companhia".). Usando a mesma tese: Conselho de Prefeitura da cidade de Saint-Étienne, 13 de fevereiro de 1888. *Compagnie Anonyme d'Éclairage et de Chauffage par le Gaz de Saint-Etienne v. la ville de Saint-Étienne*. De la Rouille, vice-presidente; Brouillet, conselheiro relator; Juillet Saint-Leger, comissário do governo; Thévenet, advogado; Bosviel, advogado; Poucetton, advogado; Morillot, advogado (GARNIER, Léon; DAUVERT, Paul. **Les concessions de gaz et d'électricité devant la juridiction administrative**: Recueil d'arrêtés des Conseils de Préfecture et d'arrêts du Conseil d'État (1878-1901). Paris: Bureaux du Journal des Usines a Gaz, 1910. 3. Série, p. 153-156). Essa decisão foi revertida pelo Conselho de Estado em 26 de dezembro de 1891.

estabelecimento podendo fazer concorrência ao seu concessionário³⁰⁴.

GÁS (CONCESSÃO DA ATIVIDADE DE AQUECIMENTO E DE ILUMINAÇÃO DE UMA CIDADE POR MEIO DE). DIREITO DE ESTABELECEER UMA CANALIZAÇÃO OUTORGADO PELA CIDADE A UMA SOCIEDADE DE ILUMINAÇÃO POR ELETRICIDADE. DEMANDA DA COMPANHIA DE GÁS TENDENTE À ANULAÇÃO DE QUALQUER CONCESSÃO OU AUTORIZAÇÃO DE CANALIZAÇÃO SOB A VOIRIE URBANA COM A FINALIDADE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA OU PRIVADA. DEMANDA DA MESMA COMPANHIA EM INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO. RECURSO. DIREITO DA CIDADE. MONOPÓLIO. SENTIDO E ALCANCE DOS COMPROMISSOS CONTRATADOS. VIOLAÇÃO DO CONTRATO. DANOS DEMONSTRADOS. EXPERTISE. As comunas não podem constituir em benefício de um terceiro o monopólio da iluminação privada. Mas cabe a elas, para garantir sobre o seu território o serviço de iluminação tanto pública quanto particular, **impedir-se de autorizar ou de favorecer, sobre o domínio municipal, todo estabelecimento podendo fazer concorrência ao seu concessionário**³⁰⁵

³⁰⁴ CE, 26 de dezembro de 1891. *Société d'Éclairage électrique c. la ville de Montluçon et la compagnie d'Éclairage par le gaz de Montluçon*. Léon Grévy, relator; Valabrègue, comissário do governo; Besson, advogado no Conselho de Estado; Sabatier, advogado no Conselho de Estado. A decisão do Conselho de Estado está transcrita nas páginas 21 e seguintes do primeiro volume elaborado por Garnier e Dauvert. Na sua fundamentação, lê-se: "*Considerando que, se as comunas não podem constituir em benefício de um terceiro o monopólio da iluminação privada, cabe-lhes, para garantir sobre o seu território o serviço de iluminação tanto público como particular, deixar de autorizar ou favorecer, sobre o domínio municipal, todo estabelecimento podendo fazer concorrência ao seu concessionário. Considerando que as disposições combinadas do tratado feito em 1863 entre a cidade de Montluçon e a companhia de Gás, resulta que a cidade concedeu a dita companhia o direito exclusivo de servir-se das dependências da voirie urbana para o fornecimento de iluminação aos serviços municipais e aos particulares, sem distinção alguma entre a iluminação pública e a iluminação privada, seja por gás, seja por qualquer outro sistema, e que em troca vantagens consideráveis foram garantidas à cidade; que, conforme a intenção comum das partes, essas vantagens deviam encontrar sua compensação no exercício de todos os direitos concedidos. Considerando, além disso, que nos termos da sua deliberação de 26 de setembro de 1888, o conselho municipal de Montluçon reconheceu ele próprio que, pelo seu tratado, a cidade estava impedida de favorecer qualquer outra sociedade de iluminação; que se segue daí que ao autorizar, nas vias públicas, a colocação de fios para a distribuição da iluminação elétrica aos particulares, a cidade de Montluçon desrespeitou as obrigações que ela havia contratado com a companhia de Gás e que ela lhe causou um prejuízo ao qual é devida reparação*". A decisão do Conselho de Prefeitura, nesse mesmo caso, proferida em 2 de abril de 1890, havia sido no mesmo sentido. Da sua ementa: "*Ao outorgar a uma companhia o privilégio de colocar nas ruas e terrenos dependendo da voirie urbana as canalizações destinadas à iluminação, e encarregando-a exclusivamente da iluminação pública, uma cidade se impede o exercício da faculdade de autorizar ou favorecer, mesmo indiretamente, o estabelecimento, sobre a sua propriedade, de qualquer sociedade rival podendo lesar os interesses do concessionário e colocar em xeque o privilégio concedido pelo contrato. Na espécie, de autorizar uma companhia concorrente a colocar fios aéreos condutores de eletricidade para a iluminação dos particulares*". A transcrição está nas páginas 10 e seguintes do mesmo volume da compilação de Garnier e Dauvert. Traduzi. O caso retornaria ao Conselho de Estado em 25 de dezembro de 1898 em uma discussão incidental sobre os critérios para determinação da indenização devida à concessionária.

³⁰⁵ CE, 26 de dezembro de 1891. *Compagnie anonyme d'Éclairage et de Chauffage par le Gaz de Saint-Etienne c. la ville de Saint-Etienne*. Léon Grévy, relator; Valabrègue, comissário do governo; Sabatier, advogado no Conselho de Estado; Morillot, advogado no Conselho de Estado (GARNIER, Léon; DAUVERT, Paul. **Les concessions de gaz et d'électricité devant la juridiction administrative**: Recueil d'arrêtés des Conseils de Préfecture et d'arrêtés du Conseil

Essas decisões são, de certo modo, salomônicas: não se institui obrigação direta para os particulares, mas proíbe-se à cidade a possibilidade de conceder direitos de uso sobre o solo urbano para qualquer atividade que pudesse concorrer com uma concessão já firmada. Essa posição do Conselho de Estado foi reforçada em decisões proferidas durante os anos subsequentes³⁰⁶ e passou, ocasionalmente, a receber o suporte de conselhos de prefeitura³⁰⁷.

Nem todas as cidades e comunas, no entanto, precisaram resolver disputas com concessionárias: algumas localidades, mais previdentes, haviam inserido *cláusulas de progresso técnico* em seus contratos — por intermédio das quais os concessionários se comprometiam a incorporar novas tecnologias assim que elas estivessem disponíveis, ou assim que houvessem sido utilizadas em cidades de

d'État (1823-1894). Paris: Bureaux du Journal des Usines a Gaz, 1894. p. 157-159). A fundamentação da decisão do Conselho de Estado é semelhante à empregada no caso *Ville de Montluçon* — há apenas alguma diferença nos fatos. O contrato feito entre a cidade de Saint-Etienne e a concessionária *continha uma previsão de progresso técnico*, pela qual ela se obrigava a incorporar os métodos novos de iluminação porventura descobertos e que viessem a ser empregados em Paris e em Lyon. O Conselho de Estado retira dessa obrigação um suporte adicional para justificar a extensão do monopólio da concessionária: "*que ao impor assim à Companhia concessionária a obrigação de beneficiá-la da aplicação das descobertas futuras, a Cidade, por isso mesmo, deu precisão ao sentido e ao alcance dos compromissos que contratou em relação a dita Companhia e do direito exclusivo que ela entendia conceder a ela.*" (*Ibidem*, p. 158).

³⁰⁶ Conferir, exemplificativamente: CE, 2 de fevereiro de 1894. *Dame Stears c. la ville d'Argentan et les sieurs Prieur et autres*. Chareyre, relator; Jagerschmidt, comissário de governo; Chaufton, advogado no Conselho de Estado; Auger, advogado no Conselho de Estado; CE, 8 de março de 1895. *Compagnie du Gaz de Bourg c. la ville de Bourg*. Léon Grévy, relator; Saint-Paul, comissário do governo; Georges Devin e Morillot, advogados (GARNIER, Léon; DAUVERT, Paul. **Les concessions de gaz et d'électricité devant la juridiction administrative**: Recueil d'arrêtés des Conseils de Préfecture et d'arrêts du Conseil d'État (1882-1896). Paris: Bureaux du Journal des Usines a Gaz, 1897. 2. Série, p. 1-6, com transcrição das conclusões do comissário de governo Saint-Paul relacionando a extensão do monopólio concedido à companhia com a cláusula de progresso técnico incluída na prorrogação de sua concessão firmada em 1882); CE, 1º de maio de 1896. *Ville de Cannes et société d'électricité de Cannes c. la Compagnie genevoise de l'Industrie du gaz*. Léon Grévy, relator; Arrivière, comissário do governo; Boivin-Champeaux, Morillot e Georges Devin, advogados; CE, 10 de julho de 1896. *Colette c. la compagnie française d'Eclairage et de Chauffage par le gaz et la ville de Sedan, par Deloche de Noyelle et autres contribuables*. Léon Grévy, relator; Saint-Paul, comissário de governo; Pérouse e Rambaud de Larocque, advogados (*Ibidem*, 2. Série, p. 29-40, com transcrição das conclusões do comissário de governo Saint-Paul sobre a indivisibilidade da iluminação pública e privada); CE, 28 de fevereiro de 1896, *Société de l'usine à gaz d'Aubagne c. la ville d'Aubagne*. Léon Grévy, relator; Saint-Paul, comissário de governo; Sabatier e Robiquet, advogados.

³⁰⁷ No mesmo sentido, Conselho de Prefeitura da cidade de Vire, 10 de março de 1893. *Société Gautier et Cie. c. la ville de Vire et la compagnie départementale d'Electricité, par Dutertre*. Poisson, vice-presidente; Noël, conselheiro-relator; de Linières, comissário do governo; Rambaud de Larocque, advogado no Conselho de Estado; Thillage, advogado (GARNIER; DAUVERT, *op. cit.*, Série 1, p. 85-91. "*Cabe às comunas, para garantir a iluminação tanto pública quanto privada, impedir-se de autorizar ou de favorecer sobre o domínio público municipal todo estabelecimento podendo fazer concorrência ao seu concessionário.*").

maior porte³⁰⁸. À luz do progresso técnico, essas cláusulas se tornaram comuns nas prorrogações de concessões celebradas durante a década de 80 do século XIX. Em áreas submetidas a esse regime, a transição de um sistema de iluminação a gás para um sistema de iluminação elétrica poderia ser feita mais facilmente. O que fazer, no entanto, quando essas cláusulas *não existiam*? As decisões anteriores do Conselho de Estado sugeriam que, em tais cenários, determinar a transição para a iluminação elétrica seria juridicamente impossível. Seria razoável, todavia, e politicamente sustentável, fazer com que os moradores de algumas comunas precisassem continuar expostos aos custos e aos riscos da iluminação a gás, enquanto os moradores de localidades vizinhas podiam empregar a eletricidade?

Litígios entre cidades, comunas e concessionárias de iluminação baseada em gás continuavam, enquanto isso, sendo submetidos ao Conselho de Estado. Uma modificação importante na sua jurisprudência ocorreria no caso envolvendo a comuna de Déville-lès-Rouen: ela havia firmado, em 1874, uma concessão para o fornecimento de iluminação baseada a gás com a Compagnie Nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen. A prorrogação desse contrato, firmada em 1887, *não possuía* uma cláusula de progresso técnico; mesmo assim, em 1893, a comuna solicitou ao concessionário que procedesse à instalação de redes de energia elétrica. Essas negociações se estenderam por cinco anos: não havendo chegado a bom termo, a comuna então decidiu firmar, em 1897, uma concessão com um certo senhor Lemoine — autorizando-lhe a proceder à implantação de uma rede de fornecimento de *energia elétrica* e determinando que indenizações decorrentes de eventuais

³⁰⁸ Assim, por exemplo, (a.) a cidade de Saint-Etienne, que no artigo 14 de contrato efetuado em 1857 reservou-se a faculdade "*de impor à Companhia, sob certas condições determinadas, a adoção de todo novo modo de iluminação que viesse, por efeito das descobertas da ciência, a ser geralmente substituído, em Paris e em Lyon, ao modo utilizado*" (v. decisão *Ville de Saint-Etienne*, mencionada acima. GARNIER, Léon; DAUVERT, Paul. **Les concessions de gaz et d'électricité devant la juridiction administrative**: Recueil d'arrêtés des Conseils de Préfecture et d'arrêts du Conseil d'État (1823-1894). Paris: Bureaux du Journal des Usines a Gaz, 1894. p. 158); (b.) a cidade de Nevers, com previsão similar em contrato firmado em 1883, mas com texto que era limitado à incorporação de novos mecanismos que pudessem causar uma redução no preço *do gás* (de onde o Conselho de Prefeitura concluiu, em sua decisão de 1891, que o monopólio concedido à companhia não atingia a iluminação elétrica. (*Ibidem*, p. 183-4); e (c.) a cidade de Rethel, cujo contrato concedida um privilégio para a iluminação a gás e *uma preferência* para o estabelecimento de sistemas de iluminação por outros meios. No decurso do contrato, a cidade decidiu contratar um terceiro para executar o serviço de iluminação baseado em energia elétrica sem conceder essa preferência ao seu concessionário. O Conselho de Prefeitura anulou essa sua conduta. Conselho de Prefeitura da Cidade de Rethel. 24 de junho de 1893. *Société des usines à gaz du Nord et de l'Est c. la ville de Rethel*. Vauzy, vice-presidente; Tonnelier, conselheiro-relator; Lambert, comissário do governo; Rambaud de Larocque, advogado no Conselho de Estado) (*Ibidem*, p. 64-69).

ações apresentadas pela concessionária de gás fossem suportadas apenas por ele. A concessionária de gás, com efeito, procurou a jurisdição administrativa — e alegou, com base nas decisões anteriores do Conselho de Estado, que o seu privilégio havia sido violado.

Na ausência de uma cláusula de progresso técnico, a solução do caso parecia ser fácil de prever, mas o Conselho de Estado modificaria a sua linha jurisprudencial: ele continuaria dizendo, de um lado, que as concessões eram contratos que deveriam ser cumpridos; de outro, no entanto, permitiria às comunas que entendessem como implícitas, e presentes nesses contratos, uma cláusula de "*progresso técnico*". Em virtude dela, poderiam *determinar* às concessionárias de iluminação a gás, **mesmo na ausência de uma cláusula contratual que expressamente lhes conferisse esse poder, que modificassem a técnica com a qual executavam sua atividade**: caso não conseguissem atender a essa obrigação, passando a efetuar o fornecimento de iluminação com base em energia elétrica, as suas concessões poderiam ser encerradas. Leia-se:

Considerando que a comuna de Déville-lès-Rouen sustenta que se ela concedeu à Companhia requerente o privilégio exclusivo de iluminação por gás, esse privilégio no silêncio dos tratados de 1874 e de 1887, não se estende à iluminação por qualquer outro meio e notadamente por aquele da eletricidade, a comuna não teria renunciado ao direito de beneficiar os seus habitantes da descoberta de um novo modo de iluminação;

Considerando que o silêncio efetuado sobre esse ponto pelas primeiras convenções de 1874 é fácil de explicar e deve ser interpretado em favor da Companhia de gás; que isso deve ser lido de outra maneira na falta de estipulação no tratado de prorrogação feito em 1887, época em que a iluminação por eletricidade já funcionava nas localidades vizinhas; que a esse respeito as partes possuem culpa por não terem manifestado expressamente sua vontade, o que coloca sobre o juiz a obrigação de interpretar o seu silêncio e pesquisar qual foi sua intenção comum em 1887;

Considerando que será feito direito, naquilo que houver fundamento, nas suas pretensões contrárias, **por meio do reconhecimento, à Companhia de gás, do privilégio de iluminação, não importa por qual meio, e à comuna de Déville, a faculdade de garantir esse serviço por meio de eletricidade, concedendo-o a um terceiro no caso em que a Companhia requerente, devidamente colocada em mora, recusar-se a se encarregar nas condições aceitas por esse terceiro**;

Considerando, é verdade, que a comuna alega que as longas negociações havidas sem resultado entre ela e a Companhia e

posteriormente a elas, o tratado feito em 1897 com o senhor Lemoine constitui uma colocação em mora suficiente para tornar aquele tratado definitivo; mas considerando que essas negociações anteriores à solução do litígio que fala sobre a extensão das obrigações impostas a cada uma das partes no tratado de 1887 **não podem substituir a colocação em mora preliminar ao exercício do direito de preferência reconhecido pela presente decisão em favor da Companhia requerente.**

Decide: Artigo 1º A decisão acima mencionada do Conselho de prefeitura da Seine-Inférieure de 9 de dezembro de 1897 é anulada. Artigo 2: No prazo de um mês a contar da notificação da presente decisão a comuna de Déville colocará a Companhia de gás em mora de **declarar, antes da expiração do mês seguinte, se ela irá se encarregar do serviço de iluminação por meio de eletricidade nas condições do tratado feito com o senhor Lemoine.** Artigo 3: Está suspensa a deliberação, até depois da execução a ser conferida ao artigo 2, acima, sobre a demanda indenizatória apresentada pela Companhia de gás. Artigo 4: As despesas incorridas até essa data serão suportadas pela comuna de Déville³⁰⁹.

O Conselho, com isso, permitiu que a comuna de Déville-lès-Rouen ocupasse a mesma posição que, àquela altura, era possuída por várias outras cidades e comunas em contratos semelhantes. Em um de seus *consideranda*, a decisão sugere que esse seria apenas mais um caso de direito contratual, e anuncia que seria preciso "*pesquisar a intenção comum das partes*" para resolvê-lo. Se nós lermos a decisão pelo que ela textualmente diz, poderíamos tomá-la como um caso de "interpretação não-literal" de um contrato de concessão. O choque entre essa decisão e as decisões anteriores do Conselho, no entanto, faz com que essa leitura não seja sustentável: nas decisões de 1891, a intenção das partes era apurada *de acordo com a letra dos contratos* (eram as decisões dos Conselhos de Prefeitura que, querendo beneficiar as comunas, davam ao texto uma interpretação que era contrária à intenção das partes); aqui, a "*intenção*" que o Conselho afirma encontrar não possui respaldo algum no contrato — e é inclusive *contrária* a ele, pois a cláusula de atribuição de privilégio, da forma em que inserida no contrato de 1874, foi interpretada como originalmente *dando proteção à concessionária* contra o ingresso de linhas de distribuição de energia em sua área de atuação. Se em 1887

³⁰⁹ CE, 10 de janeiro de 1902. *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 19 jul. 2012. A decisão esteve incluída nas primeiras edições de LONG, Marceau, WEIL, Prosper, e BRAIBANT, Guy. **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative** (v. a 2. ed. Paris: Sirey, 1958. p. 33-7), mas foi excluída das edições mais recentes (v. a 18. ed. Paris: Dalloz, 2011), e comentários sobre ela foram distribuídos, de maneira incidental, em análises de outras decisões. Traduzi e grifei.

havia apenas uma "prorrogação" de um negócio cujas bases já haviam sido estabelecidas, tudo indica que seu conteúdo original permaneceu sendo desejado pelas partes. Cláusulas similares, ademais, haviam sido consideradas pelo Conselho, em outros casos, como dando proteção às concessionárias de gás contra a concorrência oferecidas pelas distribuidoras de energia elétrica³¹⁰.

Por isso, mais do que apenas "interpretar" o contrato e apurar uma intenção das partes, a decisão parece querer afirmar uma espécie de "poder de tutela"³¹¹, exercido pelo Conselho de Estado, sobre a autonomia contratual da comuna: ainda que ela não houvesse previsto contratualmente um determinado poder em seu favor, esse poder, por uma questão de ordem pública, deveria sempre estar disponível

³¹⁰ Com efeito, em outro caso similar, envolvendo a *mesma* companhia, *também* uma prorrogação de um contrato de 1875 feita em 1887, mas a comuna de Maromme (*vizinha* à comuna de Déville-lès-Rouen), o Conselho de Estado chega a conclusões **opostas** às defendidas no presente caso — e mais alinhadas com a sua jurisprudência anterior. V. CE, 22 de junho de 1900. *Commune de Maromme*. Guéret-Desnoyers, relator; Saint-Paul, comissário do governo; Pérouse e Devin, advogados. Da fundamentação: "*considerando que resulta do conjunto das disposições contidas no tratado de 28 de junho de 1875, prorrogado até 1940 por convenção de 16 de agosto de 1887, que ao conceder à Companhia de gás de Deville o direito exclusivo de estabelecer e de conservar os encanamentos para a condução de gás de iluminação sob as vias públicas da grande e da pequena voirie, a comuna de Maromme entendeu conceder a essa Companhia o serviço de iluminação, tanto público quanto particular, durante toda a duração do tratado; que de seu lado a Companhia havia contratado obrigações constituindo vantagens em favor da comuna; que na comum intenção das partes essas vantagens deviam encontrar sua compensação no exercício de todos os direitos concedidos; que se o tratado não havia previsto a hipótese em que a comuna desejasse beneficiar os seus habitantes da descoberta de uma nova modalidade de iluminação, o silêncio da convenção a esse respeito não é suficiente para permitir à comuna paralisar os direitos do seu concessionário do serviço de iluminação por meio da concessão de autorizações de voirie necessárias ao estabelecimento de uma indústria concorrente, quando ela não solicitou ao concessionário o fornecimento de luz elétrica nas condições oferecidas ao empreendedor dessa nova iluminação; resulta mesmo de uma carta incluída nos autos que a Companhia de gaz de Deville havia proposto à comuna de Maromme substituir a iluminação por eletricidade àquela que era objeto do tratado supra citado e que a comuna tinha descartado essa proposição; que nessas circunstâncias as autorizações dadas aos senhores Rallu e Lemoine constituem uma violação das obrigações consentidas pela comuna em relação ao seu concessionário, e o último tem fundamento para requerer a reparação do prejuízo daí resultante*" (FRANÇA, Ministério dos Trabalhos Públicos. *Recueil des arrêts du Conseil d'État*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1900. p. 415-6. Traduzi e grifei). De relevante, aqui, também o fato de que a concessionária já havia *oferecido* para a comuna vizinha à de Déville-lès-Rouen a possibilidade de substituição da iluminação a gás pela iluminação elétrica: é possível que o Conselho tenha levado esse fato em consideração ao construir a solução equitativa do caso *Déville-lès-Rouen*.

³¹¹ O uso da palavra "tutela" é deliberado: Jean-Louis Mestre informa que, nos primórdios do Direito Administrativo, as comunidades eram assimiladas a *menores de idade* — para receber o benefício de regras de *tutela* semelhantes às aplicáveis aos menores e que serviriam para proteger a comuna contra efeitos lesivos de certos atos que lhes fossem prejudiciais. Esse caminho serviu para outorgar às comunidades um direito de rescisão de seus contratos por lesão. Talvez o Conselho de Estado, mesmo sem articular esse pensamento claramente, tenha feito algo similar aqui: protegeu a comuna contra um contrato onde ela, de maneira negligente, não resguardou os seus direitos (MESTRE, Jean-Louis. *Introduction Historique au Droit Administratif Français*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985. p. 112-3).

para ela — ainda que não escrito. A decisão diz que "*as partes possuem culpa por não terem manifestado claramente sua vontade*"; na verdade, ela parece pretender dizer "*a comuna possui culpa por ter celebrado o contrato de maneira negligente, e não ter incorporado a ele, quando de sua prorrogação, a cláusula de progresso técnico que já era de uso corrente em 1887*". A fundamentação técnica da decisão, também por isso, não é clara: o Conselho, artífice de um Direito Administrativo concebido para possuir uma relação flexível com a Administração, encontra uma maneira para remediar aquilo que percebia como sendo uma injustiça, e sustenta que a vinculação produzida pelo texto dos contratos de concessão não era absoluta.

Na decisão *Blanco*, o Tribunal de Conflitos havia declarado que a responsabilidade do Estado não poderia ser regida diretamente pelos dispositivos do Código Civil: a Administração tinha as suas próprias necessidades, e essas deveriam ser levadas em consideração. Na decisão *Déville-lès-Rouen*, temos algo estruturalmente parecido: o que se fez foi afirmar que os contratos de concessão também não poderiam ser avaliados seguindo uma lógica estritamente civilista. As necessidades do serviço e da população precisariam ser avaliadas, e isso permite a introdução de um caminho alternativo ao *pacta sunt servanda* — isso permite a imposição de um conjunto de regras de ordem pública que devem disciplinar a atuação da Administração quando ela firma contratos; e isso permite a conversão da cláusula de *monopólio* do concessionário, prevista na letra do contrato, em uma mera *preferência* para continuar titular de direitos sobre a área concedida.

Esse é um primeiro passo em direção à teoria dos contratos administrativos que atualmente conhecemos: é o início do reconhecimento de um poder de alteração unilateral dos contratos que não dependia de previsão contratual expressa. É, também, um movimento inicial no sentido de retirar alguns contratos firmados pela Administração do campo dos atos de gestão e vinculá-los ao campo dos atos de autoridade. Na superfície, fala-se em "inclusão tácita de cláusula de progresso técnico"; no plano das fundações conceituais, tudo se passa como se esse contrato deixasse de ser firmado pelo *État propriétaire* e passasse a ser firmado pelo *État puissance* — com as suas prerrogativas indisponíveis e inderrogáveis. Essa tendência seria reforçada com a próxima onda jurisprudencial.

2. A segunda onda jurisprudencial: o direito de alteração unilateral

A introdução da cláusula de progresso técnico nas decisões referentes à iluminação pública não significou o reconhecimento de um amplo *jus variandi* em prol da Administração. A despeito do que a sua decisão havia efetivamente feito, o Conselho de Estado afirmou que havia atuado ainda dentro de uma lógica estritamente contratual: o seu fundamento expressamente articulado é o de "buscar a vontade das partes", algo que poderia ser feito em relação a qualquer ato do *État propriétaire*. Em 1903, o Conselho de Estado já havia utilizado o conceito de serviço público para concluir que litígios decorrentes de contratos firmados pelo Estado para garantir a organização e a execução de um serviço público poderiam ser apreciados pela jurisdição administrativa³¹². Os contratos feitos pelo Estado, entretanto, continuavam a ser vistos como atos regidos pela lógica do direito privado: quaisquer poderes derogatórios do direito comum possuídos pela Administração *deveriam*

³¹² CE 6 de fevereiro de 1903. *Terrier c. département de Saône-et-Loire*. LONG, Marceau *et al.* **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 67-70. Também disponível em HAURIUO, Maurice (HAURIUO, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t. 2, p. 447). Traduzi e grifei O elemento mais importante dessa decisão é a teoria apresentada pelo comissário de governo Romieu para justificar a sua conclusão. De sua manifestação: "*A doutrina que se extrai do conjunto dessas decisões parece-nos poder ser formulada assim: 'Tudo o que concerne à organização e ao funcionamento dos serviços públicos propriamente ditos, gerais ou locais, seja onde a administração atue por via de contrato, seja onde ela proceda por via de autoridade — constitui uma operação administrativa, que é, por sua natureza, do domínio da jurisdição administrativa, do ponto de vista dos litígios de toda sorte aos quais ela pode dar lugar', ou ainda, sob uma outra forma, todas as ações entre as pessoas públicas e os terceiros ou entre essas pessoas públicas elas mesmas e baseadas na execução, inexecução ou má execução de um serviço público, são da competência administrativa, e pertencem, na falta de um texto especial, ao Conselho de Estado, juiz de direito comum do contencioso da administração pública geral e local' "*. Um pouco mais adiante, Romieu utiliza as categorias propostas por Hauriou: "*permanece-se entendido que é preciso reservar, para os departamentos e para as comunas, como para o Estado, as circunstâncias em que a Administração deve ser considerada como agindo nas mesmas condições de um simples particular e se encontrar submetida às mesmas regras e às mesmas jurisdições. Essa distinção entre o que se propôs chamar gestão pública e gestão privada pode ser feita, seja pela natureza do serviço que está em causa, seja em razão do ato que se trata de apreciar. O serviço pode, de fato, mesmo interessando uma pessoa pública, dizer respeito apenas à gestão do seu domínio privado. [...] De outra parte, pode ocorrer que a Administração, mesmo agindo não como pessoa privada, mas como pessoa pública, no interesse de um serviço público propriamente dito, não invoque o benefício da sua situação de pessoa pública e se coloque voluntariamente nas condições de um particular — seja passando um de seus contratos de direito comum de um tipo claramente determinado pelo Código civil [...] seja efetuando uma dessas operações correntes que os particulares fazem diariamente, que supõem as relações contratuais de direito comum pelas quais a administração é considerada como tendo agido como um simples particular"* (FRANÇA, Ministério dos Trabalhos Públicos. **Recueil des Arrêts du Conseil d'État**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1903. 2. série, t. 73, p. 96-7. Traduzi e grifei).

estar previstos em contrato para que pudessem ser exercidos. Se os cadernos de encargos referentes a um contrato *não previram* uma determinada posição exorbitante, então ela não poderia ser exercida. Deslocar a competência para a apreciação de litígios que os envolvessem nada dizia — ainda — sobre o seu conteúdo, embora fosse um sinal de que uma nova visão acerca da relevância de tais contratos estava em vias de formação.

A lógica herdada do século XIX foi claramente empregada pelo Conselho de Estado na decisão *Compagnie des chemins de fer du Nord*, proferida ainda em 1903. Um concessionário do serviço de trens protestou contra o ato de um prefeito que determinou o oferecimento de uma terceira viagem diária rumo a uma cidade vizinha — quando o caderno de encargos associado ao seu contrato claramente dizia que, durante o inverno, a obrigação do concessionário seria limitada a *duas* viagens diárias para tal destino³¹³. A nossa compreensão atual do instituto do *jus variandi* permitiria sustentar a posição da Administração com conforto nesses dois casos: afinal, bastaria dizer que mudanças posteriores fizeram com que fosse de interesse público modificar a quantidade diária de viagens de trem rumo ao destino "A" ou ao destino "B". O Conselho de Estado, no entanto, *anulou* a decisão do prefeito, entendendo que ela violava o caderno de encargos ao qual devia submissão. O entendimento do Conselho estava assentado em uma distinção, traçada pelo comissário de governo Teissier, entre poderes de polícia da ordem pública e poderes de polícia dos serviços públicos — assumiu-se que os *primeiros*,

³¹³ "Sobre a interpretação do artigo 14 do caderno de encargos: — Considerando que, se o artigo 33 do regulamento de administração pública de 6 de agosto de 1881 confere ao prefeito o direito de determinar, sobre a proposição do concessionário, o quadro do serviço dos trens, **essa disposição deve ser conciliada com o artigo 14 do caderno, dos encargos da Companhia requerente, que afirma que o número mínimo de viagens que deverão ser feitas todos os dias em cada sentido, é fixado em duas durante o inverno e quatro durante o verão; e o fato de que o número das viagens, fixado por tal artigo 14, constitui portanto um mínimo contratual, que não pode ser modificado a não ser pelo acordo recíproco das partes; — Considerando que, nessas condições, a Companhia requerente tem razão em sustentar que não cabe ao prefeito impor-lhe um serviço de inverno de três trens para Vannée 1899-1900, e que o conselho de prefeitura interpretou falsamente as disposições do artigo 14 do seu caderno de encargos. [...] Art. 1º As decisões do prefeito e do conselho de prefeitura do departamento da Alta Savóia, de 20 de outubro e 7 de novembro de 1899, são anulados. Art. 2º A Companhia de caminhos de ferro econômicos do Norte é reenviada diante da Administração para regular a conta dos custos suplementares que possam ter resultado para ela da manutenção de um terceiro trem durante o serviço do inverno 1899-1900". CE, 23 de janeiro de 1903. *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord*. Conclusões do comissário de governo Teissier. Sirey, 1904 (HAURIOU, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t. 3, p. 458 e ss. Traduzi e grifei).**

exercidos em nome da segurança pública, não poderiam ser objeto de renúncia; os últimos, similares àqueles que os próprios particulares utilizam na direção de suas atividades, poderiam ser limitados por contrato³¹⁴. No primeiro campo, o Estado apareceria como portador da *puissance*; no segundo, como mero tomador de medidas de *gestão*. A modificação unilateral da quantidade de viagens diárias, entendeu o Conselho, era uma violação inadmissível de um compromisso assumido pelo Estado no contrato que firmara com o concessionário — onde ele havia se auto-vinculado e, com isso, renunciado à possibilidade de exigir um número de viagens diferente³¹⁵.

As concessões, em suma, ainda eram pensadas sobretudo como *contratos*: em 1905, na decisão *Compagnie départementale des eaux*, o Conselho frisou que a Administração não tinha poderes para decretar a caducidade de uma concessão se o contrato que ela firmou não havia conferido a ela poderes expressos para isso³¹⁶. Na decisão *Deplanque*, de 1907, concluiu-se que, na ausência de uma previsão contratual que autorizasse uma cidade a impor sanções pelo desrespeito às cláusulas de uma concessão, esse poder não estava disponível ao poder público; ele poderia apenas cobrar uma indenização por quebra de contrato nos moldes do

³¹⁴ O comissário de governo Teissier distingue entre "os poderes de polícia conferidos ao Estado pela natureza das coisas, imperativos, como é por exemplo o direito de polícia que se exerce no interesse da segurança pública" e outros direitos de polícia "que não derivam de seus poderes essenciais, de seus poderes de soberania, mas da sua qualidade de mandatário ou sobretudo de negotiorum gestor dos interesses do público". Cf. comentários à decisão de 1903 em HAURIU, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t. 3, p. 461 e ss.; e a tentativa de sistematização feita em RIPERT, Henri. Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles. **Revue de Droit Public**, Paris, v. 22, p. 5-39, 1905. O autor conclui que a polícia dos serviços é exercida pelo Estado como "representante dos interesses gerais do público, mas ela não é de ordem pública" e tampouco "apanágio exclusivo do Estado, pois os particulares também tinham uma polícia desse gênero" (pois editavam regras semelhantes para estruturar a execução das suas respectivas atividades privadas). O Estado pode, portanto, renunciar ao exercício desses poderes por contrato: o ato de polícia que violar essa renúncia não dará direito apenas a uma indenização, mas poderá também ser anulado pelo juiz do contrato.

³¹⁵ A mesma lógica aparece na decisão *Compagnie des tramways de Paris*, de 30 de junho de 1905. Conclui-se, nela, que o prefeito poderia requerer aos concessionários do serviço de tramways que moderassem a duração de seus períodos de parada sobre a via pública ao tempo estritamente necessário às necessidades do serviço, mas não havia disposição de lei ou de regulamento que lhe autorizasse a editar regras que garantissem a execução de tal solicitação. Assim, "o prefeito excede os seus poderes ao ordenar a um concessionário que possuísse, em seus escritórios, um número determinado de empregados, encarregados de efetuar a chamada de números de ordem". O resumo é de PANHARD, M. A. **Jurisprudence du Conseil d'État. Recueil des Arrêts**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1930. p. 451-2.

³¹⁶ CE, 20 de janeiro de 1905. *Compagnie départementale des eaux*. *Apud* JÈZE, Gaston. **Théorie Générale des Contrats de l'Administration**. Paris: Marcel Giard, 1931. p. 258.

Código Civil³¹⁷. O comissário de governo responsável pela elaboração da opinião que influenciou a decisão do Conselho, nestes dois casos, foi o *mesmo* — Romieu — que havia atuado no caso de 1903 referido no início deste tópico e no caso de 1902 onde se introduziu a cláusula tácita de progresso técnico em uma concessão. Não se trata, portanto, de decisões desconjuntadas de órgãos diferentes: *Déville-lès-Rouen*, *Compagnie des chemins de fer du Nord*, *Compagnie départementale des eaux* e *Deplanque* fazem parte de uma *mesma* maneira de compreender a ação contratual do Estado. Em 1910, o comissário de governo Pichat diria inclusive que "o contrato de concessão de serviço público é o contrato de aluguel de serviço dos artigos 1710, 1779 e 1786 do Código Civil, tendo por objeto a execução de um serviço público, e apresentando o caráter de uma concessão"³¹⁸.

Paralelamente, contudo, o esquema mental que compreendia as concessões como meras "modelagens financeiras alternativas para a construção de obras públicas" era percebido cada vez como mais insuficiente. Duas razões, uma objetiva e outra subjetiva, convergiam para esse resultado. A objetiva decorre de uma *modificação real* do objetivo que o Estado perseguia com tais contratos: durante o século XIX, uma concessão era um meio legítimo para providenciar a construção de uma estrutura que se incorporaria ao domínio público — pense-se em estradas, pontes, e mesmo na construção da rede nacional de ferrovias que era crucial para o desenvolvimento do país. No início do século XX, as concessões ligadas a atividades como transportes urbanos, a distribuição de energia e o fornecimento de água tinham um objetivo diferente: queria-se por meio delas, sobretudo, a *prestação do serviço* propriamente dito, não apenas a construção de uma infra-estrutura a ele associada. Hauriou, em 1902, diria que:

Esse critério [referindo-se ao discurso que diferenciava concessões seguidas de trabalhos públicos e concessões que não o eram] não era falso, mas ele era puramente exterior e não ia ao fundo das coisas. **Pois se, por exemplo, as concessões de caminhos de ferro são concessões de trabalhos públicos, no sentido de que a construção da via férrea possuiria o caráter jurídico de um trabalho público, é bem claro que o objeto principal da operação**

³¹⁷ CE, 31 de maio de 1907, *Deplanque c. Ville de Nouzon*. HAURIOU, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t. 3, p. 449 e ss.

³¹⁸ CE 4 de março de 1910. *Thérond*. Conclusões do conselheiro de governo Pichat (LONG, Marceau *et al.* **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 119-22).

não é a construção da via, mas a sua exploração; digamos melhor: o objeto da operação é a organização e a execução regular, durante um certo tempo, de um serviço público de transportes. Da mesma maneira, se a concessão de iluminação a gás feita por uma cidade é juridicamente um contrato de trabalhos públicos, em razão da construção da canalização, é bem claro que o objeto principal da operação é o fornecimento de gás, ou melhor, é a organização e a execução regular durante um certo tempo de um serviço público de iluminação. [...] O nome verdadeiro das concessões que nos ocupam é portanto concessão de serviço público, e elas são sobretudo um meio de garantir um serviço público^{319 320}.

³¹⁹ HAURIUO, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t. 3, p. 439-40 (comentário à decisão *Ville d'Angoulême*, de 14 de fevereiro de 1902). Traduzi e grifei. O mesmo ponto é levantado em BLONDEAU, Ange. **La concession de service public**. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1933. p. 53-5. Em 1900, frise-se, Hauriou ainda concebia a concessão como "um contrato pelo qual um empreendedor se compromete, diante de uma pessoa administrativa, a executar um trabalho público, por meio da concessão da ocupação da obra pública durante um certo prazo e a permissão de cobrar uma taxa do público quando do uso que for feito da obra pública" e frisava que "toda concessão de trabalhos públicos feita sobre uma dependência do domínio público é essencialmente temporária" (deixando claro que a concessão era pensada em virtude da outorga de direitos sobre uma parte do domínio público) (HAURIUO, Maurice. **Précis de Droit Administratif**. 4. ed. Paris: Ancienne Maison L. Larose et Forcel, 1900).

³²⁰ Fazer a genealogia do conceito de "serviço público" e identificar as razões que fazem com que ele passe a ser visto eminentemente como "atividade reservada ao Estado" (e que poderia ser concedida), e não como "complexo de atividades executadas pelo Estado" está fora do escopo deste trabalho, mas parece haver influência da doutrina alemã nesse processo. Falar-se na concessão de "uma atividade", como já expliquei, estava fora do repertório jurídico francês do século XIX. Em compensação, Otto Mayer diferenciava (i.) concessões "simples", consistentes na cessão de direitos de uso sobre um bem público, de (ii.) concessões de atividade pública, onde o objeto da transferência não era apenas um direito de uso, mas um direito de exercício da atividade — em uma construção muito similar ao que Hauriou diria quando tentasse esclarecer a "verdadeira" natureza das concessões associadas a trabalhos públicos. Leia-se: "**Na concessão de atividade pública, não se trata de constituir um direito real sobre uma coisa corporal no sentido do parágrafo ao qual nós fizemos reenvio; trata-se, como na função deferida (comp. o § 42, II, acima, p. 6 e s.), do poder de exercer uma certa atividade. Essa atividade não deve, como no caso da função, ser exercida em nome e em representação do Estado; ela será exercida, como o gozo especial concedido sobre uma coisa pública, em nome do concessionário e por sua própria conta. Assim, a concessão apresenta uma certa semelhança com a permissão de polícia de indústria. Na última, trata-se também de uma atividade que o indivíduo vai exercer em seu nome e à sua conta, mas de uma atividade que, por sua natureza, pode ser exercida em virtude da sua liberdade natural; a permissão apenas elimina um obstáculo oposto pela defesa que a polícia havia estabelecido na forma de uma regra de direito. A concessão de uma atividade pública, ao contrário, confere ao concessionário alguma coisa que não é compreendida na sua liberdade natural, um poder de agir derivado do Estado.**" (MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand**. Paris: V. Girard & E. Brière, 1906. t. 4, p. 153-4. Traduzi e grifei). Compreender as concessões de atividade/serviço dessa maneira aproxima-as das *regalia*, e aumenta o poder do Estado sobre a sociedade na medida em que não será preciso estabelecer uma conexão entre determinada atividade e o uso de um bem público para que o Estado possa ter direitos especiais sobre ela. Reforçando essa percepção, Fritz Fleiner explica que "*todos os direitos estatais de exclusão possuem por raiz a regalia*", e que "*as concessões para o estabelecimento de serviços públicos e os direitos privativos sobre as coisas públicas são exemplos desse fenômeno*" (FLEINER, Fritz. **Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand**. Trad. de Charles Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933. p. 210). A conexão entre a dogmática alemã e a posição de Hauriou, sobre o ponto, precisa ser melhor estudada, mas (i.) o fato de que Hauriou certamente inspirou-se na dogmática alemã para construir outros pontos de sua teoria, e (ii.) a

O motivo subjetivo decorria de uma mudança de percepção social: durante a primeira metade do século XIX, os concessionários haviam sido vistos "como prestando um serviço destacado à administração pública, por meio do assentimento em assumir as áreas de empreitadas que as administrações jamais teriam assumido elas próprias"; na virada do século, essas perspectivas tinham sido "singularmente modificadas": "os benefícios percebidos por alguns concessionários, a falta de preocupação com a qual alguns entre eles trataram o público, a resistência que opuseram às demandas de melhoria mais razoáveis, o fato de que as administrações públicas sentiram-se com a força de organizar as atividades concedidas na forma de *régie*", tudo tinha tornado a situação dos concessionários menos confortável. Esse estado de espírito "era traduzido ao dizer que o público não precisa sofrer em razão do fato de que um serviço público tenha sido concedido ao invés de ser explorado diretamente"³²¹.

Atento a essa realidade, o Conselho de Estado desloca-se rumo a uma nova teoria contratual. Primeiro, ele acentua a intensidade dos *poderes gerais de polícia* que os cadernos de encargos já reconheciam em benefício da Administração: antes *limitados* pelas outras cláusulas contratuais, eles passarão a poder funcionar como causas de sua *modificação*. Um passo preliminar foi dado em *Compagnie des Chemins de Fer de l'Est*, de 1907, em que o Conselho de Estado conferiu uma interpretação *ampliativa* ao poder de polícia geral da Administração³²². A decisão reconhece, que, via de regra, há cláusulas que não podem ser modificadas pela Administração e que o seu poder geral de polícia deve estar limitado a medidas relativas à segurança do serviço; ela admite, contudo, que uma conexão tênue entre o objeto de uma cláusula e o conceito de "segurança" possa servir como justificativa

convergência entre a posição de Otto Mayer e a doutrina de Hauriou quanto ao ponto são suficientes para, ao menos, levantar aqui uma hipótese de pesquisa. Ela será investigada em outra oportunidade.

³²¹ HAURIUO, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t. 3, p. 480. Traduzi. V. também MAGALHÃES COLLAÇO, João Maria Tello de. **Concessões de serviços públicos**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1928. (reimpressão da primeira edição, de 1914. Ressaltando que um serviço concedido continuava sendo público, v. DUGUIT, Léon. De la situation des particuliers a l'égard des services publics. **Revue du Droit Public**, Paris, 1907.

³²² CE, 6 de dezembro de 1907. *Compagnie des chemins de fer de l'est et autres*. Conclusões do comissário de governo Tardieu (LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy. **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative**. 2. ed. Paris: Sirey, 1958. p. 67-73).

para permitir a sua modificação por ato unilateral do poder público. De outro, ela se fundamenta na redação das leis de 11 de junho de 1842 e de 15 de julho de 1845, que serviam de fundamento aos contratos de concessão firmados com as concessionárias envolvidas no caso, para ressaltar que *naqueles peculiares contratos* o poder de polícia do governo compreendia também *"tudo o que toca ao uso e à exploração das ferrovias, comportando o direito de prescrever as medidas necessárias à comodidade dos viajantes"*. Restaria às concessionárias buscar as indenizações às quais porventura tivessem direito ou, de acordo com a gravidade das alterações introduzidas, a rescisão de seus contratos.

Nesse momento, nós ainda tínhamos uma concessão eminentemente *contratual*, embora o percentual de conteúdo dela que não pudesse ser atingido por atos unilaterais do poder público estivesse, pela maior tolerância do Conselho de Estado com o exercício do poder de polícia geral, ficando cada vez mais reduzido. De qualquer maneira, o fato de que o contencioso relativo aos contratos poderia precisar ser conduzido em duas frentes — conforme se tratasse de uma questão de *legalidade* de um ato de polícia ou de uma questão patrimonial decorrente de um aumento de encargos — sugeria uma concessão que já continha, na prática, uma cumulação de posições jurídicas submetidas a regimes diferentes. Faltava encontrar uma maneira para teorizar tudo isso e eliminar o "resto" contratual que ainda estava presente no plano jurídico onde eram estabelecidas as condições de execução do serviço.

O momento decisivo ocorreu com a decisão *Compagnie générale française des tramways*, proferida em 1910. Os fatos do caso são bastante simples: uma concessionária de *tramways* protestou contra a decisão de um prefeito que estabelecia novos horários para o seu serviço de inverno. Por esse novo quadro de horários, a companhia teria que aumentar o número de carros disponíveis ao serviço, e por isso ela alegou que essa ordem violava o caderno de encargos associado à sua concessão. O conselho de prefeitura anulou o ato do prefeito — o que era um resultado totalmente plausível à luz da decisão em *Chemins de fer du Nord* —, mas o Conselho de Estado, continuando na direção que havia sido tomada com sua decisão de 1907, *valida-a*.

A decisão do Conselho parece singela: ela afirma que o ato do prefeito havia sido tomado *"no limite dos poderes do artigo 33 do regulamento de administração pública de 6 de agosto de 1881"*, decorrente de leis que asseguravam à

administração um direito genérico de supervisão do serviço. Até aqui, pode parecer que estamos diante de uma repetição da *ratio* da decisão de 1907, mas, se olharmos com atenção a ementa, perceberemos que há algo diferente: o Conselho afirma que o objetivo desse artigo 33 não é "*apenas de aprovar os horários dos trens do ponto de vista da segurança e da comodidade da circulação*", como em *Compagnie des Chemins de Fer de l'Est*, mas também de "*prescrever as modificações e as adições necessárias para garantir, no interesse do público, a execução normal do serviço*"³²³. Para entender o significado dessa frase, precisamos ir às conclusões que foram submetidas ao Conselho pelo comissário de governo Léon Blum: nelas, Blum *abandona totalmente* a moldura jurídica que vinha sendo adotada até então. Concebendo a concessão sobretudo como "um meio de gestão de serviços públicos", ele confere *totais* poderes à Administração para modificar as regras de exploração do serviço — desde que ficasse assegurado ao concessionário o direito ao recebimento da correspondente indenização quando isso fosse necessário.

Uma breve notícia biográfica de Léon Blum ajuda a compreender o conteúdo do seu parecer³²⁴: formado em Direito pela Universidade de Paris, Blum foi um destacado integrante e dirigente do partido socialista francês. Sua carreira na

³²³ "*Considerando que, na instância iniciada por ela diante do conselho de prefeitura, a Companhia geral francesa de tramways sustentou que a decisão de 23 de junho de 1903, pela qual o prefeito de Bouches-du-Rhône fixou o horário do serviço de verão, teria sido tomada em violação ao artigo 11 da convenção e do art. H do caderno de encargos, e que, em atendimento às conclusões da Companhia, o conselho de prefeitura anulou tal decisão do prefeito; que a Companhia, nas observações que apresentou ao Conselho de Estado, conclui pela rejeição do recurso do ministro dos trabalhos públicos, pelos motivos enunciados na sua reclamação primitiva; Considerando que a decisão do prefeito de Bouches-du-Rhône foi tomada no limite dos poderes que lhe são conferidos pelo art. 33 do regulamento de administração pública de agosto de 1881, tomado em execução das leis de 11 de junho de 1880 (art. 38) e de 15 de julho de 1815 (art. 21), as quais conferem à Administração o direito, não somente de aprovar os horários dos trens, do ponto de vista da segurança e da comodidade da circulação, mas também de prescrever as modificações e adições necessárias para garantir, no interesse do público, a marcha normal do serviço; que assim, a circunstância de que o prefeito teria, como sustenta a Companhia de tramways, imposto à última um serviço diferente daquele que havia sido previsto pelas partes contratantes, não será de natureza a causar, na espécie, a anulação da decisão do prefeito de 23 de junho de 1903; que é, assim, equivocadamente que o conselho de prefeitura pronunciou a anulação da decisão atacada; que cabe unicamente à Companhia, se ela acredita ter direito, apresentar uma demanda de indenização em reparação ao dano que ela estabelecer ter lhe sido causado por uma agravação assim feita aos encargos da exploração*". CE, 11 de março de 1910. **Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française des tramways**. Conclusões do Comissário de Governo Léon Blum. Sirey, 1911. Traduzi e grifei. HAURIUO, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t. 3, p. 470 e ss. Traduzi e grifei.

³²⁴ A Assembleia Nacional francesa disponibiliza uma biografia resumida de Blum no endereço <http://www.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche.asp?num_dept=880>. Acesso em: 24 jul. 2012.

burocracia estatal começou com o posto de auditor do Conselho de Estado, para o qual foi nomeado em 1895 e do qual se afastou em 1919 — quando foi eleito como deputado. Ele seria, posteriormente, presidente do Conselho de Ministros (em 1936 e em 1938) e do Governo Provisório da República (em 1946). Em 1901, já havia produzido uma obra em dois volumes chamada "*Os congressos trabalhadores e socialistas franceses*"³²⁵; em 1919, elaborou um projeto de programa para o partido socialista; no mesmo ano, escreve uma obra chamada "*Para ser socialista*" e dedica-a ao seu filho³²⁶. Nove anos antes, ele havia sido o responsável pela elaboração dos fundamentos adotados na decisão *Compagnie générale française des tramways* — e deixaria marcas indeléveis no Direito Administrativo. A posição política de Blum fornece-nos um indicativo de qual posição ele tomaria em uma disputa em que o Estado pretendia afirmar a existência de poderes de polícia para regular de maneira ampla uma atividade vinculada a uma concessão. É preciso, todavia, identificar os mecanismos pelos quais ele sustentou essa sua conclusão: foram esses mecanismos que, depois, se incorporaram ao repertório técnico do Direito Administrativo francês.

Blum inicia sua análise ressaltando que quaisquer encargos adicionais impostos ao concessionário devem gerar uma variação na sua receita: ele destaca

³²⁵ BLUM, Léon. **Les congrès ouvriers et socialistes français**. Paris: Société Nouvelle de Librairie et d'Édition, 1901. t. 1 e 2.

³²⁶ Da qual extraio a seguinte passagem: "*Nós sabemos, antes de ter aprendido qualquer coisa, e por um instituto é a herança de nossos ancestrais, que nos aparecemos todos nesse mundo iguais, com o mesmo direito à vida, com o mesmo direito à felicidade, com o mesmo direito de gozar das riquezas indivisas da natureza e da sociedade. Nós sabemos que deve existir uma relação permanente, equitativa entre os nossos direitos e os nossos deveres, entre o nosso trabalho e o nosso bem-estar. Nós sentimos que nossa felicidade não é independente da felicidade dos outros homens, da mesma maneira que nosso trabalho permanecerá vão sem o seu, mas que os seus sofrimentos e as suas misérias são as nossas, que toda injustiça que os atinja deverá nos lesar. Nós sentimos que a verdadeira virtude, aquela que fornece a plena satisfação do coração, é a de saber sacrificar o nosso interesse presente e o nosso benefício egoísta, à felicidade comum e à justiça futura, e que aí estão as formas autênticas dessa fraternidade que nos ensinam as religiões, da imortalidade que elas nos prometem. De que é nascido o socialismo? Da revolta de todos os sentimentos lesados pela vida, desrespeitados pela sociedade. **O socialismo nasce da consciência da igualdade humana, enquanto que a sociedade em que nós vivemos é toda fundada sobre o privilégio.** Nasce da compaixão e da cólera que suscitam em todo coração esses espetáculos intoleráveis: a miséria, o desemprego, o frio, a fome, enquanto a terra, como já disse um poeta, produz pão suficiente para alimentar todas as crianças e homens, enquanto a subsistência e o bem-estar de cada criatura viva devam ser assegurados pelo seu trabalho, enquanto que a vida de cada homem deva ser garantida por todos os outros. Ele nasce do contraste, escandaloso e desolador, entre a pompa de alguns e privação dos outros, entre o trabalho exaustivo e a preguiça insolente. Ele não é, como se disse tantas vezes, o produto da inveja, que é o mais baixo dos sentimentos humanos, mas da justiça e da piedade, que são os mais nobres"* (BLUM, Léon. **Pour être socialiste** [e-book]. Paris: Editions Albin Michel, 2012. Traduzi e grifei.

que "as vantagens concedidas ao concessionário e os encargos que lhe são impostos devem se balancear de maneira a formar a contrapartida dos benefícios prováveis e das perdas previstas" e que "em todo contrato de concessão está também implicado algo como um cálculo de equivalência honesta entre o que é outorgado ao concessionário e aquilo que é exigido dele". A seguir, começa a encaminhar o resultado favorável aos poderes públicos, explicando que "é evidente que as necessidades às quais um serviço público dessa natureza deve satisfazer e, por consequência, as necessidades da sua exploração, não possuem um caráter invariável"; sendo assim, "como a obrigação primordial do concessionário é, sobretudo, de garantir ao serviço público concedido uma execução suficiente, segue-se daí que os encargos iniciais do concessionário poderão crescer com as necessidades do serviço"³²⁷.

Já se estava muito longe de uma lógica baseada no conjunto de obrigações contratualmente previstas: Blum sutilmente se afastava dos precedentes do início do século, de acordo com os quais os encargos iniciais *estabelecidos em contrato* não poderiam ser objeto de alteração por ato do poder público. Eliminada essa barreira, a concessão deixava de ser um contrato para passar a ser algo mais próximo a um *título de habilitação* que permitisse a alguém executar, mediante remuneração, um serviço público — com a condição de submeter-se sempre às novas condições de execução decorrentes das "necessidades do serviço". Estávamos, assim, diante de uma construção muito similar à teoria de Duguit. Variações que ultrapassassem a "*estimativa contratual*", esclareceu Blum, poderiam ser previstas pelo próprio contrato e incluídas no que ele chamou de a "*álea do concessionário*": o contrato poderia referir-se a esse conjunto de alterações ao contrato "*como uma álea que o concessionário teria que prever, a qual ele teria que fazer ingressar nos seus cálculos, antes de concluir, a probabilidade, a iminência, a importância, e que não comportaria nenhuma indenização suplementar*". Alternativamente, essas novas sujeições "*abririam, em benefício do concessionário, em condições variáveis segundo cada espécie, um direito a indenização, ou, mais precisamente, o direito de reclamar um suplemento de remuneração*"³²⁸.

³²⁷ FRANÇA, Ministério dos Trabalhos Públicos. **Recueil des Arrêts du Conseil d'État**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1910. 2. série, t. 80, p. 218. Traduzi.

³²⁸ *Ibidem*, p. 218. Traduzi.

O que fazer, contudo, nos casos em que os contratos *nada dissessem a respeito* e não indicassem onde esses custos deveriam ser alocados? Blum apresenta a questão como se ela fosse circunstancial, mas aqui há uma sutileza que oculta um detalhe essencial: é que, pela lógica seguida até então pelo Conselho de Estado, os contratos *não previam que as obrigações neles estabelecidas poderiam ser modificadas por ato do poder público*. Havia espaço para a atuação do poder de polícia geral, é verdade, mas o poder de polícia especial permaneceria vinculado aos termos inicialmente pactuados. Blum, de maneira coerente com a construção que vinha apresentando, não se incomoda com isso: retratando a concessão como "*modo de gestão de serviços públicos*", e não como contrato, sustenta que o poder de alterar as suas regras de execução deve existir mesmo na ausência de previsão contratual. Esse poder teria por objeto "*forçar um dos termos da equação financeira*" que representava "toda a concessão", e decorria não dos termos contratuais, mas do poder que o Estado tinha enquanto *puissance publique*.

Se o contrato não contiver previsão, será necessário que a intervenção do Estado venha agir de modo supletivo ao seu silêncio. O Estado não pode se desinteressar do serviço público de transportes uma vez concedido. Ele é concedido, sem dúvida, mas ele não se torna, por isso, menos serviço público. A concessão representa uma delegação, é dizer que ela constitui um modo de gestão indireta, ela não equivale a um abandono, a uma renúncia. O Estado permanece o garantidor da execução do serviço diante da universalidade dos cidadãos. Ele permanece responsável pela segurança pública que uma execução inábil do serviço possa comprometer. Ele permanece responsável pela ordem pública que uma execução incompleta ou defeituosa possa perturbar. **O Estado intervirá portanto necessariamente para impor, se for o caso, ao concessionário, uma prestação superior àquela que havia sido prevista estritamente, para forçar um dos termos daquela equação financeira que é, em um sentido, toda a concessão, usando nisso não mais os poderes que lhe confere a convenção, mas o poder que lhe pertence enquanto *puissance publique***³²⁹.

O passo final do raciocínio — e que lhe conferia suporte no direito positivo — era declarar que esses poderes de intervenção oriundos da *puissance publique* tinham base não nas competências para emitir regulamentos genéricos e aplicáveis

³²⁹ FRANÇA, Ministério dos Trabalhos Públicos. **Recueil des Arrêts du Conseil d'État**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1910. 2. série, t. 80, p. 218. Traduzi e grifei.

à generalidade dos cidadãos, mas nos dispositivos que permitiam à Administração editar regulamentos de administração pública sobre a polícia, a segurança e a exploração das ferrovias e dos tramways.

E quanto se trata de serviços públicos de transportes, esse poder não é apenas o comando vago geral, indeterminado, variável segundo os casos e necessidades que se chama o poder de polícia. É na verdade um direito de regulamentação bastante preciso, bastante definido, que é conferido pelos textos e repousa sobre os textos. Ele deriva do artigo 9 da lei de 11 de junho de 1842, que prevê regulamentos de administração pública sobre as medidas interessando à polícia, a segurança, o uso dos caminhos de ferro; do artigo 21 da lei de 15 de julho de 1845 que prevê ordenanças reais destinadas a regulamentar a polícia, a segurança, a exploração dos caminhos de ferro; da lei de 11 de junho de 1880, cujo artigo 37 declara aplicáveis aos tramways os textos relativos à polícia dos caminhos de ferro. **Não é portanto apenas o contrato que fixa o limite, que fornece a medida do direito de intervenção**³³⁰.

Apenas a título de argumentação, Blum examina as cláusulas do contrato e encontra nelas suporte para que o prefeito determinasse a alteração que pretendia realizar. Sente-se compelido, entretanto, a esclarecer que essa não era a "verdadeira razão de decidir": o ponto essencial da sua opinião era ressaltar que o prefeito poderia tomar sua decisão mesmo na ausência de qualquer previsão contratual que a autorizasse:

A maneira pela qual o debate foi apresentado pelas partes durante a instrução escrita obrigou-nos a examinar rapidamente o contrato, e a indicar-vos a interpretação que comportavam, segundo nós, as cláusulas litigiosas. Mas, em nossa opinião, a verdadeira razão de decidir é de uma outra natureza. **O que nós queremos dizer, é que o prefeito teria podido tomar regularmente a decisão contestada, mesmo no silêncio do contrato, e não como supervisor e executor da convenção, mas usando do poder regulamentar que, segundo nós, pertence-lhe legalmente**³³¹.

No final de sua manifestação, deixando claro que sabia exatamente a importância daquilo que estava propondo, Blum advertiu o Conselho de que "*a doutrina da vossa decisão de 1903 [Société des chemins de fer économiques du*

³³⁰ FRANÇA, Ministério dos Trabalhos Públicos. **Recueil des Arrêts du Conseil d'État**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1910. 2. série, t. 80, p. 218-9. Traduzi e grifei.

³³¹ *Ibidem*, p. 220. Traduzi e grifei.

Nord, depois seguida pela decisão de 30 de junho de 1905 sobre a *Compagnie des tramways de Paris*] aplica-se exatamente à espécie atual e que, assim, é bem claramente a uma reviravolta na jurisprudência que vos conduzirá a adoção da tese que eu sustentei diante de vós"³³². Ele ressaltou que havia bons motivos para proceder a essa mudança: o artigo 33 dos decretos de 1881 e 1900 deveria ser "interpretado em sentido largo, não em sentido estreito, e a fixação dos trens entraria nas atribuições que ele confere ao representante do Estado"; além disso, "a matéria é regulamentar, não contratual, e e, de outra parte, a fixação de um mínimo não pode ser considerada como uma renúncia contratual a esse direito regulamentar"³³³. O interesse do concessionário nem sempre era de organizar uma exploração eficiente do serviço concedido: poderia ser obter mais lucro a partir de uma "exploração preguiçosa". O seu interesse, por isso, não poderia ser utilizado como argumento para eliminar o uso do direito de regulamentação.

O concessionário, assim, não tinha direito a apresentar uma oposição ao ato do prefeito; poderia apenas apresentar um pedido ao pagamento de uma indenização caso o "equilíbrio honesto" entre vantagens e encargos fosse rompido. Isso levaria, na prática, ao estabelecimento de um "contencioso duplo da concessão": o contencioso da regulamentação, ou "da legalidade da regulamentação, cuja forma normal é o recurso por excesso de poder", e o "contencioso do contrato, o qual compreende necessariamente o exame das repercussões que a regulamentação pode exercer sobre a economia do contrato". A esse duplo contencioso corresponde "a natureza dupla da concessão que é, em um sentido, um agenciamento financeiro sob uma forma certa, e em outro sentido, um modo de gestão do serviço público com necessidades variáveis"³³⁴. A doutrina do século XIX havia visto na concessão uma combinação *sui generis* decorrente da soma entre um direito de uso com natureza peculiar e um contrato de empreitada. Léon Blum *preserva* a ideia de que a concessão teria uma estrutura mista, mas *muda os fatores que compõem* essa estrutura: onde havia um direito de uso *sui generis* passa a haver uma relação de domínio da Administração sobre o serviço

³³² FRANÇA, Ministério dos Trabalhos Públicos. **Recueil des Arrêts du Conseil d'État**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1910. 2. série, t. 80, p. 221-2. Traduzi.

³³³ *Ibidem*, p. 222. Traduzi.

³³⁴ *Ibidem*, p. 223. Traduzi.

concedido; onde havia um contrato de empreitada passa a haver apenas uma equação econômico-financeira.

Natureza dupla, meio regulamentar, meio contratual; impossibilidade de contenção dos poderes de alteração do contrato; reequilíbrio econômico-financeiro da concessão — noções com as quais hoje estamos absolutamente acostumados. Elas seriam objeto de consolidação pela doutrina e pela jurisprudência durante o século XX, mas já estão todas contidas na opinião de Léon Blum. No curso dessa elaboração, ele articulou ideias que estão até hoje presentes no Direito Administrativo — e na teoria do contrato administrativo.

A doutrina, de acordo com as suas respectivas diretrizes teóricas (na vertente da teoria duguitiana do serviço público ou na vertente da teoria da gestão pública de Hauriou), recepciona as explicações de Blum como suporte de uma nova teoria contratual — e interpreta a decisão de 1902 para o fim de torná-la uma comprovação da sua necessidade. Não se cuidaria mais sequer de tentar ver lá um ato de "determinação da vontade das partes", como havia dito o Conselho: tratava-se de um primeiro exemplo de modificação unilateral do contrato de concessão.³³⁵ A concessão passava a ser vista como uma maneira de gerir um serviço público antes de ser um contrato e, com isso, a jurisprudência e a doutrina possuíram mais facilidade para sustentar a existência de um poder geral de intervenção e modificação em benefício da Administração. Gaston Jèze, assim, explicava que "*a concessão de um serviço público — por exemplo, de um serviço de transportes em comum — divide-se em dois elementos essenciais: 1º a organização do serviço público de transportes em comum; 2º a concessão a um empreendedor. Esses dois atos não possuem a mesma natureza: o primeiro é um ato legislativo ou regulamentar; o segundo é um contrato*". Esses dois atos teriam, também, regimes diferentes: "*1º tudo o que for de natureza legal ou regulamentar pode, a todo*

³³⁵ Jèze, com efeito, ao comentar a decisão de 1910, destaca que ela é "*de primeira importância, pois abandona completamente uma tese consagrada pelo Conselho de Estado por uma decisão de 23 de janeiro de 1903.*" (JÈZE, Gaston. **Théorie Générale des Contrats de l'Administration**. Paris: Marcel Giard, 1931. p. 271). Hauriou, também em um comentário à decisão, entende que "*há vantagem em ligar a evolução da jurisprudência a uma nova concepção de operação de concessão de trabalhos públicos, que se torna cada vez mais uma concessão de serviço público, na qual a preocupação com a melhora constante do serviço se torna dominante, e onde a regulamentação do serviço toma um lugar preponderante ao lado do contrato, mais do que ligá-la a noção amorfa e sem interesse do fato do príncipe, que visa não à regulamentação de um serviço determinado, mas a regulamentação em geral.*" (HAURIU, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t. 3, p. 478. Traduzi).

*instante, ser modificado pela lei ou pelo regulamento; 2º ao contrário, aquilo que é de natureza contratual só pode ser modificado pelo acordo de vontade das partes*³³⁶. Hauriou diria, em direção similar, que estava havendo uma "crise no contrato de concessão", e que "não se acredita[va] mais que a situação resultando de uma concessão de serviço público [fosse] inteiramente contratual": era preciso distinguir as condições financeiras, "o contrato propriamente dito", das condições de exploração do serviço, que escapavam ao contrato³³⁷.

Magalhães Collaço, escrevendo pouco depois da realização dessas transformações conceituais, destacaria que era possível "afirmar, sem exagero, que [a diferença entre a utilização de concessões de exploração de serviços públicos e concessões de obras públicas] representa concepções totalmente diversas da noção e actividade do Estado — e, em especial, das formas desta, da situação do concessionário e da entidade concedente"³³⁸. Ele estava absolutamente certo: por trás de uma mudança de terminologia que parece menor — de concessões de obras públicas para concessões de serviços públicos — existe uma mudança política fundamental. Essa mudança, resultante da ação combinada de vetores como a democratização, a industrialização e virada à esquerda da República francesa no início do século, e do aparato conceitual que a doutrina francesa criou no início do século XX, levou à criação da "concessão de serviço" como mecanismo especial de relação entre o Estado e alguns particulares. Na concessão de serviço, não era mais o *État propriétaire* quem se relacionava com os administrados: era o *État puissance*,

³³⁶ JÈZE, Gaston. **Nature juridique de la concession de service public**. Paris: Revue du Droit Public, 1910. p. 270 -1. Traduzi.

³³⁷ "De uma parte, o contrato de concessão não tem mais a rigidez que se atribuiu a ele nos primeiros tempos; não se acredita mais que ele regula por suas estipulações expressas toda a situação contratual; o juiz administrativo se permite grandes liberdades de interpretação a seu respeito. É, por exemplo, nos contratos de iluminação a gás, quando a questão da melhor iluminação não houver sido prevista, a suposição de uma cláusula permitindo colocar o concessionário de iluminação a gás em mora de chegar a substituir ele próprio a iluminação a gás por iluminação elétrica nas condições dadas, sob pena de perder o seu privilégio exclusivo (v. Cons. d'Etat, 10 de janeiro de 1902, Comp. nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen) [...] De outra parte não se acredita mais que a situação resultando de uma concessão de serviço público seja inteiramente contratual. Adquire-se mais e mais a convicção de que é preciso distinguir dois elementos: as condições financeiras de operação, que são o objeto do contrato propriamente dito; as condições de exploração do serviço concedido, que escapam ao contrato, na medida em que as necessidades do serviço público são superiores às das convenções particulares e que, nessa mesma medida, pertencem ao poder regulamentar." (HAURIOU, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t. 3, p. 476. Traduzi e grifei).

³³⁸ MAGALHÃES COLLAÇO, João Maria Tello de. **Concessões de serviços públicos**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1928. (reimpressão da primeira edição, de 1914. p. 13.

responsável pela constante atualização das normas de execução do serviço e titular de um poder indisponível. A partir daí, doutrina e jurisprudência depois desenvolveriam a teoria do contrato administrativo.

C. O desenvolvimento da teoria do contrato administrativo

A teoria do contrato administrativo, tal qual a conhecemos, desenvolve-se a partir da base conceitual firmada em *Compagnie générale française des tramways*. Ela é o resultado de três movimentos: (a.) a formação de uma **teoria da concessão dos serviços públicos** — a estrutura conceitual desenvolvida em *Compagnie générale française des tramways* especificamente para o poder de promover alterações no regime contratual ganharia expansão: nesse processo, os poderes "derrogatórios" do século XIX, antes atrelados ao *État propriétaire*, seriam *recriados* na forma de prerrogativas exorbitantes indelegáveis atreladas ao *État puissance*³³⁹; (b.) a **extensão desse regime para uma série de outros contratos** firmados pelo Estado; e (c.) a formação de um **amálgama** entre as abordagens baseadas no *service public* e na *puissance publique* como critério identificador dos contratos que deveriam ser considerados como administrativos.

Se nós combinarmos as decisões *Terrier* e *Compagnie générale française des tramways*, podemos ter a impressão de que, no início do século XX, o conceito de serviço público havia conseguido ocupar a posição de ideia-chave do Direito Administrativo francês. Isso, todavia, não ocorreu: o conceito, da maneira em que Duguit o reformulou, realmente foi *incorporado* ao repertório do Direito Administrativo francês e, *em alguns casos*, passou a funcionar a como critério para distinguir situações em que a Administração possui direito a um regime jurídico especial e outras em que ela atua como se fosse um particular qualquer. A tese de Duguit, contudo, implicaria a destruição de uma longa tradição no direito público francês; talvez por isso, sua proposta original não conseguiu êxito. Serviço público e *puissance publique* formaram uma espécie de *amálgama* que ocupou o lugar em que a *puissance*, sozinha, havia estado durante o século XIX.

³³⁹ Sobre isso, a obra de referência no período é BLONDEAU, Ange. **La concession de service public**. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1933. Ver, especialmente, as páginas 125-226.

Em 1912, o Conselho de Estado apreciou um litígio que opunha, de um lado a cidade de Lille, e, de outro, a sociedade de granitos porfiróides de Vosges. Um contrato havia sido assinado tendo por objeto o fornecimento de pavimentos para a cidade de Lille. A cidade, a título de aplicação de penalidade por atraso na entrega, reteve uma parte do valor devido à sociedade; a sociedade buscou esse valor perante a jurisdição administrativa. Considerando que a manutenção de pavimentos é um *serviço público*, teoricamente seria possível julgar este caso com base em *Blanco e Terrier* — e, assim, afirmar a competência da jurisdição administrativa. A importância dada ao conceito de serviço público na decisão de 1910 parecia tornar esse caminho necessário. Mesmo assim, não foi essa a direção seguida pelo Conselho de Estado: ele *volta* a adotar um critério baseado no conceito de *puissance* e ressalta que, como o contrato entre a cidade de Lille e a sociedade de granitos havia sido feito "*nas condições habituais do comércio*", não se tratava de um contrato administrativo. A decisão do Conselho baseou-se em considerações apresentadas pelo comissário de governo Léon Blum.

Há uma sensação de estranhamento quando nós contrapomos essa decisão à decisão *Compagnie des tramways*, mas ela é coerente com o *corpus* da jurisprudência do Conselho de Estado. Em *Terrier*, em 1903, o comissário Romieu havia proposto que "*a distinção entre o que se propôs chamar gestão pública e gestão privada pode ser feita, seja pela natureza do serviço que está em causa, seja em razão do ato que se trata de apreciar*", e que "*pode ocorrer que a Administração, mesmo [...] agindo como pessoa pública, no interesse de um serviço público propriamente dito, não invoque o benefício da sua situação de pessoa pública e se coloque voluntariamente nas condições de um particular*" (grifei). No caso *Terrier*, o contrato discutido envolvia promessas de recompensa para a eliminação de víboras — *materialmente*, era como se o particular envolvido fosse o *executor direto de um serviço público*³⁴⁰. Em *Granits des Vosges*, o contrato envolvia

³⁴⁰ Nesse sentido, Romieu, na opinião submetida em *Terrier*: "*não é menos verdadeiro que o voto, pelo conselho geral, de um crédito por recompensas a conceder em vista da destruição das víboras não deveria ser considerado como estabelecendo entre os departamentos e os caçadores de víboras relações de direito privado. Há ali um verdadeiro serviço público, uma operação de interesse geral, que pôde, em um momento determinado, ser considerada como obrigatória pelos corpos locais e que, desde então, tem, ao mais alto grau, o caráter administrativo; é um serviço público, pelo qual o conselho geral teria podido criar agentes especiais, enquanto que ele preferiu proceder por via de recompensas oferecidas aos particulares.*" (HAURIOU, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*: Comentários a decisões

apenas o fornecimento de pavimentos para posterior construção de vias públicas. O *grau de conexão* desses contratos com o serviço público é diferente; e diferente foi também, assim, o regime aplicado a eles pelo Conselho de Estado. Nas palavras de Léon Blum:

Depois de exame do caderno de encargos, nós estimamos que, sobre esse ponto, a resposta da sociedade requerente é pertinente. Percebe-se, de fato, pela leitura do contrato, que ele visa exclusivamente ao fornecimento. Os pavimentos encomendados da sociedade são entregues por ela à Lille. [...] É [a cidade], a partir daquele momento, que se encarrega deles; é por seus cuidados que são feitas todas as manutenções e todos os trabalhos ulteriores. [...]

Na espécie, trata-se exclusivamente de materiais encomendados e entregues que, desde a sua entrega, são administrados pela cidade. **Nós não percebemos, então, em um contrato desse gênero, nenhuma das características do trabalho público, nem mesmo, verdadeiramente, de qualquer trabalho, e, conseqüentemente, a competência do conselho de prefeitura nos parece, de qualquer maneira, dever ser descartada.** [...]

Quando se trata de contrato, deve-se pesquisar, não em vista de qual objeto ele foi firmado, mas o que é esse contrato por sua própria natureza. E, para que o juiz administrativo seja competente, não é suficiente que o fornecimento que é o objeto do contrato seja a seguir utilizado para um serviço público; é preciso que o contrato, ele próprio, e por sua própria natureza, seja *um daqueles que apenas uma pessoa pública pode firmar*, que seja, por sua forma e contexto, um contrato administrativo³⁴¹.

Combinando as decisões de 1910 e 1912, o resultado é: *alguns* contratos serão administrativos *por sua natureza*, como as concessões de serviços públicos; outros terão ou não esse caráter *de acordo com o regime contratual* escolhido pelo poder público. Caso, nesses contratos cuja natureza não lhes determinasse necessariamente a condição administrativa, a Administração *escolhesse* colocar-se na posição de um particular, suas relações continuariam a ser regidas pelo direito privado — e os litígios delas emergentes seriam remetidos ao Poder Judiciário. Contratos de concessão de serviços públicos e contratos em que a Administração

do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. t. 2, p. 453. Traduzi e grifei).

³⁴¹ CE, 31 de julho de 1912. *Société des granits des Vosges*. Apud JÈZE, Gaston. **Nature juridique de la concession de service public**. Paris: Revue du Droit Public, 1910. p. 202. Também disponível (com a íntegra das considerações de Léon Blum) em: FRANÇA, Ministério dos Trabalhos Públicos. **Recueil des Arrêts du Conseil d'État**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912. 2. série, t. 82, p. 909-13. Traduzi e grifei.

tivesse escolhido utilizar um regime exorbitante seriam, na dicção de Blum, contratos "do tipo que apenas uma pessoa pública pode firmar". Na primeira parte do critério, teoria do serviço público; na segunda parte, teoria da gestão pública. O Direito Administrativo utilizaria algumas variações desses critérios durante o século XX, mas ele sempre permaneceria com algum tipo de "composição" entre esses dois elementos quando se ocupasse de definir quando um contrato é administrativo ou não³⁴².

A definição de quais contratos seriam esses e dos traços do seu regime deveu-se, em parte, aos integrantes da Escola do Serviço Público. Duguit, como expliquei mais acima, pensava dentro de um marco teórico diferente daquele que o Conselho do Estado se encaminhava a aceitar, não vendo razão para a introdução de "contratos administrativos" ao lado da categoria "contratos". Um grupo de professores de direito público filiados às diretrizes do programa de Duguit, no entanto, tentaria adaptá-las ao modelo teórico em vias de consolidação — colocando o conceito de serviço público na posição de ideia-chave do Direito Administrativo,

³⁴² Existem leituras da decisão *Granits des Vosges* que vêem nela uma desvalorização do conceito de serviço público, mas essa avaliação (i.) talvez queira dar muito peso aos casos *Blanco*, *Terrier* e *Compagnie des Tramways*, colocando neles o que eles não dizem (i.e. um acatamento integral da teoria do serviço público), e (ii.) não dá atenção aos fatos envolvidos na decisão *Granits des Vosges* e na decisão *Terrier*: como explicado, existe um motivo *perfeitamente* aceitável, à luz dos fatos do caso, para justificar a decisão *Granits des Vosges* sem que ela representasse uma quebra com a jurisprudência do Conselho. Seja como for, a doutrina que vê em *Granits des Vosges* uma desvalorização do conceito de serviço público vê a sua revalorização na decisão *Époux Bertin* (CE, 20 de abril de 1956. *Époux Bertin et Ministre de l'Agriculture c. Consorts Grimouard*. Cf. LONG, Marceau *et al.* **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 469-77.). Depois dessa revalorização, o critério do serviço público teria voltado a adquirir importância na definição da natureza do contrato administrativo, e o critério da presença das cláusulas exorbitantes teria passado a ocupar uma posição subsidiária. Na doutrina mais recente, conferir GAUDEMET, Yves. **Traité de Droit Administratif: Droit Administratif Général**. 16. ed. Paris: L.G.D.J., 2001. t. 1, p. 679-680; RICHER, Laurent. **Droit des contrats administratifs**. 7. ed. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 90-116; GUETTIER, Christophe. **Droit des contrats administratifs**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2011. p. 57-140; LICHÈRE, François. **Droit des contrats publics**. Paris: Dalloz, 2005. p. 18-23. CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1, p. 544-68. A posição hoje predominante entende que um contrato pode ser administrativo: (a.) por seu objeto, caso ele confiar a um particular a execução de um serviço público (seja isso feito mediante uma concessão, seja mediante incentivos para que particulares executem atividades de relevância pública — como o reflorestamento, cf. CE, 20 de abril de 1956, *Grimouard*); e (b.) por sua forma, caso ele apresentar, em suas cláusulas, algum elemento exorbitante do direito comum — i.e., cláusulas que possuem por objeto conferir direitos à pessoa pública ou impor obrigações à pessoa privada que sejam "estrangeiras por sua natureza àquelas que são suscetíveis de ser consentidas por qualquer um no quadro das leis civis e comerciais" (Tribunal de Conflitos, 19 de novembro de 1999, *Cne de Bourisp*). Não se entrará em maiores detalhes nessa discussão porque ela não é essencial para o objeto desta dissertação; essencial é demonstrar a formação de uma *estrutura conceitual* diferente no início do século XX, que desloca os contratos da face *propriétária* do Estado para a sua face *puissante*, e faz com que o critério de identificação dessa face dependa de alguma combinação entre os conceitos de serviço público e *puissance publique*.

utilizando os conceitos de ato-regra e ato subjetivo, e identificando, a partir daí, as outras peças de construção do direito que examinavam³⁴³.

Gaston Jèze, integrante da Escola do Serviço Público, foi o grande responsável pela teorização inicial dos contratos administrativos: em razão do papel que ele atribuiu ao conceito de serviço público no seu sistema conceitual, ele propôs que não apenas os contratos de concessão, mas também alguns contratos de compra de insumos *destinados ao funcionamento de serviços públicos* deveriam ser considerados como administrativos. Se as necessidades cambiantes da interdependência social poderiam determinar modificações no regime de execução dos serviços, era preciso que a Administração também pudesse introduzir mudanças em parte da rede contratual que empregava para poder colocá-los em funcionamento. Esses contratos teriam direito a um regime diferenciado, com cláusulas especiais que afetavam sua conclusão, sua execução e sua rescisão. Todas as modificações introduzidas em relação ao regime básico de direito civil tinham "*sempre uma mesma razão de ser*", qual seja, "*facilitar o funcionamento do serviço público*", "*ideia chave que domina todo o direito público moderno*"³⁴⁴.

Desenvolvendo o modelo acatado em *Compagnie des Tramways*, Jèze expôs que a Administração tinha, em relação ao concessionário, poderes *contratuais* e poderes *regulamentares*. Estes últimos decorriam de sua posição de "*organização e controle do serviço concedido*" e não teriam natureza contratual ainda que houvessem sido incluídos em uma minuta de contrato³⁴⁵. De fato, eles sequer precisavam ser mencionados: o interesse geral no funcionamento regular do serviço público "*não deve[ria] ser comprometido pelo interesse privado do contratante*", e a sua colaboração "*gera para ele a obrigação de executar suas obrigações de maneira*

³⁴³ Conferir, como amostra da produção da Escola: BONNARD, Roger. **Précis de Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Sirey, 1935; ROLLAND, Louis. **Précis de Droit Administratif**. 9. ed. Paris: Dalloz, 1947; JÈZE, Gaston. **Les Principes Généraux du Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Marcel Giard, 1925-1936. 6. v.; JÈZE, Gaston. **Théorie Générale des Contrats de l'Administration**. Paris: Marcel Giard, 1931.

³⁴⁴ JÈZE, *op. cit.*, p. 11.

³⁴⁵ "*A administração tem dois tipos de poderes em relação ao concessionário do serviço público: 1º os poderes que ela tira do contrato de concessão (direitos contratuais do concedente); 2º os poderes que ela possui enquanto responsável pela organização e ao controle do serviço público concedido (poderes regulamentares). Pouco importa, para determinar a natureza desses poderes, a natureza do documento em que esses direitos e deveres estão inscritos. Pode ocorrer que um poder regulamentar esteja inscrito no ato de concessão; isso não muda a sua natureza jurídica e não o torna contratual*" (JÈZE, *op. cit.*, p. 389. Traduzi).

a não comprometer o funcionamento contínuo e regular do serviço público"³⁴⁶. Para que esse dever existisse, Jèze explica, não havia necessidade "de disposição legislativa expressa ou de uma cláusula especial do contrato"³⁴⁷. Da posição da Administração como "organizadora do serviço público", decorriam para ela necessária e inafastavelmente os poderes de modificar as prestações devidas pelo particular em quantidade ou qualidade e encerrar, a qualquer momento, a concessão. Com isso, Jèze repudia todos os casos em que o Conselho de Estado, aplicando o paradigma anterior, proibiu à Administração o exercício de uma prerrogativa derogatória do direito comum em razão da falta de sua previsão expressa em contrato. As cláusulas incluídas nos chamados "contratos" de concessão não tinham, assim, a mesma natureza jurídica: cláusulas relativas à organização do serviço eram "regras gerais, impessoais, tendo a natureza jurídica de regulamentos administrativos", enquanto apenas cláusulas determinando o valor a pagar ao concessionário eram contratuais³⁴⁸.

De maneira inovadora, Jèze completaria a separação entre os contratos administrativos e o *État propriétaire*. No século XIX, os contratos firmados pelo Estado eram os contratos previstos no Código Civil. A despeito disso, Jèze propôs, como se isso fosse uma decorrência lógica dos fundamentos do sistema jurídico, que os contratos administrativos *não deveriam seguir as regras do Código Civil*: o juiz administrativo poderia utilizar, supletivamente, os *princípios* dos artigos do Código Civil, mas não haveria hipótese de aplicação direta do seu conteúdo a contratos administrativos. Com isso, Jèze criava um ambiente onde a relação entre o Código Civil e os contratos administrativos era também "mais fluida", semelhante àquela que a decisão *Blanco* afirmou existir entre a Administração e os dispositivos do Código Civil que regulavam a responsabilidade extra-contratual. De um lado, ele enfatizaria que o direito civil deveria ser afastado em prol de um regime que impusesse obrigações "mais estritas" ao contratado da Administração:

³⁴⁶ A linguagem de Jèze, nesse ponto, é curiosamente similar à linguagem de Laband e Mayer quando descrevem a posição do funcionário público.

³⁴⁷ JÈZE, Gaston. **Théorie Générale des Contrats de l'Administration**. Paris: Marcel Giard, 1931. p. 204-5.

³⁴⁸ A relevância prática dessa distinção era relevante: ao atribuir aos regulamentos de serviço uma natureza contratual, Jèze permitia aos usuários de serviços públicos apresentar reclamações à Administração no caso de ação ilegal por parte do concessionário; direitos de natureza contratual diziam respeito apenas às partes, e portanto não poderiam gerar pretensões a terceiros (*Ibidem*, p. 177-9).

A execução das obrigações contratuais não ocorre segundo as mesmas regras, nem com o mesmo rigor, nos contratos de direito privado feitos pela administração e nos contratos administrativos propriamente ditos. Nos contratos de direito privado concluídos pela administração, para a execução das obrigações respectivas das partes contratantes, serão aplicadas pura e simplesmente as regras do direito privado: Código civil, direito comercial. Ao contrário, nos contratos administrativos, o fato de que o contratante se torna, em uma medida mais ou menos grande, um verdadeiro colaborador da administração para o funcionamento de um serviço público possui uma consequência capital. **O fornecedor ou empreendedor, obrigado em relação à administração por um contrato administrativo propriamente dito, deve executar suas obrigações segundo certas regras mais estritas do que aquelas que seriam aplicadas se ele estivesse vinculado apenas por um contrato de direito privado**³⁴⁹.

De outro, afastaria a incidência do direito civil em razão dos particulares efeitos da ideia geral de "*justiça e equidade*" nas relações entre o contratado e a Administração. Nós já vimos este argumento antes: trata-se da fuga da maneira típica de pensar do direito civil que havia sido incorporada ao repertório do Direito Administrativo pós-revolucionário. É até lógico que Jèze tenha dado esse passo: se os contratos haviam sido implicitamente retirados da face privada para serem vinculados à face pública do Estado, é coerente que as diretrizes aplicáveis a *outros atos* praticados por essa face pública também sejam aplicados a eles.

Todavia, é preciso observar que as fórmulas pelas quais os Códigos de direito privado traduziram mais ou menos felizmente esses princípios [de justiça e equidade que dominam todos os contratos], **não se aplicam aos contratos administrativos**. Essas fórmulas possuem força obrigatória nas relações contratuais a que visam: aquelas resultantes dos contratos de direito privado. **As fórmulas não regem os contratos administrativos, o que lhes é aplicável são as ideias que exprimem essas fórmulas: será possível extrair argumento da ideia, mas não do texto**. Com efeito, a ideia geral de justiça e equidade pode, nas relações do contratante e da administração, comportar consequências diferentes daquelas que o direito privado havia formulado para as relações de particular a particular; **ai há um elemento essencial do qual o direito privado não dá conta: as necessidades de funcionamento regular e contínuo do serviço público**³⁵⁰.

³⁴⁹ JÈZE, Gaston. **Théorie Générale des Contrats de l'Administration**. Paris: Marcel Giard, 1931. p. 201-3. Traduzi e grifei.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 206-7. Traduzi e grifei.

E, a seguir, falava que a aplicação das regras do Código Civil aos contratos administrativos era um "erro grosseiro"— deixando definitivamente claro que o paradigma do século XIX estava sendo superado. Antes, podia-se pensar na aplicação do Código Civil porque a Administração *agia por seu intermédio*, embora por vezes fosse titular de posições jurídicas derogatórias do direito comum. Agora, os poderes exorbitantes associados ao contrato administrativo eram manifestações de uma posição que tornava incompatível o recurso às regras de direito privado. Nas entrelinhas, há ecos da teoria alemã que entendia ser inadmissível que o Estado se rebaixasse à mesma condição de um particular.

É portanto um erro grosseiro, que um jurisconsulto não deve cometer, querer, por razão de analogia aparente, aplicar as regras do direito privado editadas para o contrato de venda ao *marché* administrativo de fornecimentos, as regras do direito privado editadas para o contrato de aluguel de obra ao *marché* administrativo de trabalho público, etc. Isso é ainda mais evidente para o contrato de concessão de serviço público. No entanto, alguns juristas possuem por vezes a tentação de procurar no direito privado um contrato análogo para dele extrair regras jurídicas aplicáveis ao contrato administrativo. **Para determinar a situação jurídica do concessionário de serviço público, não há nada a procurar no direito privado. Tudo é de direito público.**³⁵¹

O argumento de Jèze parece, sozinho, determinar uma ruptura, mas ele é em parte o resultado de um estado de coisas já existente: em 1916, o Conselho de Estado já havia utilizado a relevância de um contrato de concessão na promoção do interesse público como argumento para justificar a aplicação da teoria da imprevisão — rejeitada pelos tribunais judiciais, que a consideravam incompatível com o Código Civil³⁵². A teorização de Jèze, de qualquer maneira, permite interpretar essa decisão com fundamentos mais sólidos, e ela passa a ser invocada como caminho

³⁵¹ JÈZE, Gaston. **Théorie Générale des Contrats de l'Administration**. Paris: Marcel Giard, 1931. p. 207-9. Traduzi e grifei.

³⁵² CE, 30 de março de 1916. *Compagnie générale d'Éclairage de Bordeaux*. LONG, Marceau et al. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 179-87. O caráter equitativo da decisão fica evidente no seguinte trecho: "*importa, ao contrário, pesquisar, para colocar fim às dificuldades temporárias, uma solução que dê conta, de uma vez, do interesse geral, que exige a continuação do serviço pela Companhia com o uso de todos os seus meios de produção, e das condições especiais que não permitem ao contrato receber a sua aplicação normal; que, para esse efeito, convém decidir, de uma parte, que a Companhia é obrigada a garantir o serviço concedido e, de outra parte, que ela deve suportar unicamente, ao longo desse período transitório, a parte das consequências onerosas da situação de força maior acima mencionada e que a interpretação razoável do contrato permita deixar ao seu encargo*".

para afastar a incidência das regras de direito civil sobre os contratos administrativos quando houvesse incompatibilidade entre elas e o interesse público. Consolidava-se, a partir daí, a teoria do contrato administrativo, compreendido como (i.) um contrato "*daqueles que apenas a administração poderia fazer*" e (ii.) um contrato com um regime especial, onde as regras do Código Civil poderiam eventualmente produzir efeitos pela força dos princípios que continham — não pela autoridade dos artigos que as veiculavam.

Dentro dessa teoria, com ajustes marginais, reproduzia-se o conjunto de institutos presente nos contratos para execução do serviço público do século XIX: de um lado, prerrogativas do Estado (alteração do contrato, rescisão, fiscalização, intervenção, ocupação e *mise en régie*); de outro, direitos do particular ao recebimento de indenizações em razão do aumento dos custos a ele impostos ou por circunstâncias externas que afetassem a economia contratual. Do século XIX para o século XX, desaparece o caráter contratual dos poderes da Administração sobre o objeto contratado, pelo que seus poderes não precisam mais estar textualmente previstos; na prática, contudo, o conjunto de poderes dos quais a Administração dispõe nesses dois períodos é *muito similar* — tão similar que nós podemos a partir disso perceber tudo o que há de contingente na afirmação de que "*contratos administrativos são contratos em que a Administração dispõe de prerrogativas exorbitantes*". Essas prerrogativas, embora com uma diferente fundamentação teórica, *já estavam presentes no século XIX*. O que a moderna teoria do contrato administrativo faz não é *possibilitá-las*: é *reforçar-lhes o alcance*.

Fazendo um balanço desse processo, três coisas se destacam: (a.) o deslocamento, ao longo do tempo, da estrutura conceitual que compreendia o Estado como tendo dois níveis — que é parcialmente reformada pela introdução do conceito de serviço público, mas que continua a existir; (b.) o caráter fragmentário e incompleto da teorização francesa sobre o contrato administrativo; e (c.) o fato de que, por um outro deslocamento de estruturas conceituais do passado, um Estado que, em suas bases constitucionais, definia-se como sendo "inteiramente submetido à lei" admitia ainda ter uma face em que ele atuava "como se um particular fosse". Vejamos esses pontos em maior detalhe.

O primeiro ponto a ressaltar é a *permanência* da *estrutura mental* que compreende o Estado como possuindo dois níveis. A recepção do Direito Romano fez com que o Estado passasse a ser compreendido como tendo duas faces — que,

no século XIX, foram chamadas de *État puissance* e *État propriétaire*. A apresentação da teoria do serviço público e a apropriação que dela depois foi feita pela doutrina causou uma modificação marginal sobre esse modelo conceitual: o Estado *ainda* era visto como possuindo dois níveis e *ainda* como podendo atuar, em algumas instâncias, como se um particular fosse. A diferença passou a estar em que o "Estado-manifestação da soberania" não era mais aquele responsável pela prática de atos de autoridade (ou *apenas* aquele), mas pela *manutenção dos serviços públicos*. É como se pegássemos citações da doutrina do século XIX e substituíssemos, nelas, *puissance* por serviço público — agora são "as necessidades do serviço", e não "a natureza mística da soberania", que justificam a *potestas*.

Em todo contrato interessando ao funcionamento dos serviços públicos, o Estado não contrata como um particular. Ele não procura a gerar interesses restritos, interesses de individualidade, interesses individuais. Ele contrata para uma coletividade, para o público, para o interesse coletivo e geral. E então, todas as vezes que ele faz verdadeiramente um *marché* de serviço público, ele faz qualquer coisa de diferente daquilo que faz um contratante ordinário, um contratante do Código Civil ou do Código de Comércio. Porque ele faz qualquer coisa diferente daquele contratante ordinário, não se deve aplicar a essa qualquer coisas as mesmas regras que são aplicadas aos contratos de direito comum; essa é a lógica e, por consequência, esse é o direito. Daí nasce a ideia, que está na base de todo o nosso direito administrativo moderno, de que há, no contrato de serviço público, uma situação jurídica diferente daquelas que são objeto do título das obrigações do Código Civil, situação que deve se traduzir por diferenças de princípio³⁵³.

O contrato administrativo retira suas particularidades da inserção, em seu seio, das regras próprias ao serviço público; concluído em vista da gestão do serviço, ele recebe desse fim uma coloração original. É que a noção de contrato, com todas as possibilidade de liberdade, de igualdade, de imutabilidade e de relatividade da qual ela é rica, é incompatível com a noção de serviço público. O fim do serviço chama, em direção a ele, uma certa ligação da competência daquele que é encarregado de lhe executar e a preeminência da Administração que o visa. O serviço público é, por hipótese, realizado para a coletividade e deve ser constantemente adaptado às necessidades sociais que ele deve satisfazer³⁵⁴.

³⁵³ CE, 8 de fevereiro de 1918. *Société d'Eclairage de Poissy*. Conclusões do comissário de governo Corneille. *Apud* PÉQUIGNOT, Georges. **Théorie Générale du Contrat Administratif**. Paris: Éditions A. Pédone, 1945. Traduzi.

³⁵⁴ PÉQUIGNOT, *op. cit.*, p. 605. Traduzi e grifei.

Chama também a atenção o caráter *fragmentário* e *incompleto* das reflexões do Conselho de Estado e da doutrina sobre a teoria do contrato administrativo. A teoria, como se explicou, não foi planejada *de antemão* e depois aplicada à realidade: ela foi sendo construída no meio de numerosos *heurts*, *à-coups* e *arrêts*, incrementalmente adaptada por um tribunal às necessidades da realidade e às preferências políticas prevalentes — e tudo isso dentro de um ramo jurídico que tem como uma de suas características essenciais uma vinculação *fluida* entre a Administração e a lei. Não se poderia mesmo exigir do tribunal que apresentasse, *ex ante*, uma teoria jurídica pronta e acabada: é próprio do seu método de atuação que os acertos que ele faz na teoria sejam *marginais* — são os acertos necessários para resolver *cada caso concreto* que é apresentado a ele, *na medida* em que esses acertos possam ser necessários para justificar um resultado ao qual se deseja chegar. Além disso, violações da consistência da jurisprudência de um tribunal prejudicam a sua autoridade³⁵⁵; quando o resultado ao qual ele desejar chegar puder ser obtido por meio de um raciocínio que preserve a integridade e a autoridade de sua jurisprudência, ele tenderá a seguir esse caminho — como é demonstrado pela referência feita por Léon Blum, em 1912, ao caso *Terrier*.

Tudo isso fez com que, na formulação da teoria do contrato administrativo à francesa, algumas questões importantes não tenham sido devidamente enfrentadas. Péquignot, em 1945, percebeu que a teoria do contrato administrativo era, até então, apenas um apanhado de decisões que tinham por objeto permitir à Administração exercer poderes reforçados em algumas das relações contratuais que estabelecia e distribuir a competência para a apreciação de litígios entre a jurisdição administrativa

³⁵⁵ Como exemplo atual que demonstra os problemas de mudanças profundas na jurisprudência de uma Corte e seus efeitos na autoridade desse um tribunal diante da sociedade na qual ele se insere, ver a atual situação da Suprema Corte norte-americana — depois do ativismo da *Era Warren* e da *Revolução Conservadora* promovida a partir de Reagan, as decisões da Corte são vistas com suspeitas pelos *dois lados* do ambiente político. Depois de todas as reviravoltas de sua jurisprudência, a Corte perdeu o papel de *pacificadora das disputas políticas* que deveria ter: grupos em conflito não irão ter a expectativa de que, ao remeter uma disputa ao tribunal, receberão uma decisão tão imparcial quanto possível. Terão uma decisão substancialmente decorrente de preferências do julgadores — permitindo, por conseguinte, a realização de manifestações de oposição *política* ao tribunal, reduzindo a autoridade moral das suas decisões e minando a ideia de que aquilo que ela faz é Direito. Com evidências de que a confiança do público em um tribunal varia de acordo com as suas ações, com indicações de bibliografia sobre a literatura sobre o tema, conferir CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. **American Journal of Political Science**, v. 36, n. 3, 1992. p. 635-664.

e a jurisdição comum: faltava encontrar o seu *lugar* dentro da teoria do Direito Administrativo. Ele se encarregaria do problema, propondo que os regimes dos contratos administrativos deveriam ser unificados a partir da percepção de que eles são firmados no exercício de *discricionariedade administrativa*, não de autonomia da vontade.

Os estudos consagrados à pesquisa do critério de repartição, entre autoridade judiciária e autoridade administrativa, dos contratos das pessoas públicas, e mais especialmente à definição do contrato administrativo, não suficientes para fazer conhecer verdadeiramente o contrato administrativo porque elas não dão conta das regras de fundo que lhes são próprias. Essas regras de fundo, nós as encontramos, para cada contrato, nos estudos particulares que lhes são consagrados. **Mas, além do estudo de cada contrato visto isoladamente, não há lugar para uma teoria geral comum a todos os contratos administrativos?** Tal é o tópico que ainda não tentou a sagacidade dos juristas. Tal é o tópico que nós nos propusemos e que nós temos o objeto de desenvolver nesta obra³⁵⁶. O regime individualista e liberal (e o seu reflexo fiel que nós encontramos na construção da teoria clássica do contrato) supõe a autonomia da vontade compreendida como liberdade contratual: 1º Os indivíduos são livres para contratar sobre o objeto e para perseguir a finalidade que desejem, sob a única reserva de respeitar as leis, a ordem pública e os bons costumes; 2º Eles são livres para exercer o seu direito de contratar porque são, em princípio, capazes, e porque o formalismo é, no nosso direito, reduzido à sua simples expressão. **A autonomia da vontade, assim entendida no sentido de liberdade contratual, possui um correspondente no direito administrativo: é o poder discricionário**^{357 358}.

³⁵⁶ CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, v. 36, n. 3, 1992. p. 2. Traduzi e grifei.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 188-9. Traduzi e grifei.

³⁵⁸ O conceito-chave que deveria justificar o instituto, na visão de Péquignot, não era o de poder exorbitante, mas o de separação de poderes: contrato administrativo era aquele que, por sua natureza, deveria ser examinado pela jurisdição administrativa: "*É de presumir, que na origem, os contratos, que estavam assim afetados por determinação de lei à jurisdição administrativa, em nada se distinguem dos contratos correspondentes que haviam ficado na competência dos tribunais judiciários: o marché de trabalhos públicos, era ainda o contrato de empreitada, o marché de fornecimentos, o contrato de enda. Mas a longa experiência da jurisdição administrativa, o hábito que ela assumiu de se defrontar com interesses inteiramente diferentes daqueles do direito privado, transformaram inteiramente a fisionomia desses contratos. Hoje, o marché de trabalhos públicos ou de fornecimentos são contratos absolutamente originais e é despropositado tentar procurar seus correspondentes no direito privado. Esses contratos, que estavam afetados ao conhecimento dos tribunais administrativos pela única razão, inteiramente artificial, que aquela era a vontade do administrador, tornaram-se assim contratos administrativos por natureza*" (PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie Générale du Contrat Administratif*. Paris: Éditions A. Pédone, 1945. p. 174. Traduzi e grifei). Cláusulas "exorbitantes", assim, não deveriam ser apenas aquelas que manifestam o exercício de *puissance publique*: seriam aquelas que indicam a inadequação de um contrato à jurisdição de direito comum do Poder Judiciário, e que indicam que o juiz administrativo "*seria um intérprete mais preciso do que o juiz judiciário*", seja por aproximar-se das cláusulas comuns dos contratos administrativos, seja por

Chama também a atenção a tranquilidade com a qual a doutrina convive — e ainda convive — com o conceito de "contratos de direito privado da Administração". Como se explicou, a doutrina do início do século preocupou-se em encontrar uma forma para destacar, do conjunto de contratos firmados pelo *État propriétaire*, alguns contratos nos quais o Estado dispusesse de poderes reforçados de comando. Ela ocupou-se intensamente dessa tarefa: depois da consolidação da teoria da concessão de serviço público, passou-se a dizer que o Estado poderia fazer "contratos administrativos" e "contratos de direito privado". É incoerente, no entanto, que um Estado que se defina em suas bases constitucionais como estando "*inteiramente submetido à lei*" possa conviver com um espaço de autonomia reconhecido ao Estado no qual ele poderia atuar como se fosse um particular.

Quando a lei era *limite* da ação do Estado e o Estado era visto como possuindo uma face *puissante* e outra *privada*, fazia sentido que essa face privada não precisasse de uma amarração legal estrita: essa face privada não poderia agredir, unilateralmente, direitos dos particulares, e o controle da legitimidade da atuação do Estado proprietário ocorreria pela aplicação do regime geral do Direito Civil. É verdade que (a.) podemos discutir se, na prática, o Estado não poderia utilizar de seu poder de barganha para agir de maneira indesejável mesmo sob o regime civilista; (b.) os cadernos de encargos previam, em benefício do Estado, poderes derogatórios que o apartavam do regime estrito de Direito Civil; e que (c.) afirmar que o Estado só pode contratar sob a lógica do Direito Privado é certamente benéfico para os grandes empreendedores que, durante o século XIX, faziam contratos de concessão com a Administração e assumiam a execução de atividades que ela não tinha estrutura para conduzir. Essas questões são importantes, mas aqui quero destacar apenas a coerência *teórica* entre o modelo que combina (i.) o binômio *État puissance-État propriétaire*, (ii.) a lei como limite à ação pública, e (iii.) contratos regidos pelo Direito Privado.

fazer referência ao conceito de utilidade geral, seja por possuir uma ligação com alguma teoria de direito público, e contrato administrativo seria aquele "*produzindo a colaboração de um particular no funcionamento de um serviço público e organizando essa colaboração sobre bases exorbitantes do direito comum. Uma e outra dessas ideias fundam a competência da jurisdição administrativa para conhecer desse contrato*" (PÉQUIGNOT, Georges. **Théorie Générale du Contrat Administratif**. Paris: Éditions A. Pédone, 1945. p. 176-8. Traduzi).

No momento em que a lei passa, no discurso constitucional, a ser *fundamento* da ação administrativa, ela deveria — teoricamente — ter passado a ser fundamento de *toda* a ação administrativa. Isso não aconteceu na França: mesmo a *maneira* pela qual a legalidade era concretamente compreendida, no Direito Administrativo, *continuou a ser a maneira que se consolidou* durante o Segundo Império — com o binômio poder discricionário-poder vinculado, dentro do qual está embutido o desejo dos revolucionários de fugir da maneira de pensar típica do direito civil (embora a expansão dos recursos por excesso de poder tenha reduzido cada vez mais o campo reservado ao poder discricionário). A teoria do contrato administrativo, como um todo, também permaneceu um tanto refratária à legalidade: Péquignot, vendo isso, denunciou o caráter fragmentário da teoria de Jèze, que não se preocupava em estabelecer uma conexão entre os contratos administrativos e os fundamentos do Direito Administrativo; dentro do espaço de autonomia contratual da Administração, além disso, continuava-se admitindo a utilização de contratos de direito privado típicos de uma armadura conceitual que não integrava mais as bases constitucionais do sistema, bem como contratos administrativos com prerrogativas indisponíveis — ainda que elas não estivessem previstas em lei.

Se a teoria geral do contrato administrativo não foi feita até este dia, **é porque os autores viveram com base no preconceito de que as regras de direito privado aplicavam-se puramente e simplesmente nessa matéria.** Eles tinham, incidentalmente, a prudência de adicionar que essa aplicação não era feita sem algumas reservas. **Mas nenhuma pessoa procurou fazer o balanço dessas reservas**³⁵⁹.

Muitas vezes notou-se um parentesco entre a autonomia da vontade e a noção propriamente administrativa de poder discricionário. [...] **É preciso, contudo, destacar que o direito público não estudou verdadeiramente o poder discricionário a não ser a propósito dos atos regulamentares e do recurso por excesso de poder.** Isso teria ocorrido porque, no contrato, poder discricionário e autonomia se identificam, e não haveria problema? **Não seria, sobretudo, em decorrência da ausência de uma teoria propriamente administrativa do contrato**³⁶⁰?

³⁵⁹ PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie Générale du Contrat Administratif*. Paris: Éditions A. Pédone, 1945. p. 3. Traduzi e grifei.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 256. Traduzi e grifei.

Essas dificuldades são resultado de um outro *deslocamento de estruturas mentais* de uma época para outra: o Direito Administrativo francês do século XX, a despeito das intensas mudanças pelas quais passou a partir da Terceira República, pensava, em algumas de suas partes, como se ainda fosse o Direito Administrativo do século XIX (mesmo que os fundamentos do sistema jurídico do século XX permitissem, ou demandassem, a adoção de institutos jurídicos diferentes daqueles que existiam no século XIX). Esse fenômeno, como nós podemos ver nas análises realizadas por Foucault, não é exclusivo do direito: ele está presente em todos os campos da realidade cultural. Isso não faz, todavia, com que nós não possamos procurar identificar, em *cada campo* da realidade cultural, quais fatores podem tornar esses fenômenos de deslocamento *mais e menos* prováveis (seja para detectá-los e depois eliminar seus efeitos, seja para simplesmente compreender por quais razões eles ocorrem). A história e a estrutura do direito público francês sugerem que os deslocamentos conceituais que levaram às dificuldades da teoria contratual acima identificadas foram favorecidos por duas circunstâncias: (a.) a **preservação da estrutura mental que concebe o Estado como possuindo uma face "pública" e uma face "privada"**, o que decorre (a.1) da posição e do tipo de ação do Conselho de Estado dentro do sistema institucional francês; e (a.2.) de um efeito de inércia semelhante àquele identificado por Foucault³⁶¹; e (b.) a **relativa independência**

³⁶¹ A inércia explica uma *boa parte*, mas não *todo* o problema. A estrutura dual do Estado atravessa os tempos e é continuamente "colonizada" para novas finalidades: durante o Antigo Regime, admitir a estrutura dual permitia a imposição de obrigações ao Estado por meio de sua face privada; no sistema do século XIX, a estrutura dual tornou-se menos importante em razão da possibilidade de introdução de vinculações contra o Estado diretamente no nível em que ele se apresentava como *puissance*. No momento, contudo, em que essas vinculações se tornaram *substanciais*, com a troca do regime de legalidade-limite pelo de legalidade-fundamento e com a teoria do serviço público, a preservação da estrutura dual teria um papel crucial a desempenhar: ela é a **condição de possibilidade daquilo que se convencionou chamar "fuga para o direito privado"**. Então, nós temos, *em parte*, efeitos de inércia de uma estrutura mental que herdamos do passado; mas, em parte substancial, a *apropriação* dessa estrutura mental para finalidades oportunistas: houvesse essa estrutura desaparecido, as tentativas de fuga para o direito privado teriam sido muito mais dificultadas. No Brasil, por exemplo, teria sido impossível dizer — como se disse à exaustão — que "empresas públicas e sociedades de economia mista que executam atividade econômica não podem estar submetidas à obrigação de licitar e de promover concursos públicos para a admissão de seus empregados". A imposição posterior desses deveres, além de ser absolutamente republicana, também pôs a descoberto o argumento *ad terrorem* que acompanhava essa alegação: "caso essas obrigações sejam impostas, as empresas públicas e sociedades de economia mista se tornarão inviáveis". Essa argumentação é um exemplo de uma *apropriação da estrutura dual* para uma finalidade oportunista. Se, em lugar dela, nós sempre houvéssemos pensado que *toda entidade pública, quando atua, necessariamente é uma manifestação do Estado, e portanto necessariamente deve estar submetida a um regime diferenciado que contém um núcleo mínimo de regras decorrentes do princípio republicano*, essa tentativa teria sido impossível.

com a qual o Direito Administrativo compreendeu-se diante do Direito Constitucional até bem pouco tempo atrás³⁶².

Quando nós importamos para o Brasil, em meados do século XX, a teoria francesa do contrato administrativo, trouxemos para cá também todas essas suas circunstâncias. Elas, aqui, encontrariam um agravante: a tentativa de combinar um Direito Administrativo de matriz francesa, com uma Administração protagonista da ordem social e uma relação fluida com a lei, com um Direito Constitucional de matriz americana, feito sob encomenda para uma Administração contida, subsidiária, e que teria uma relação silogística com a lei. Como o Direito Administrativo francês compreendia-se como um bloco conceitual *sem relação próxima* com o Direito Constitucional, a convivência entre esses sistemas foi possível — mas não sem dar margem a algumas complicações e a algumas perplexidades. É o que se verá no próximo capítulo.

³⁶² Sérvulo Correia explica a falta de atenção que a doutrina francesa presta aos problemas de legalidade do contrato administrativo com base em duas circunstâncias: (a.) a *"tendência tradicional de construir o Direito Administrativo sobre uma base material, com manifesta indiferença para com as bases preponderantemente formais e orgânicas em que o Direito Constitucional fundamenta a Ordem Jurídica e o sistema de poderes"* (p. 595); e (b.) o fato de que a doutrina francesa procede a uma *"aceitação mais ou menos consciente da vigência de uma liberdade contratual idêntica à que preside aos contratos privados da Administração"* (p. 595). Essa aceitação seria resultado (b.1.) da circunstância de *"o contrato administrativo aparecer quase que exclusivamente como um contrato que tem por objeto prestações que em si mesmas seriam de direito privado e que se publiciza pela sua instrumentalidade directa relativamente ao serviço público e/ou pela inclusão (em princípio voluntária) de um conjunto de obrigações ou de sujeições acessória de direito público"* e (b.2.) por *"se considerarem satisfeitos os imperativos de legalidade através do regime dos atos destacáveis que necessariamente precederão o contrato, nem que seja apenas de forma implícita"* (p. 615). Eu estou de acordo com a primeira dessas conclusões, mas vejo na segunda um resultado de uma causa mais importante, não uma causa direta do problema que está sendo estudado: um problema mais sério me parece ser a preservação do modo de pensar que reparte o Estado em dois níveis, ainda que tenhamos mudado os critérios de identificação desses níveis e introduzido critérios marginais para a verificação da legitimidade da ação do Estado no nível "privado". A preservação dessa visão faz com que a figura do *État propriétaire* ainda seja *acomodável* dentro do nosso sistema; essa acomodação dá suporte à percepção de que o Estado disporia de uma liberdade contratual comparável à dos privados — e permite a recepção de parte da teoria contratual do século XIX, na parte em que não modificada pelo desenvolvimento da teoria do contrato administrativo no início do século XX; por fim, essa percepção contamina o entendimento da doutrina sobre o fundamento jurídico da autonomia contratual da Administração quando ela firma contratos administrativos. Para resolver esse problema, teríamos que *eliminar todos os restos históricos* que truncam a teoria do contrato administrativo e ainda permitem a subsistência dos contratos de direito privado da Administração e construir uma nova dogmática *a partir das bases constitucionais de que hoje dispomos*. Voltarei a esse tópico mais à frente. A excelente análise de Sérvulo Correia está em: CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Almedina: Coimbra, 1987.

TÍTULO II — HISTÓRIA DO CONCEITO NO DIREITO BRASILEIRO

Capítulo 1 — O Império

§ 1º Fatores políticos, sociais e econômicos

O Império do Brasil é o resultado de uma combinação entre **uma economia agrário-escravista-exportadora**, uma **sociedade estamental** e **a importação das instituições políticas francesas** do século XIX. Tínhamos, como na França do início do século XIX, um regime em que a propriedade credenciava à participação na vida política. Delas as elites preocupavam-se em excluir o povo: existe, ao longo do período, uma preocupação em criar um modelo institucional que pudesse assentar bases de autoridade para o Estado e impedir a ocorrência de uma revolução. Depois das turbulências do período regencial, formou-se em 1840 uma área de consenso entre liberais e conservadores que permitiu a consolidação de um modelo institucional duradouro. Esse modelo inspirou-se fortemente nas instituições francesas e adaptou-as às necessidades nacionais. Na síntese de Angela Alonso:

O Segundo Reinado teve esta dupla fonte: a experiência nacional e o repertório político-institucional europeu. Dosava os valores universais vindos do mundo exterior e a realidade nacional a civilizar. O modelo de suas instituições políticas deve à pedagogia legada pelas convulsões européias e regenciais: a liberdade dependia da ordem. **Mais que copiar os europeus, a elite imperial se esforçou em evitar a maior de suas desgraças: a revolução.** Este caráter pragmático e moderado da elite imperial deu conteúdo novo ao repertório europeu. A experiência brasileira particularizou os esquemas mentais estrangeiros. Deste acoplamento resultou a tradição imperial, estuada em três núcleos significativos: o indianismo romântico, o liberalismo estamental, o catolicismo hierárquico. Assim a elite imperial definiu a identidade nacional, instituiu numa [sic] forma de organização política que limitava a cidadania e produziu uma representação simbólica de sua ordem social³⁶³.

A oposição entre liberais e conservadores, no Brasil, não era idêntica à existente entre liberais e monarquistas na França: toda a elite política estava

³⁶³ ALONSO, Ângela. **Idéias em movimento**: a geração 1870 na crise do Brasil-Império. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 56. Grifei.

preocupada em manter os alicerces da ordem da qual se beneficiava, e por isso seu objetivo era sobretudo *impedir o surgimento de um modelo absolutista* que reduzisse o seu próprio espaço de influência e ação política. Disso também se pode compreender a tranquilidade com a qual o partido liberal pôde compactuar com a manutenção de um modelo econômico escravista e com a preservação de estruturas de poder senhorial no interior do Brasil³⁶⁴. No plano do discurso, utilizava-se a religião de Estado para incorporar todos os habitantes do país a uma "comunidade simbólica" que deveria ser transformada em "eleitorado" por meio da ação civilizadora do Império. No plano da ação política, tínhamos a perpetuação de um modelo que assegurava o domínio de poucos sobre a maior parte da população.

Esse modelo foi sendo progressivamente erodido pela consolidação de uma **forte classe militar** depois da Guerra do Paraguai, pelo **abolicionismo** e pela **urbanização** — dando origem a novos grupos sociais que não tardariam a reclamar seu espaço de atuação na estrutura política. O Império promoveria medidas de adaptação de nossas instituições (como, por exemplo, a abolição da escravidão), mas, como essas medidas entravam em choque com as bases da ordem social estabelecida, elas causaram divisões internas na elite política. Quando a formação de uma república aparecesse na ordem do dia, isso não decorreria da "força do ideário liberal": seria uma tentativa da elite nacional de se apropriar de mais poder político — alegando que o Império estava tão ultrapassado como o modelo econômico que havia servido de fundamento para ele³⁶⁵.

³⁶⁴ Nas palavras de Angela Alonso: "**o sistema político imperial foi montado para limitar o príncipe e excluir o 'povo'**. A 'opinião pública', requisitada pelo sistema representativo, designava não o conjunto dos brasileiros, mas os proprietários, restringindo o exercício da cidadania a uma elite selecionada dentre os socialmente iguais. [...] Neste sentido, a concepção de liberalismo presente nas instituições imperiais foi sobretudo negativa. **O sistema político imperial era liberal no sentido de antiabsolutista: visava limitar as prerrogativas do príncipe**, garantindo que o Poder Moderador não degenerasse em poder pessoal. 'Nossa monarquia é muito limitada. O monarca, que é delegado da nação, é um súdito com diadema, é a expressão do mais completo liberalismo' (Góes e Vasconcelos, 1876:2,3)." (ALONSO, Ângela. **Idéias em movimento: a geração 1870 na crise do Brasil-Império**. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p 60-1. Grifei). Em outra passagem, ela destaca o forte componente **reacionário** do liberalismo brasileiro "*no sentido lato, de reação e resistência à [sic] qualquer mudança na ordem sociopolítica. Embora seus argumentos não espelhem a opinião da maioria põem em alto-relevo as estruturas tacitamente aceitas também pelos reformadores imperiais e resguardadas pelas instituições vitalícias. E enunciam eloqüentemente as razões da indesejabilidade da mudança: a mais sutil alteração poderia pôr a perder o próprio padrão civilizacional do Império*" (Ibidem, p. 87. Grifei).

³⁶⁵ "*O Poder Moderador de início deu estabilidade política ao país. Mas, na ausência de um eleitorado amplo e independente, ele foi minando a legitimidade do imperador. Liberais e republicanos passaram a exigir o governo do país por si mesmo, significando com isso não propriamente a democracia, mas a eleição do chefe de Estado e do governo. Quando o Poder Moderador, como representante da nação e ao lado do Legislativo, tomou medidas abolicionistas que*

§ 2º Conceitos jurídicos fundamentais

A. O modelo do État legal

O Direito Administrativo imperial é predominantemente uma importação do Direito Administrativo francês do século XIX. No plano institucional, tivemos, como na França, um *Conselho de Estado* que funcionava como órgão de cúpula de nosso arranjo institucional, concentrando políticos "*no ápice da carreira política*"³⁶⁶. Todo o aparato conceitual que identificamos na França também estava presente em nossa dogmática³⁶⁷, que empregava vastamente os conceitos de (a.) administração pura e administração contenciosaⁱ, (b.) recursos gratuitos e recursos contenciososⁱⁱ, e (c.) direitos e interessesⁱⁱⁱ ³⁶⁸. Os nossos maiores teóricos do Direito Administrativo

contrariaram interesses poderosos, os partidos monárquicos não o defenderam. Implantou-se o presidencialismo republicano, em que os presidentes detinham poder pessoal ainda maior do que o do imperador, com a diferença de que eram substituídos de quatro em quatro anos." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 28. Grifei. Ver também: LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil: uma interpretação**. São Paulo: Senac São Paulo, 2008.

³⁶⁶ ALONSO, Ângela. **Idéias em movimento: a geração 1870 na crise do Brasil-Império**. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 67 e 112. Sobre a atuação do Conselho de Estado durante o Império, a referência é LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil Império**. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁶⁷ Sobre ela, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello registrava que suas obras haviam sido: "*plasmadas sob o influxo do pensamento dos juristas franceses da Escola Legalista e do Método Exegético. Neles há a preocupação de expor sistematicamente os institutos jurídicos desse novel ramo do direito segundo a legislação que os ordenavam. Buscam oferecer a melhor interpretação dos seus textos e oferecer a melhor orientação jurisprudencial a respeito. Dadas as peculiaridades, entretanto, da vida jurídica pátria, procuram adaptar as incipientes manifestações doutrinárias alienígenas às realidades nacionais e, destarte, completá-las com considerações de cunho crioulo.*" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 141).

³⁶⁸ Em uma síntese global, v. PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 229 e ss. Uma reedição foi recentemente lançada pela Editora 34: PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Organização e introdução de Eduardo Kugelmas. São Paulo: Ed. 34, 2002. As páginas mencionadas nesta dissertação referem-se, salvo quando houver referência expressa em sentido contrário, à edição original. Leia-se o seguinte trecho: "*Quando pelo contrario os actos do poder executivo, em vez de conterem-se só nessa latitude ou órbita, infringem leis do Estado, e consequentemente direitos individuaes ou formulas protectoras desses direitos, então sua autoridade é susceptível de contestação, de recurso contencioso. Desde então a questão não é mais de mero interesse, é de um direito, da infracção de uma lei, de um abuso, é de justiça e não de discricção administrativa. Nem outro deve ser o principio, pois que desde então ha da administração violação de lei e a obrigação de reformar o seu acto; o contrario seria constituir a vontade ministerial como superior á lei, inutilisar ou aniquilar o poder legislativo, e falsear, ou antes destruir todo o systema e garantias constitucionaes; não haveria segurança de direitos. Emquanto a administração não suscita taes reclamações é indifferente, como bem pondera Vivien, examinar*

Imperial — o Visconde do Uruguai e o Marquês de São Vicente — eram do Partido Conservador, o que serve como indício da procedência dos conceitos que eles empregavam em seus manuais³⁶⁹. Veiga Cabral abre o seu *Direito Administrativo Brasileiro*, de 1859, com uma apresentação das fontes francesas utilizadas na elaboração de seu trabalho.

tendo conhecimento dos trabalhos de MM. de Cormenin, Macarel, que primeiro dirigirão a pratica, MM. de Gerando, Proudhon e Foucart, que abrirão a estrada ao ensino deste ramo de Direito, devo reconhecer o auxílio de MM. Dufour, La Ferriere, Vivien, Magnitot, Blanch, Serrigny e Chaveau Adolphe, que contém algumas theorias applicáveis ao nosso Estado; MM. Florent-Lefebvre, Cabantous e Pradier escreverão sob regimens oppostos; e nesta diversidade de pareceres foi preciso crear um systema adequado á exposição do Direito Administrativo Brasileiro³⁷⁰.

Pimenta Bueno, em uma passagem que remete à diferença no modo de pensar da Administração e do Judiciário ressaltada pela doutrina francesa, destacava que o Poder Executivo era o "*defensor dos direitos e interesses publicos, defensor até certo ponto discricionario*", enquanto o Judiciário era "*o protector dos direitos e interesses individuaes, da propriedade, liberdade, honra, vida, de tudo que é caro aos homens como homens: seu poder em vez de ser discricionario é restrictamente legal*", e seu processo era "*dirigido sempre pelo direito positivo*". O Executivo "*atende o tempo, os lugares, as oportunidades; põe a sua gloria em prever, em conservar a sociedade e engrandecê-la, ainda mesmo com quebra de*

se suas medidas partem de sua autoridade limitada, ou de sua latitude discricionaria; desde porém que ha reclamação contenciosa cumpre reconhecer se com effeito trata-se de um simples interesse ou de um direito. Qualquer que seja o assumpto sobre que a administração, ou governo opere, desde que se reclama em virtude de um direito, se este existe dá-se um recurso contencioso e muito legal, que deve ser deferido com inteira justiça. É desnecessario ponderar que os direitos ou são constituídos pela lei, ou são expressões da natureza moral do homem por elas reconhecidos explicita ou implicitamente como taes; não têm outras fontes, mas desde que realmente destas se derivão, é claro que não existia a esse respeito a pretendida autoridade discricionaria, pois que esta nunca se estende a derogar as leis, ou a destruir os direitos." (PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 231. Grifei).

³⁶⁹ Angela Alonso menciona que o *Ensaio sobre o direito administrativo* de Uruguai, publicado em 1862, foi uma resposta direta ao *Da natureza e limites do Poder Moderador*, publicado por Zacarias de Góes, anonimamente, em 1860. Na visão de Alonso, a obra de Góes era um "*verdadeiro manifesto da Liga*" Progressista (ALONSO, Ângela. **Idéias em movimento**: a geração 1870 na crise do Brasil-Império. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 79).

³⁷⁰ VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859. p. viii-ix.

alguns interesses particulares"; o Judiciário, "impassível", "não atende senão as questões existentes, os direitos em litígio; **põe a sua glória em manter as liberdades e justos interesses do cidadão, em dar a cada um o que é seu**"³⁷¹.

Essa distinção seria corrente na doutrina: Pereira do Rêgo, poucos anos depois, explicaria que a "*justiça administrativa deve fazer prevalecer, sendo necessário, a equidade e o interesse do Estado, que é o de todos, sobre as disposições inflexíveis e estreitas da legislação positiva (Locré, do Conselho d'Estado)*", e que "*as leis administrativas são inteiramente distintas das Leis civis; exibem estudos especiaes, e assentam em principios geraes d'outra ordem*"³⁷².

Rego Barros diria que "*a lei administrativa rege, não direitos rigorosos, mas interesses; estes interesses varião segundo as circunstancias de cada dia, segundo as necessiddes dos homens e as vistas politicas; o espirito da lei administrativa deve vê e penetrar as mudanças, as fórmãs variaveis e moveis*"³⁷³.

Furtado de Mendonça, na mesma linha, destacava a diferença de natureza entre as leis civis e as leis administrativas — vendo, nas primeiras, manifestações de "regras de justiça" e "direitos absolutos" e, nas segundas, "desejos de equidade"³⁷⁴. Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, enunciou o problema de maneira mais completa; primeiro, diria que o direito civil "atende somente às regras positivas da justiça e ao rigor de direito", e que o Direito Administrativo "presta-se a considerações de equidade e utilidade pública"³⁷⁵. Depois, diferenciou o tipo de raciocínio que deveria ser executado pelo juiz e pela administração:

³⁷¹ PIMEN PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 35.

³⁷² REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. mais correctã e consideravelmente aumentada. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860. p. 81. Grifei. No parágrafo 106, contudo, introduzindo uma distinção que não está presente na doutrina francesa, Pereira do Rego diz que a vinculação da Administração à lei é "idêntica à do Judiciário" nos casos em que ela deve apreciar cenários de conflito entre a sua ação e os direitos particulares. O recurso à "conveniência pública" e à "equidade natural" seria possível apenas nos casos de análise de meros interesses.

³⁷³ BARROS, Henrique do Rego. **Apontamentos sobre o Contencioso Administrativo**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1874. p. 1-2.

³⁷⁴ "**As leis civis só attendem ás regras positivas de justiça, reconhecem e consagrão direitos rigorosos e absolutos, e sua applicação deve ser encarregada a magistrados independentes e perpétuos; as administrativas dobrão-se aos desejos da equidade, pesão e concilião pretensões de ordens diversas, em grande parte emanão do proprio poder que geralmente cuida da observancia de suas disposições por magistrados em geral amovíveis.**" (MENDONÇA, Francisco Maria de Souza Furtado de. **Excerpto de Direito Administrativo Pátrio**. São Paulo: Typographia Allemã de Henrique Schroeder, 1865. p. 20. Grifei).

³⁷⁵ "**O direito administrativo rege direitos e interesses sociais. O civil ou privado, direitos e interesses privados. O direito administrativo versa em geral sobre interesses de ordem pública. O civil ou privado sobre títulos, convenções e provas autênticas. O primeiro presta-se a**

O juiz não tem, ou pelo menos não deve ter, poder discricionário. Limita-se a aplicar as leis em sentido estrito e rigoroso; prescinde da equidade, ainda que a aplicação rigorosa da lei a fira. Os juízes são ou devem ser inamovíveis, perpétuos e independentes, e as suas decisões quando passam em julgado são irrevogáveis e soberanas. **A administração, pelo contrário, atende à equidade, às circunstâncias, lugares e interesses, e não pode deixar de ter, até certo grau, e estabelecido pelas leis, um certo poder discricionário.** O interesse público é sua lei suprema. Dá conta de seus atos que podem ser modificados e revogados. Seus agentes não são inamovíveis, nem perpétuos, nem independentes, podem ser mudados e demitidos. É portanto de sua natureza movediça e sujeita a variar à medida que variam os objetos e interesses dos quais se ocupa. **A qualidade que tem a Justiça de aplicar as leis segundo as regras *stricti juris*, sempre com o mesmo pensamento e com o mesmo espírito; de não se regular e deixar levar por considerações gerais de interesse público, torna-se incompatível com a natureza das necessidades sobre as quais deve prover a administração.** Por outro lado, se a administração pertencesse à Justiça, tenderia esta a subordinar os direitos privados a considerações de interesse público, a desconhecer, tendo em vista o bem geral, a propriedade e a liberdade individual, substituindo o direito pelo arbítrio³⁷⁶.

A doutrina nacional inspirava-se fortemente nos autores franceses do século XIX, mas, por vezes, introduzia algum fator local dentro do processo de recepção dos institutos estrangeiros. Na França pós-revolucionária, por exemplo, tanto os direitos humanos quanto o poder público estavam ancorados em um racionalismo laico. No Brasil Império em que o catolicismo era religião de Estado, o discurso dos manuais por vezes imprimia tons religiosos aos fundamentos dos institutos jurídicos. O Conselheiro Ribas, em um discurso com ares tomistas, dizia que "*a sociedade é a condição imposta à lei suprema de perfectibilidade, que resume e explica os destinos do homem na terra. O poder é ao mesmo tempo a arma com que a sociedade se defende, e a mola mais poderosa com que facilita e auxilia o desenvolvimento da perfectibilidade humana*"³⁷⁷, e que "*guiada pela mão oculta e irresistível da Providência, caminha livremente a sociedade humana para o seu*

considerações de equidade e utilidade pública; o segundo atende somente às regras positivas da justiça e ao rigor de direito. Sendo os interesses sociais mui variáveis, segundo as circunstâncias do tempo e do lugar, o direito administrativo assume por isso os caracteres de diversidade e mobilidade. O direito civil, pelo contrário, tende a tornar-se cada vez mais uniforme e permanente." (URUGUAI, Visconde do. In: CARVALHO, José Murilo (org.) **Visconde do Uruguai**. São Paulo: Ed. 34, 2002. p. 169 e ss, p. 104. Grifei.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 102. Grifei.

³⁷⁷ RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866. p. 48.

*último e misterioso fim. Ao poder político incumbe investigar as vias mais adequadas para a realização do direito, e auxiliar o múltiplo desenvolvimento da natureza humana, designando os fins secundários que servem de meios para esse último e providencial*³⁷⁸. Um tom religioso também está presente na obra de Pimenta Bueno, que compara a atuação do poder legislativo à do "*creador que comunica a vida, imprime sua sabedoria, dirige as forças e movimentos sociaes, todas as relações e variados interesses do Estado e dos individuos*"³⁷⁹ — e que "*o creador da ordem religiosa é o mesmo creador da ordem temporal, é o mesmo legislador supremo; elle deu á sociedade politica o direito e o dever de existir e de conservar a ordem publica, de não consentir que ella seja perturbada*"³⁸⁰.

Além disso, embora nós tivéssemos um Conselho de Estado e todo o aparato conceitual necessário à operação de um amplo sistema de jurisdição administrativa, um tal modelo jamais foi perfeitamente implantado no Império. O Conselho de Estado, na lei de 23 de novembro de 1841, tinha apenas a atribuição de *receber consultas* do Imperador, não a de julgar controversais envolvendo matérias de interesse do Estado. Até 1859, o tribunal do tesouro nacional era o único órgão administrativo com funções contenciosas, e não conhecia como superior o Conselho de Estado — até que, a partir daquele ano, um decreto criou uma espécie de recurso de cassação das decisões desse tribunal endereçável ao Conselho³⁸¹. Escrevendo em 1884, Rubino de Oliveira ressaltava que o Conselho poderia ser provocado nos casos de "*incompetência, excesso de poder, violação da lei ou de formalidades essenciais*", hipóteses em que a nulidade das decisões do tribunal do tesouro poderia ser declarada. O Visconde do Uruguai também esclareceria que "*pelo Direito Administrativo francês o excesso de poder ou a ilegalidade constitui contencioso, ainda mesmo quando se dá em matéria administrativa graciosa*"³⁸². Estávamos importando o modelo francês, já com as sucessivas *aberturas* no recurso por excesso de poder que estavam sendo reconhecidas pelo Conselho de Estado

³⁷⁸ RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866. p. 49.

³⁷⁹ PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 47.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 24.

³⁸¹ OLIVEIRA, José Rubino de. **Epítome de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884. p. 235-6.

³⁸² URUGUAI, Visconde do. *In*: CARVALHO, José Murilo (org.) **Visconde do Uruguai**. São Paulo: Ed. 34, 2002. p. 169 e ss; p. 146.

francês e que levariam à formulação do binômio "poder discricionário *versus* poder vinculado".

B. A primeira versão do princípio da legalidade

Um dentre os diversos blocos de construção empregados pela doutrina imperial para construir seu sistema de direito público adquiriu um destaque especial no Direito Administrativo brasileiro – mesmo depois da formação da República. Trata-se da formulação do **princípio da legalidade** feita por José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente. Em seu *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, ele elaborou uma formulação sobre as relações entre a lei e o regulamento que se tornaria célebre em nossa doutrina. Ei-la:

Do que temos exposto, e do principio, tambem incontestavel, que o poder executivo tem por attribuição executar, e não fazer a lei, nem de maneira alguma altera-la, segue-se evidentemente que elle commetteria grave abuso em qualquer das hypotheses seguintes.

1º Em crear direitos, ou obrigações novas, não estabelecidas pela lei, porquanto seria uma innovação exorbitante de suas attribuições, uma usurpação do poder legislativo, que só pudera ser tolerada por câmaras desmoralizadas. Se assim não fôra poderia o governo criar impostos, penas, ou deveres, que a lei não estabeleceu, teriamos dous legisladores, e o systema constitucional seria uma verdadeira illusão.

2º Em ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações, porquanto a faculdade lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei, e não para introduzir mudança ou alteração alguma nella, para manter os direitos e obrigações como forão estabelecidos, e não para accrescenta-los ou diminuí-los, para obedecer ao legislador, e não para sobrepôr-se a elle.

3º Em ordenar, ou prohibir o que ella não ordena, ou não prohibe, porquanto dar-se-hia abuso igual ao que já notámos no antecedente numero primeiro. E demais, o governo não tem autoridade alguma para supprir, por meio regulamentar, as lacunas da lei, e mórmente do direito privado, pois que estas entidades não são simples detalhes, ou meios de execução. Se a materia como principio é objecto de lei, deve ser reservada ao legislador; se não é, então não há lacuna na lei, sim objecto de detalhe de execução."

4º Em facultar, ou prohibir, diversamente do que a lei estabelece, porquanto deixaria esta de ser qual fôra decretada, passaria a ser differente, quando a obrigação do govêrno é de ser em tudo e por tudo fiel e submisso á lei.

5º Finalmente, em extinguir ou annullar direitos ou obrigações, pois que um tal acto equivaleria á revogação da lei que os estabelecêra ou reconhecêra; seria um acto verdadeiramente attentatorio³⁸³.

Essa passagem foi e tem sido muito citada entre nós para esclarecer o significado da afirmação de que "a Administração só pode agir quando autorizada por lei". No entanto, esse **não é o seu significado**. Pimenta Bueno estava escrevendo dentro do Estado de Direito *do século XIX*, onde a lei funcionava mais como *limite* do que como *fundamento necessário* da ação da Administração. As hipóteses de abuso mencionadas por Pimenta Bueno, por isso, não devem ser vistas apenas como casos de "ação administrativa sem amparo prévio em lei": elas são **invasões à esfera privada de liberdade que é protegida por lei**. Apenas a lei, ao demarcar essa esfera, poderia autorizar invasões legítimas dentro dela.

É por isso que Pimenta Bueno fala tanto em "criar direitos", "ampliar, modificar ou restringir direitos e obrigações", "ordenar ou proibir o que a lei não ordena", "facultar ou proibir diversamente do que a lei estabelece" ou "extinguir ou anular direitos ou obrigações": ele está identificando as relações *possíveis* entre a lei e a liberdade racional dos cidadãos, e dizendo que qualquer atuação com potencial criativo, ao longo dessa interface, deverá ser reservada à lei, expressão da *volonté générale*. O regulamento poderia dispor sobre *questões acessórias* aos modelos definidos pela lei, mas não poderia tentar usurpar seu lugar nessa interface entre o poder político e a liberdade racional dos cidadãos. É esse o sentido da cláusula constitucional, ainda presente entre nós, de que "*ninguém poderá ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão por meio de lei*"³⁸⁴; era esse também

³⁸³ PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 237.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 68. "**Tudo que é crear principios, regras ou disposições geraes, dar, tirar ou modificar direitos ou obrigações, impôr deveres, prohibições, privilegios ou limitações ás faculdades do homem ou do cidadão, estabelecer multas ou penas civis ou criminaes, é não só alçada da lei, mas de seu dominio exclusivo, que não tolera que de outrem senão ella tenha esta grande autoridade, porque ella e só ella é a competente e privativa expressão da vontade e soberania nacional.** Const., art. 179, § 1º. *Esta immensa faculdade é pois justamente a que pertence á assembléa geral, salva a dependencia da sancção, que é o seu complemento necessario e valiosa garantia. É fácil de comprehender que a lei nunca deve ser feita senão por e para a utilidade social, Const. art. 179, §2º, que seu pensamento e fim não é de restringir as liberdades, sim de protegê-las; de dar estabilidade aos direitos e não de comprimi-los ou sacrificá-los; de fazer o governo amado e por isso mesmo permanente e forte, e não mal visto, precario e fraco. A sabedoria do legislador precisa quando faz a lei ver tudo, não olvidar uma só relação importante da sociedade que possa ser affectada. Em relação ás leis políticas, administrativas ou regulamentares é essencial que seus preceitos não só sejam fiéis aos principios constitucionaes, mas inspirados sempre pela indole destes, apropriados ás bases fundamentaes*

o sentido do artigo em que, na Constituição de 1824, reservava-se aos decretos e regulamentos o papel de "boa execução das leis".³⁸⁵

Na Constituição de 1824, essa cláusula estava inserida em seu artigo 179, inciso I: "*nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei*". O inciso II servia de complemento a esse inciso I: elaborado sob nítida influência do discurso revolucionário francês, ele dizia que "*nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública*". Combinando os dois textos, temos: "*nenhum cidadão poderá ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer senão em virtude de lei e em razão da utilidade pública*"³⁸⁶ — algo que soa estranho dentro de um paradigma estritamente positivista, mas que seria absolutamente justificável dentro de um modelo racionalista. Pimenta Bueno, nessa linha, reconhece um fundamento "*transcendente*" ou "*jusracional*" à lei positiva³⁸⁷ e à liberdade —

da sociedade. Ellas devem conservar os poderes politicos em suas orbitas e desenvolver o seu exercicio e actividade no sentido dos interesses e direitos protectores da sociedade e dos cidadãos. Firmada a liberdade politica e administrativa é de mister não olvidar que a liberdade civil é o maior dos fins sociaes, e que não convem que o abuso administrativo possa prejudica-lo." Grifei.

³⁸⁵ Artigo 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principais attribuições. [...] XII. Expedir os Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das leis.

³⁸⁶ PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 393. "**Nenhuma lei deve ser decretada ou estabelecida senão porque a utilidade publica a reclame**. A lei, ainda mesmo quando vem garantir alguma das relações de liberdade, affecta outras, ella crea sempre obrigações, e penalidade que lhe serve de sanção; **consequentemente, sempre que não fôr dictada por verdadeira utilidade publica, estabelecerá um sacrificio injusto e por ventura uma tyrannia**. Nenhuma lei deve pois ser concebida senão depois de bem reconhecido que é de verdadeira utilidade social, e esta jámais póde estar em opposição com as condições moraes do homem e da sociedade. **Toda a lei, toda a restricção da liberdade, que não fôr dictada pelos principios da moral, pelo respeito reciproco dos direitos individuaes, ou por claro e licito interesse da comunidade social, será uma injustiça ou um erro lamentavel, que a civilisação, que a illustração publica deve desde logo procurar corrigir pelos meios legaes que o systema constitucional facilita.**" Grifei.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 16. "**As leis consideradas em geral são as expressões legítimas, as normas das relações moraes do homem para com a ordem natural, publica, ou particular da sociedade; ellas recebem diferentes denominações e definições em vistas de diversas circunstâncias, como passamos a notar. §1º — Das leis quanto á sua origem. As leis quanto á sua origem, ou fonte donde são derivadas, denominão-se naturaes, ou positivas. Leis naturaes — São as normas prescriptas pela razão natural esclarecida, são preceitos que resultão das condições moraes dos homens, condições sem as quaes não haveria ordem, nem justiça entre elles. Leis positivas — São normas prescriptas pelo poder social legítimo para manter a segurança dos direitos, e dirigir os diferentes serviços da sociedade. Estas leis comprehendem duas classes, cujas divisão deve merecer sempre muita attenção. Ou ellas se dirigem a reconhecer e sancionar um preceito natural, ou a erigir uma obrigação puramente social, ou arbitraria. No primeiro caso, o principio é essencialmente justo, tal é o da lei positiva que garante a vida, a propriedade, os direitos naturaes do homem, e que consequentemente pune a violencia, o roubo, o homicidio; neste caso basta proporcionar uma violenta repressão. No segundo, ella é mais ou menos discricionaria, por isso mesmo que é filha sómente da conveniência social mais ou menos bem comprehendida, ou avaliada, é obra sómente dos homens, sujeita a suas paixões, erros, e mobilidade de vistas e**

dizendo claramente que "os direitos individuais são naturais, prerrogativas da natureza e criações de Deus, não criações da lei positiva"³⁸⁸.

Duas outras evidências dão reforço a essa interpretação: (a.) o *caput* do artigo 179 dispunha que: "a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte". Interpretando o inciso I à luz do *caput* do mesmo artigo, compreende-se que ele não foi criado para assegurar a submissão plena da Administração à lei, tal qual na fórmula do *Rechtstaat*: ele foi criado para garantir a inviolabilidade dos direitos dos cidadãos brasileiros; e (b.) o artigo 2º da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822 estatuiu que "a liberdade consiste em não serem obrigados a fazer o que a lei não manda, nem a deixar de fazer o que ella não prohibe. A

interesses; é por isso mesmo que cumpre meditar muito sobre as penas impostas por sua infracção, sobre esses delictos puramente politicos ou arbitrarios". Grifei.

³⁸⁸ PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 390-2. "Os direitos individuaes, que se podem tambem denominar naturaes, primitivos, absolutos, primordiaes ou pessoaes do homem, são, como já indicámos, as faculdades, as prerrogativas moraes que a natureza conferio ao homem, como ser intelligente; são attributos essenciaes de sua individualidade, são propriedades suas inherentes á sua personalidade, são partes integrantes da entidade humana. **Não são pois creaturas das leis positivas, sim creações de Deos, attributos do ser moral que elle formou, condições inalienaveis, imprescriptiveis, por isso mesmo que sem ellas o homem seria abatido e aviltado, deixaria de ser o que é.** O direito que o homem tem de defender sua existencia physica e moral, sua liberdade, seus direitos naturaes; essa faculdade antecede a todas as leis positivas, provém da natureza e domina o homem porque é homem. **O primeiro dever da lei positiva é de reconhecê-los, de respeitá-los, de garanti-los, por isso mesmo que o unico fim legitimo da sociedade é de defendê-los, de assegurar o gozo delles, de consagra-los como pharóes luminosos que devem estar bem expostos aos olhos e ao respeito reciproco de todos.** [...] A liberdade no estado ou consideração puramente natural do homem é o direito, a faculdade que elle tem de fazer ou não fazer tudo quanto queira sem outro limite que não seja a prohibição da lei natural, ou por outra, tudo quanto não viole seus deveres para com Deos, para com os outros homens, e para comsigo mesmo. No estado social a liberdade é esse mesmo direito, salvas não só essas restricções da lei natural, mas também as restricções da lei social. A liberdade é o proprio homem, porque é a sua vida moral, é a sua propriedade pessoal a mais preciosa, o dominio de si proprio, a base de todo o seu desenvolvimento e perfeição, a condição essencial do gozo de sua intelligencia e vontade, o meio de prefazer seus destinos. É o primeiro dos direitos, e salva-guarda de todos os outros direitos, que constituem o ser, a igualdade, a propriedade, a segurança, e a dignidade humana. O Creador não fez do homem um ente puramente physico, sim intelligente e moral, deu-lhe faculdades correspondentes, e não só o direito, mas a necessidade de exercê-las, de cultivas as numerosas relações que dellas nascem, e que são indispensaveis para o seu bem-ser. Se não fôra o direito de gozar livremente de suas faculdades naturaes, de que servirão estas, o que valeria a existência? O bem-ser do homem é tanto maior quanto maior é a sua liberdade, quanto menor é o sacrificio ou restricções della. [...] As maiores ou menores restricções feitas a esta primeira, e essencial condição moral do homem, são quem assignalão e distinguem os bons e máos governos. **Taes restricções não devem exceder jámais ao que fôr essencialmente necessario para respeitar os direitos alheios, por isso mesmo que elles são iguaes, e não póde haver direito contra direito. Em summa, a liberdade é um dom de Deos, e o fim da sociedade é de protegê-la, e não de proscrevê-la.**" Grifei.

*conservação desta liberdade depende da exacta observancia das leis*³⁸⁹. O artigo 1, da Constituição Portuguesa, enunciava que "*a Constituição política da Nação Portuguesa tem por objecto manter a liberdade, segurança, e propriedade de todos os Portuguezes*" — em uma formulação muito semelhante à do *caput* do artigo 179 da Constituição Brasileira de 1824. O artigo 2 tinha por objetivo *esclarecer* o significado do termo "liberdade" no artigo 1; assim também o inciso I está relacionado com o *caput* do artigo 179 da Constituição Brasileira de 1824. Por fim: o artigo brasileiro estava localizado no título constitucional "*Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis e Politicos dos Cidadãos Brasileiros*"; o texto português, no título "*Dos Direitos e Deveres Individuais dos Portuguezes*" — e os seus dezenove artigos possuem conteúdo semelhante aos trinta e cinco incisos do artigo 179 da Constituição Brasileira³⁹⁰.

³⁸⁹ PORTUGAL. **Constituição Política da Monarchia Portuguesa**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1822; e PORTELLA, Joaquim Pires Machado. **Constituição Política do Império do Brazil confrontada com outras Constituições**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1876.

³⁹⁰ Tópicos compreendidos no artigo 179 da Constituição de 1824: (1.) liberdade assegurada pela lei; (2.) garantia de conexão entre a lei e a utilidade pública; (3.) vedação de efeito retroativo; (4.) liberdade de expressão; (5.) vedação à perseguição religiosa; (6.) liberdade de locomoção; (7.) garantia da inviolabilidade do domicílio; (8.) proibição de prisão sem culpa formada, salvo nos casos mencionados em lei, e sem acusação formal; (9.) possibilidade de prestação de fiança; (10.) determinação de prisão apenas por ordem de autoridade legítima ou em flagrante delito; (11.) garantia de que sentenças serão emitidas pela autoridade competente e por lei anterior; (12.) independência do Poder Judiciário; (13.) igualdade perante a lei; (14.) garantia de acesso aos cargos públicos; (15.) obrigação de contribuição para as despesas do Estado; (16.) abolição dos privilégios; (17.) vedação a foro privilegiado; (18.) organização de um Código Civil e Criminal fundado "nas sólidas bases da Justiça, e Equidade"; (19.) abolição dos açoites e penas cruéis; (20.) limitação dos efeitos da pena à pessoa do delinquente; (21.) garantia de condições mínimas de segurança e limpeza nas cadeias; (22.) garantia do direito de propriedade; (23.) garantia da dívida pública; (24.) liberdade de indústria; (25.) abolição das corporações de ofício; (26.) propriedade intelectual; (27.) sigilo de correspondência; (28.) garantia de promessas de recompensa feitas pelo Estado; (29.) responsabilidade dos funcionários públicos; (30.) direito de petição; (31.) garantia dos socorros públicos; (32.) garantia de instrução primária gratuita; (33.) criação de "collegios" e universidades; (34.) impossibilidade de suspensão da Constituição, no que diz respeito aos direitos individuais, salvo em casos de rebelião ou invasão de inimigos; (35.) condições para a decretação de Estado de Sítio. Tópicos cobertos pelo título I da Constituição Portuguesa de 1822: (1.) manutenção da liberdade, segurança e propriedade dos portugueses; (2.) definição do significado de liberdade; (3.) definição do significado de segurança pessoal; (4.) impossibilidade de recolhimento à prisão sem culpa formada e sem previsão em lei; (5.) garantia da inviolabilidade do domicílio; (6.) definição do significado de propriedade; (7.) liberdade de expressão; (8.) previsão de criação de um tribunal especial para proteger a liberdade de imprensa e coibir o seu abuso; (9.) igualdade perante a lei; (10.) vedação à criação de leis sem absoluta necessidade; (11.) garantia de proporcionalidade entre a pena e o delito; garantia de que as penas não passarão da pessoa do delinquente; abolição das penas cruéis; (12.) garantia de acesso aos cargos públicos; (13.) garantia da natureza pública dos cargos públicos e necessidade de juramento de respeito à Constituição e às leis por aqueles que os ocuparem; (14.) responsabilidade dos empregados públicos; (15.) garantia de remuneração por serviços prestados à pátria; (16.) direito de petição; (17.) direito de expor "qualquer infração à Constituição perante a autoridade competente" e requerer a punição do infrator; (18.) sigilo de correspondência; (19.) obrigação de "justiça" imposta a todo português ("Os seus principais deveres são venerar a

Isso reforça a conclusão de que é de *preservação da liberdade*, e não de *estrutura de poder*, que se fala no artigo 179, I. Ao definir o conteúdo do direito à liberdade, Pimenta Bueno utiliza praticamente as *mesmas palavras* que estavam em tal inciso:

O homem não é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e conseqüentemente tudo que ella não prohibe é permittido, é licito, pelo menos no fôro social. Como dicta a razão esclarecida, e como expressa formalmente a nossa these constitucional, a liberdade não é pois uma excepção, é sim a regra geral, o principio absoluto, o direito positivo; a prohibição, e que por isso mesmo precisão ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal, positivo; **tudo o mais é sophisma. Em duvida prevalece a liberdade, porque é o direito**, que não se restringe por supposições ou arbitrio, que vigora, porque é *facultas ejus, quod cuique facere licet, nisi quid jure prohibetur*. [...] **Sem duvida a lei, e só o preceito claro da lei, é quem pôde ter o direito de restringir a liberdade, e não o arbitrio ou vontade de alguem, que deve ser impotente desde que o principio do governo não é o da escravidão, sim o dos direitos do homem**³⁹¹.

Religião; amar a pátria; defendella com as armas, quando fôr chamado pela lei; obedecer á Constituição e ás leis; respeitar as Autoridades publicas; e contribuir para as despesas do Estado".
³⁹¹ PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 47. Grifei. Essa conexão entre o artigo 179, I e a proteção da liberdade também aparece nos comentários de Rodrigues de Sousa a tal dispositivo da Constituição: "*As constituições com que as colonias inglezas da America estabeleceram-se estados livres e independentes, começaram por uma preliminar declaração de direitos, e o mesmo teem feito todas as outras constituições politicas, como as francezas de 1791, 1793, 1795, 1799, a portugueza de 1822, a brasileira. [...] A nossa concluiu no presente Art. com disposições geraes, e garantias dos direitos civis e politicos dos cidadãos brasileiros. É incontestavel a sua proposição - que a liberdade, a segurança individual, a propriedade, são as bases de uns, e outros direitos; e não se ficará em duvida attendendo-se ao que já á este respeito tem dito, e ao mais que passa a dizer a analyse. [...] A evidencia é o character proprio dos direitos naturaes do homem; e de seu reflexo a mesma claridade resulta aos direitos politicos. Apesar de proprios, e essenciaes do homem e da sociedade, inalienaveis e imprescriptiveis, tendo sido em todos os tempos e lugares, violados e dominados, por isto não dispensam-se as constituições modernas de declaral-os, e garantil-os em cumprimento e realização do fim á que propõem-se. Postos para assim dizer, constantemente á vista dos cidadãos e do governo, evita-se que, sejam de uma parte esquecidos e de outra violados. [...] Nossa constituição, mais positiva (porque as grandes verdades, como são os direitos humanos, não precisam tanta explicação) da maneira mais simples definiu a liberdade, corrigindo o defeito da definição romana, geralmente a mais seguida, e adoptada pelas outras constituições. Sob esta mesma definição a garante o Cod. Crim. no art. 180. Por garantia da liberdade, da justiça e dos direitos adqueridos, consagrou também a maxima da não retroatividade do effeito da lei. É repugnante á razão punir a lei, ou regular um acto anterior á ella; mas ao despotismo, bastando o poder e a vontade para fazer lei, impossivel não é dispor á respeito do passado, ou á este fazer applicação da lei posterior. Um systema de garantias, que deseja ser efficaz, não deve por tanto ommittir a declaração, e segurança pelos meios mais infalliveis d'aquillo mesmo que é evidente, incontestavel, e de pleno direito.*" (SOUSA, Joaquim Rodrigues de. **Analyse e commentario da Constituição Politica do Imperio do Brazil**. São Luiz, 1867. p. 455-9. Grifei). O artigo 180 do Código Criminal de 1830, referido por Rodrigues de Sousa, possui a seguinte redação: "*Art. 180. Impedir que algum faça o que a lei permite, ou*

Essa visão permitia que os regulamentos tivessem *algum potencial criativo*: eles não precisariam apenas *repetir e interpretar* aquilo que já estivesse na lei, mas poderiam verdadeiramente *criar* regras auxiliares para implementar aquilo que a lei já houvesse decidido. Essa sua atuação criativa, contudo, deveria ser meramente *ancilar*: o regulamento não poderia tentar desviar-se de sua função para, disfarçadamente, exercer o papel de lei. À lei, de fundo racionalista, caberia desenvolver conclusões mais gerais e permanentes; o regulamento faria a adaptação dessas leis às necessidades dos tempos. Esse discurso permeava toda a nossa doutrina.

Como consequencia do character de permanencia, de que a lei se reveste, deve, no que não conhecer perfeitamente, decretar apenas bases geraes; e no que ignorar absolutamente, deve se abster. À Administração, porém, compete dar a essas bases os desenvolvimentos, de que ellas forem susceptiveis; bem como ordenar, por meio de decretos regulamentares, os estudos ensaios sobre materias ainda não bem conhecidas. [...] Assim pois, na ordem administrativa, á lei pertencem as syntheses, as regras, as bases geraes; à administração, porém, o desenvolvimento regulamentar. Tal é a doutrina do Sr. Conselheiro Ribas, sobre o ponto em questão³⁹².

Na falta porém de limite certo, e de accordo sobre as attribuições respectivas, o principio geral, que se deve seguir, deduzido da natureza, e indole do regimen constitucional, **é que o legislador não se recusando tratar de nenhum objecto, não deve comtudo descer aos detalhes da execução; porque estando as questões submettidas a principios geraes, deles emanão as regras da applicação; a lei, diz Mr. Vivien, 'deve proclamar os principios, e limitando a sua intervenção a esta grande e solemne missão, deve deixar á Administração o cuidado de expedir todas as disposições obrigatorias'**; não deve tambem ingerir-se nas questões, que exigem solução immediata, ou reclamão exame discricionario, e que podem ser modificadas segundo as

*obrigar a fazer o que ella não manda. Penas — de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo de prisão. Se este crime fôr commetido por empregado publico, que para isso se servir do seu emprego, incorrerá, além das penas declaradas, na de suspensão do emprego por douz mezes a quatro annos". O artigo estava incluído no título sobre "crimes contra a liberdade individual." (SOUSA, Joaquim Rodrigues de. **Analyse e commentario da Constituição Política do Imperio do Brazil**. São Luiz, 1867).*

³⁹² OLIVEIRA, José Rubino de. **Epítome de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884. p. 41-2. Grifei.

circunstancias, pois que a Administração só é que está em estado de verificar os factos, e sancionar as modificações convenientes³⁹³.

Os regulamentos são pois actos do poder executivo, disposições geraes revestidas de certas fórmulas, mandadas observar por decreto imperial, que determinão **os detalhes, os meios, as providencias necessarias para que as leis tenham facil execução em toda a extensão do Estado. São instrucções methodicas circumscriptas, e não arbitrarías, que não podem contrariar o texto, nem as deducções logicas da lei, que devem proceder de accordo com os seus preceitos e consequencias**, que não têm por fim senão empregar **os expedientes accidentaes e variaveis, precisos para remover as difficuldades e facilitar a observancia das normas legaes**. São medidas que regulão a propria acção do poder executivo, de seus agentes, dos executores, no desempenho de sua missão; são actos, não de legislação, sim de pura execução, e dominados pela lei [...] Em todos os grãos da jerarchia administrativa os respectivos depositarios do poder têm a necessidade e o encargo, dentro das condições e limites legaes, de tomar as medidas necessarias, as que são reclamadas, para que as leis, cuja guarda lhes é confiada, sejam cumpridas e observadas; é uma attribuição que resulta da necessidade de desempenhar o serviço. Eis o que são os regulamentos, estes actos da magistratura executiva, estes meios estabelecidos para a boa execução das leis³⁹⁴.

A lei é geral, commune praeceptum, só estabelece principios, não prevê, nem desce a minucias, assenta regras fundamentaes, e as formas essenciaes do exercicio dos direitos; o poder executivo é quem executa, explica e accomoda o principio da acção ás circunstancias, fazendo vezes de laço entre o facto e o direito, entre o relativo e o absoluto. Executar as leis não é para o poder executivo o que para o judicial — manter a integridade de um texto litteral, exigir obediencia a um preceito, **mas empregar as forças vivas da sociedade desenvolvendo e animando o pensamento do legislador em cujo espirito está embebida**. A lei manda ou proíbe mas não actua, contem só o principio da acção, o poder executivo lhe imprime o movimento por decretos, regulamentos e instrucções, que em materia de administração, são actos imperativos ou prohibitivos, estatuinto por meio de disposição geral, em vista da execução da lei, ou da utilidade social; e fazem tambem parte da legislação secundaria^{395 396}.

³⁹³ VEIGA CABRAL, Prudêncio Giralde. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859. p. 30-1. Grifei.

³⁹⁴ PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 236-7. Grifei.

³⁹⁵ MENDONÇA, Francisco Maria de Souza Furtado de. **Excerpto de Direito Administrativo Pátrio**. São Paulo: Typographia Allemã de Henrique Schroeder, 1865. p. 22. Grifei.

³⁹⁶ Em complemento, do mesmo livro: **"Exclusivamente pertence-lhe expedir decretos, instrucções e regulamentos adequados á boa execução das leis, desenvolvendo o pensamento legislativo, sem corrompel-o, ou attentar indirectamente contra suas prerogativas, abusando do direito de dictar leis secundarias, para explicar as primarias e preparar sua execução, direito que lhe é proprio como poder activo, e não como instrumento cego empregado em exigir obediencia passiva aos preceitos da lei. Todos os interesses sociaes**

Tal estado de coisas estava de acordo com o modelo institucional que servia de base ao Direito Administrativo brasileiro: distribuir tarefas entre legislador e executivo de maneira que à lei caberia desenvolver preceitos gerais e que ao regulamento caberia fazer o desenvolvimento desses preceitos gerais, efetuando sua conexão com as necessidades do tempo era seguir o modelo adotado pelo Direito Administrativo francês. Nesta parte da dissertação, precisa-se apenas compreender como esse modelo funcionava e que o artigo 179, I, da Constituição de 1824 deve ser lido dentro desse contexto. O problema relevante surgirá mais tarde: quando o Direito Constitucional brasileiro optar por um modelo que teorizava de maneira diferente a relação entre o Poder Executivo e a Lei. Veremos isso no próximo capítulo.

§ 3º O enquadramento jurídico dos contratos da Administração

A. O caráter privado dos contratos da Administração

Dentro do aparato conceitual importado por nossos doutrinadores da França estava a noção de que, em algumas situações, "o Estado poderia agir como se um particular fosse". Essas situações, aqui como lá, diziam respeito à *administração do patrimônio* do Estado; em tal campo, o Estado firmaria "*verdadeiros contratos civis*", e as disputas emergentes dessas relações eram submetidas ao Poder Judiciário.

Chamão-se os relativos á administração do patrimonio ou fortuna do estado, e são verdadeiros contractos civis, taes como compras, vendas, arrendamentos e trocas, cujo objecto é assegurar o serviço publico em todos os seus ramos. Só nos ministros reside a personalidade ou representação necessaria para contrahir taes obrigações em nome do estado, cada um em seu respectivo ministerio; e as questões que derem lugar a validade ou interpretação de taes actos constituem verdadeiros litigios entre os

permanentes, como difinir direitos de cidadão, determinar o estado das pessoas, constituir a propriedade pertencem ao dominio da lei, que deve ser regra geral e perpetua, pelo que o poder legislativo tem intermittencias em sua acção. Todas as disposições em que tenham cabimento conveniencias de tempo e lugar, e a equidade antes que a justiça, e que supponhão instabilidade proporcionada á rapidez ou lentidão do movimento social, que as subordine, pertencem ao poder executivo." (MENDONÇA, Francisco Maria de Souza Furtado de. Excerpto de Direito Administrativo Pátrio. São Paulo: Typographia Allemã de Henrique Schroeder, 1865. p. 29. Grifei).

ministros e os interessados, cujo exame fica reservado para lugar oportuno. Os actos de gestão não necessitam ser autorizados pelo tabellião, pois já interveio a fé publica nesses contractos, representada pelo caracter tambem publico dos ministros³⁹⁷.

O poder Executivo obra debaixo de três qualidades diferentes: como governo, como administrador e como proprietário. Como governo, governa, é o poder executivo puro, político e governamental. Como administrador pratica atos administrativos, e tem jurisdição graciososa e contenciosa. Como proprietário e pessoa moral, possui, bem como as províncias e municipalidades, edifícios, terrenos e outros bens, contrata, etc., etc.³⁹⁸ [...] **Como proprietário e pessoa moral o Estado é considerado como parte e simples particular. Aciona e é acionado perante os tribunais judiciais, salvo exceção especial da lei em contrário. Figura como simples particular ainda que a lei lhe tenha dado juízo especial e privilegiado. Os contratos, que como tal celebra, têm o caráter de convenções particulares.** O contencioso é então o contencioso judicial e, como tal, pertence aos tribunais judiciais. Assim todas as causas cíveis da Fazenda Nacional, em que ela for interessada, por qualquer modo, e em que, por conseguinte, houverem de intervir seus procuradores, como autores, réus, assistentes e oponentes, são processadas e julgadas em primeira instância no Juízo Privativo dos Feitos da Fazenda, e em segunda nas Relações. Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841. Essa lei diz causas civis, o que exclui as questões administrativas.

A derradeira classe dos actos administrativos comprehende os contractos da Administração com os particulares. **Por via de regra os actos d'esta especie, ainda que celebrados na fórmula administrativa, são regidos pelas Leis civis, e todas as dificuldades a que podem dar lugar, são da alçada judiciaria;** salvas as excepções formaes que o Legislador tenha julgado conveniente estabelecer³⁹⁹.

³⁹⁷ MENDONÇA, Francisco Maria de Souza Furtado de. **Excerpto de Direito Administrativo Pátrio.** São Paulo: Typographia Allemã de Henrique Schroeder, 1865. p. 77-8. Grifei.

³⁹⁸ URUGUAI, Visconde do. *In:* CARVALHO, José Murilo (org.) **Visconde do Uruguai.** São Paulo: Ed. 34, 2002. p. 137-8. Grifei.

³⁹⁹ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro.** 2. ed. mais correcta e consideravelmente aumentada. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860. p. 86. Grifei. No mesmo sentido, e que vão incluídos em rodapé para não alongar demasiadamente o corpo do texto: (a.) Ribas: "*Quando a administração se apresenta como representante da pessoa jurídica — o Estado, e reclama de algum individuo um Direito, ou contesta-lhe uma obrigação em virtude de títulos de Direito Privado, ou quando, como autora ou como ré, sustenta um litigio sobre matéria pertencente ao direito dos bens, acha-se em idêntica posição a daquele com quem litiga, e, não devendo fazer-se justiça por suas próprias mãos, submete-se à autoridade do Poder Judiciário, a quem cabe decidir entre ela e o outro litigante, com a independência e soberania que lhe são próprias.*" (RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro.** Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866. p. 52. Grifei); (b.) Veiga Cabral: "*O domínio do Estado é aquelle, de que o Estado representado pelos Poderes constituídos, goza como simples particular exclusivamente, e a título de proprietário; é um ramo do dominio Nacional, assim como é o dominio da Corôa, e o dominio publico. [...] Ora as consequencias, que resultão desta distincção são importantes, não só em relação ao Estado, mas também em relação aos individuos; porque o direito do Estado sobre o dominio publico é exercido*

Essa teoria encontrou um forte adversário na nossa doutrina: Rego Barros, embora reconhecesse que ela na prática havia se consolidado em nosso ambiente jurídico, opunha-se a ela e criticava acerbamente o estado da jurisprudência do Conselho de Estado. Ressaltando que os ministros eram *sempre administradores*, ainda que lidassem com matérias de direito privado, Rego Barros defendida que *todos* os contratos firmados com o Estado devessem ser submetidos ao contencioso administrativo — jamais ao Poder Judiciário. Ele procurava apoio na sua tese em trechos de manuais franceses indicando que algumas disputas envolvendo contratos firmados pelo Estado eram apreciada pela jurisdição administrativa. Deixava de explicar, contudo, que isso na França acontecia em virtude de leis especiais — e não infirmava a tese do *État propriétaire* contra a qual ele deliberadamente se insurgia⁴⁰⁰.

por um poder da Administração, de vigilância, de manutenção, de polícia, e de jurisdição, a bem do interesse de todos, e para que cada um goze livremente; mas o seu direito sobre o domínio do Estado propriamente dito é o do proprietário; a sua gestão é o que convem ao título de propriedade; daí as diferenças para a aplicação da competência administrativa, ou judiciária." VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859. p. 112 (primeira parte da citação) e 148-9 (segunda parte da citação). Grifei; (c.) Pimenta Bueno: "o contencioso judicial não inclui, nem tem porque compreender senão as questões dos particulares entre si por amor de seus interesses individuais, e só pôde subordinar a administração no unico caso em que ella figura como um mero particular". PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 299. Grifei.

⁴⁰⁰ "Para gerir o patrimonio do Estado e para satisfazer ás necessidades publicas, a administração é levada a exercer os mesmos direitos e a recorrer ás mesmas estipulações que os particulares, usar dos diversos contractos do direito privado. Nesta esphera de acção, é reservado a cada ministro tratar em nome do Estado; os ministros não entrão em contacto com os administrados senão para celebrar contractos, mas sua execução pôde fazer nascer entre o Estado e os que com elles contractão certas difficuldades, certas duvidas, que demandem um esclarecimento, uma interpretação, uma solução. [...] Quando tratámos do Contencioso Administrativo, dissemos o que nos parecia conveniente no sentido de provar que, **não obstante o Estado contractar com um particular, não podia sujeitar-se a lei privada, ao Poder Judiciário.**" (BARROS, Henrique do Rego. **Apontamentos sobre o Contencioso Administrativo**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1874. p. 289. Grifei). A crítica está apresentada no intervalo compreendido entre as páginas 279 e 291. A veemência da crítica talvez se explique à luz do fato de que Rego Barros era procurador fiscal e dos feitos da Fazenda Nacional em Pernambuco (cf. informado na folha de rosto de seu livro): sua crítica pode ser lida como uma *reiteração* das teses que a Fazenda Nacional repetidamente utilizaria para deslocar a maior parte possível de seu contencioso para o Conselho de Estado.

B. O regime dos contratos da Administração

Que a Administração firmasse seus contratos pela face do Estado proprietário não significava, como também não significava na França, que esses contratos fossem absolutamente idênticos aos contratos particulares. Pereira do Rego, na última citação acima transcrita, corretamente dizia que os contratos feitos com particulares seriam regidos pelas leis civis e julgados pelo Poder Judiciário, ressalvadas "*as exceções que o Legislador tenha julgado conveniente estabelecer*". No Brasil, assim como na França, regras especiais, criadas pelo Estado, dispunham sobre o regime de alguns contratos por ele firmados. Dois desses conjuntos de regras serão examinados a seguir. Eles servem como amostra que permite a compreensão do tipo de cláusula que o Estado decidia incluir nos seus contratos quando decidia conceder-se um regime diferenciado.

O Decreto 2.926, de 14 de maio de 1862, estabelecia um "*regulamento para as arrematações de serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Publicas*". Além de dispor sobre a arrematação propriamente dita, ele determinava o conteúdo de algumas cláusulas que deveriam ser incluídas nos contratos firmados pelo Ministério. No capítulo II desse decreto, intitulado "Cláusulas Geraes das Arrematações", dispunha-se que: (a.) todos os concorrentes à arrematação deveriam apresentar certificados de capacidade e oferecer caução ou apresentar fiador idôneo (arts. 3º, 11 e 12); (b.) o arrematante não poderia transferir a outrem toda ou parte de sua empreitada — se o fizesse, o contrato seria rescindido (art. 14); (c.) o arrematante não poderia ausentar-se do local da execução da obra sem autorização do engenheiro-chefe responsável pela supervisão de suas atividades (art. 15); (d.) a obra seria primeiro recebida de maneira provisória; depois da expiração do prazo de garantia, a recepção definitiva seria efetuada — e apenas então a fiança seria liberada, bem como os outros valores retidos pela Administração ao longo da execução do contrato a título de complementação da fiança (arts. 28, 29 e 30)⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Art. 28. Os pagamentos serão feitos nas épocas fixadas no contracto, e sempre em relação ao valor da obra feita. Independente da fiança, em cada pagamento se reterá 10% da quantia a receber; estas sommas retidas, sómente serão entregues ao arrematante depois de ter findado o prazo da garantia das obras que tiver executado. Art. 29. Immediatamente depois da conclusão de uma obra, ou de cada parte della, conforme no contracto estiver estipulado, se fará o seu recebimento provisório. A recepção definitiva terá lugar depois de terminada toda a obra e

Essas cláusulas também permitiam à Administração (a.) **ordenar alguma alteração ou modificação nos projetos primitivos**, para mais ou para menos, até o limite de um quinto do valor do contrato original (art. 18)⁴⁰²; (b.) **efetuar uma nova licitação "às custas do arrematante"** caso as obras transcorressem tão lentamente que "inspirassem receio de que não seriam concluídas no prazo marcado" e o arrematante, notificado, não regularizasse a sua marcha (art. 17)⁴⁰³; (c.) **poderes de fiscalização** em benefício do Estado: seus engenheiros poderiam determinar a demolição de parte das obras quando constatasse nelas vícios de construção ou a utilização de materiais de menor qualidade (art. 20)⁴⁰⁴ e solicitar a substituição dos "*agentes ou operários*" do arrematante por "*insubordinação, incapacidade ou falta de probidade*"(art. 25)⁴⁰⁵. O Estado também contaria com um conjunto de "conductores", em cada obra, para "acompanhar e vigiar" a sua execução e informar os engenheiros sobre irregularidades que houvessem

expirado o prazo da garantia, que será de tres mezes para os trabalhos de conservação, de um anno para os aterros e cavas de toda a especie, de seis mezes para empedramento, macadam e calçamento, e de um a dous annos para as obras d'arte. Nos contractos especiaes poderão estes prazos ser alterados para mais, segundo as circumstancias. Art. 30. Tanto a recepção provisoria, como a definitiva de qualquer obra, será feita pelo Engenheiro que a tiver dirigido em presença do arrematante, que será disto prevenido por escripto. A recepção definitiva das obras de maior importancia será feita do mesmo modo, mas com assistencia do Inspector das Obras Publicas da Côrte, ou de qualquer outro Engenheiro que o Governo para tal fim designar. A falta de comparecimento do arrematante não constituirá motivo sufficiente para adiar-se o recebimento das obras.

⁴⁰² Art. 18. Se durante a execução dos trabalhos fôr conveniente ordenar-se alguma alteração ou modificação aos projectos primitivos, o arrematante deverá executa-la, logo que receber notificação assignada pelo Engenheiro. Se as alterações ou modificações trouxerem augmento ou diminuição de trabalho, o valor do contracto soffrerá identico accrescimo ou reducção, servindo de base para calcular essa importancia os preços do orçamento. Se as alterações produzirem um augmento ou diminuição de mais de um quinto do valor do contracto primitivo, o arrematante poderá requerer rescisão do contracto.

⁴⁰³ Art. 17. Quando por falta de materiaes, operarios, &c., os trabalhos marcharem mal ou lentamente, de modo que inspire receio de que não serão concluidos no prazo marcado, o arrematante receberá do Engenheiro uma notificação por escripto, ordenando os augmentos que deverá fazer nos materiaes e no pessoal, &c.; bem como o tempo dentro do qual deverá cumprir esta ordem de serviço. Se expirado este tempo, o arrematante não tiver cumprido a dita ordem, o Governo poderá mandar fazer a obra quer por nova empreitada, quer por administração á custa do arrematante, o qual será debitado pelas sommas que se despenderem com a execução e conclusão das mesmas obras. Terminado o trabalho, se a despeza fôr inferior á importancia do contracto, a differença será entregue ao arrematante depois de expirado o prazo da garantia; se porém fôr superior, o arrematante será obrigado a concorrer com o que faltar até os limites de sua fiança e sommas retidas nos pagamentos por conta.

⁴⁰⁴ Art. 20. Sempre que o Engenheiro presumir que existem nas obras vicios de construcção, ou materiaes de inferior qualidade, ou mal collocados, deverá ordenar a sua demolição e reconstrucção, isto quer durante a execução, quer na occasião da recepção provisoria ou na da definitiva. As despesas desta verificação serão feitas por conta do arrematante se reconhecer-se a insufficiencia ou defeito das obras. No caso contrario as despesas correrão por conta das obras publicas.

⁴⁰⁵ Art. 25. O Engenheiro terá o direito de exigir a substituição dos agentes ou operarios do arrematante, por motivos de insubordinação, incapacidade ou falta de probidade.

observado (art. 27)⁴⁰⁶; e (d.) **poderes de rescisão unilateral** e de **aplicação de sanções** em favor do Estado: (d.1.) caso o arrematante não iniciasse as obras com pessoal e material suficiente para sua adequada execução, o contrato poderia ser rescindido, com a aplicação de multa equivalente à metade da fiança prestada (art. 16)⁴⁰⁷; (d.2) ao Estado era permitido determinar a **suspensão** de uma obra já arrematada (arts. 34 e 35)⁴⁰⁸; e (d.3.) os contratos deveriam também dispor sobre as multas em que incorreriam os arrematantes (art. 32)⁴⁰⁹.

A análise que fizemos no título anterior permite concluir que o Decreto 2.926 inspirou-se nos **cadernos de encargos** do Departamento de Pontes e Caminhos que vinham sendo utilizados na França desde o início do século XIX. Os poderes previstos em favor da Administração são muito semelhantes, assim como muito semelhante é a *ordem* de exposição das matérias e mesmo a *redação* de vários dispositivos do decreto brasileiro⁴¹⁰. Aqui, como lá, tínhamos também poderes

⁴⁰⁶ Art. 27. O Governo terá naquellas obras arrematadas, em que julgar conveniente, um ou mais Conductores para acompanharem e vigiarem a execução das mesmas, a fim de immediatamente advertirem os Engenheiros das infracções que tiverem notado, ou do contracto ou das instrucções por elles dadas. Estes Conductores não terão ingerencia alguma na direcção das obras, limitando-se a tomar nota do que observarem, para de tudo darem conta aos Engenheiros, e a colher os dados necessarios para a medição das obras, e para todas as averiguações a que possão os Engenheiros ter de proceder antes de passarem os attestados precisos para o pagamento dos arrematantes.

⁴⁰⁷ Art. 16. O arrematante começará a execução das obras nas épocas fixadas em seu contracto empregando quantidade de materiaes e numero de operarios sufficientes. Se, expirado o prazo de tres semanas, contado do em que deveria encetar os trabalhos, não o tiver feito, o contracto poderá ser rescindido, e pagará uma multa equivalente á metade de sua fiança.

⁴⁰⁸ Art. 34. Quando o Governo por qualquer razão determinar a cessação ou suspensão de uma obra arrematada, que esteja em andamento, o arrematante poderá requerer que se proceda á recepção provisoria dos trabalhos que estiverem já feitos, e depois á recepção definitiva, findo o prazo de garantia. Art. 35. Sempre que houver rescisão do contracto ou suspensão de obra em andamento sem ser proveniente de culpa do arrematante, o Governo o indemnizará de todas as despesas que elle houver effectiva e razoavelmente feito para a continuação do mesmo contracto, fazendo os descontos convenientes nos preços daquelles objectos que se tiverem estragado com o uso.

⁴⁰⁹ Art. 32. Nos contractos serão fixadas as multas em que incorrerem os arrematantes, quando faltarem ao cumprimento das obrigações que contrahirem. O proponente que preferido recusar assignar o contracto, pagará uma multa equivalente a 10% do valor da fiança; esta multa nunca será inferior a 100\$000.

⁴¹⁰ Eu não estou necessariamente dizendo, com isso, que o Decreto 2.926 introduziu, no direito brasileiro, o conceito de cláusula exorbitante ou de cláusula derogatória do direito civil. Existiam regras especiais para os contratos reais, especificamente no direito português, durante o Antigo Regime. Como o foco desta dissertação é a mudança conceitual que ocorreu entre os séculos XIX e XX, ela não examina as regras existentes antes disso. Ver-se, sobre isso: OSÓRIO, Helen. As elites econômicas e a arrematação dos contratos reais: o exemplo do Rio Grande do Sul (século XVIII). In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (orgs.). **O Antigo Regime nos Trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 107-137; SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Esboço de hum dictionario juridico, theoretico e practico**. Lisboa: Impressão Régia, 1825. v. 1 (fazendo referência a uma lei de 22 de dezembro de 1761 e a um alvará de 12 de junho de 1800 dispondo sobre as modalidades de arrematação e cumprimento dos Contratos Reais); e THOMAZ,

exorbitantes *avant la lettre*, embora a nossa doutrina não tenha se preocupado tanto quanto a doutrina francesa em examinar esses dispositivos — talvez porque, ao contrário da França, nós *não tínhamos um Código Civil* naquela época, e então a consciência da "exorbitância" das regras do Decreto 2.926 não pudesse se estabelecer tão claramente. Tínhamos apenas *mais um caso* de regulação de uma relação jurídica, atendendo às suas particularidades, dentro de uma sociedade que, a despeito do influxo do racionalismo, ainda era estamental e hierarquizada⁴¹¹.

A construção de ferrovias no Brasil, assim como na França, recorreu às concessões. O Decreto 7.959, de 29 de dezembro de 1880, uniformizou os termos das concessões feitas no território do Império — instituindo uma minuta-padrão de contrato de concessão. Na primeira cláusula dessa minuta, nota-se um traço do modelo segundo o qual a concessão ainda era pensada como "concessão de direitos sobre um bem integrante do domínio público", não como concessão de um serviço: era "*concedido [...] o privilégio [...] para a construção, uso e gozo de uma estrada de ferro*", compreendendo também os favores de "*cessão gratuita de terrenos devolutos e nacionais*", o "*direito de desapropriar*", o "*uso de madeiras e*

Manuel Fernandes. **Repertório geral, ou índice alfabético das leis extravagantes**. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1815 (com trechos do conteúdo da lei de 22 de dezembro de 1761 e de uma série de outros alvarás contendo partes do regime aplicável aos contratos reais no Antigo Regime). O levantamento inicial que efetuei nessas fontes aponta na direção de que efetivamente *houve* uma modificação conceitual no Brasil quando da importação dos cadernos de encargos franceses — o que aparentemente trouxe para nós elementos que não estavam presentes na tradição portuguesa. Tínhamos já a necessidade de realização de hastas públicas, mas não tínhamos preocupação com a preservação do equilíbrio do contrato — a lei de 22 de dezembro de 1761 dizia, em seu título 2, parágrafo 34, que os contratos reais continham sempre "*a clausula convencional de que se renuncião todos os casos fortuitos, ordinarios, e extraordinarios, solitos, insolitos, etc*" (THOMAZ, Manuel Fernandes. **Repertório geral, ou índice alfabético das leis extravagantes**. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1815. p. 245). Como hipótese, levanta-se: talvez o complexo de derrogações que hoje conhecemos como poderes exorbitantes tenha se tornado necessário *à medida em que as obras públicas se tornaram mais complexas e mais urgentes*. O aprofundamento dessa investigação, no entanto, será feito em outra oportunidade.

⁴¹¹ Para uma análise da transformação do modo de pensar o direito privado em Portugal durante os séculos XVIII e XIX, conferir COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 9. ed. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2008. p. 407 e ss. A literatura nacional indica que uma das principais causas da demora da elaboração de uma codificação civil no Brasil era a persistência, entre nós, da escravidão. Com efeito, a comissão imperial responsável pela avaliação do projeto de consolidação feito por Teixeira de Freitas reprovou-lhe, em uma de suas edições iniciais, a falta de referência à escravidão; a resposta de Teixeira de Freitas era de que, como a escravidão seria extinta em uma época ainda "remota", era melhor tratar as questões conexas a ela em um Código Negro — não dentro do Código Civil. Sobre o movimento codificador no Brasil, incluindo o exame dessa questão, conferir IGLÉZIAS, Paola D'Andretta. A legislação comercial e o movimento de codificação civil no Segundo Reinado. In: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes. **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (de 1850 a 1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

outros materiaes existentes nos terrenos devolutos e nacionaes", "a isenção de direitos de importação" sobre materiais necessários à construção e custeio da estrada, a "preferência para a lavra de minas na zona privilegiada" e a "preferência para aquisição de terrenos devolutos à margem da estrada".

Previa-se expressamente a possibilidade de **resgate** da concessão, depois de um determinado número de anos, e mediante o pagamento de um determinado valor (cláusula XXXII)⁴¹² — evitando, com isso, o surgimento de discussões sobre a possibilidade de sua realização sem cláusula contratual que reconhecesse a existência desse poder em benefício da Administração. Uma espécie de direito de **requisição** permitia ao Governo solicitar à companhia que, em circunstâncias extraordinárias, pudesse às suas ordens "todos os meios de transporte" disponíveis (cláusula XXVIII)⁴¹³. A **fiscalização** das obras seria feita por um "*Engenheiro-fiscal e seus ajudantes*", que acompanhariam os trabalhos da concessionária e "*velaria pelo fiel cumprimento*" das condições contratadas (cláusula XXII)⁴¹⁴; constatado o seu

⁴¹² XXXII **O Governo terá o direito de resgatar a estrada depois de decorridos... annos desta data.** O preço do resgate será regulado, em falta de accôrdo, pelo termo médio do rendimento liquido do ultimo quinquennio e tendo-se em consideração a importancia das obras, material e dependencias no estado em que estiverem então. Si o resgate se effectuar depois de expirado o prazo do privilegio de... annos, o Governo só pagará á companhia o valor das obras e material no estado em que se achar, comtanto que a somma que tiver de despender não exceda ao que se tiver effectivamente empregado na construcção da mesma estrada. A importancia do resgate poderá ser paga em titulos da divida publica interna de 6 % de juro annual. Fica entendido que a presente clausula só é applicavel aos casos ordinarios, e que não abroga o direito de desapropriação por utilidade publica que tem o Estado. Grifei.

⁴¹³ A companhia obriga-se a transportar com abatimento de 50 % 1º As autoridades, escoltas policiaes e respectiva bagagem, quando forem em diligencia; 2º Munição de guerra e qualquer numero de soldados do Exercito e da Guarda Nacional ou da Policia com seus Officiaes e respectiva bagagem, quando mandados a serviço do Governo, a qualquer parte da linha, dada a ordem para tal fim pelo mesmo Governo, pelo Presidente da provincia ou outras autoridades que para isso forem autorizadas; 3º Aos colonos e immigrantes, suas bagagens, ferramentas, utensilios e instrumentos aratorios; 4º As sementes e as plantas enviadas pelo Governo ou pelas Presidencias das provincias, para serem gratuitamente distribuidos aos lavradores; 5º Todos os generos, de qualquer natureza que sejam, pelo Governo ou pelos Presidentes das provincias enviados para attender aos soccorros publicos exigidos pela sêcca, inundaçãõ, peste, guerra ou outra calamidade publica. Todos os mais passageiros e cargas do Governo, geral ou provincial, não especificados acima, serão transportados com abatimento de quinze por cento (15 %). Terão tambem abatimento de 15 %, os transportes de materiaes que se destinarem á construcção e custeio dos ramaes e prolongamento da propria estrada, e os destinados ás obras municipaes nos municipios servidos pela estrada. **Sempre que o Governo o exigir, em circumstancias extraordinarias, a companhia porá ás suas ordens todos os meios de transporte de que dispuzer.** Neste caso o Governo, si o preferir, pagará á companhia o que fôr convencionado, pelo uso da estrada e todo o seu material, não excedendo o valor da renda média, de periodo identico, nos ultimos tres annos. As malas do Correio e seus conductores, os funcçionarios encarregados por parte do Governo do serviço da linha telegraphica, bem como quaesquer sommas de dinheiro pertencentes ao Thesouro Nacional ou Provincial, serão conduzidos gratuitamente, em carro especialmente adaptado para esse fim. Grifei.

⁴¹⁴ XXII **A fiscalização da estrada e do serviço será incumbida a um Engenheiro fiscal e seus**

descumprimento, o Governo poderia determinar a demolição e o refazimento das obras feitas, ou então executar essas obras diretamente, tudo às custas da contratada (cláusula XXIII)⁴¹⁵. **Multas** poderiam ser impostas caso a concessionária, sem justificativa, interrompesse o tráfego ferroviário por mais de trinta dias consecutivos (cláusula XIX)⁴¹⁶.

A fiscalização da atividade do concessionário e a possibilidade de imposição de sanções já vinha regulada de maneira mais abrangente no Regulamento de 26 de abril de 1857, aprovado pelo Decreto nº 1.930. Nesse decreto, dispunha-se que um Engenheiro Fiscal "*exerceria constante inspecção sobre o estado de toda estrada e suas obras, sobre o material rodante, e sobre o procedimento da Administração da estrada de ferro*" (art. 130)⁴¹⁷. Ele teria poderes para, sempre que entendesse conveniente, examinar "*os livros de receita e despeza, e todos os mais relativos á circulação dos trens e cobrança dos fretes*" (art. 131)⁴¹⁸. Infrações às regras do serviço seriam, primeiro, notificadas aos concessionários; não havendo correção do problema indicado, o Engenheiro Fiscal daria dele notícia ao Governo: um *contencioso* seria então instaurado perante a Seção de Negócios do Conselho de Estado que poderia ou não aplicar uma multa (art. 132 e 133)⁴¹⁹. Multas

ajudantes, nomeados pelo Governo e por elle pagos, **aos quaes compete velar pelo fiel cumprimento das presentes condições**. É livre ao Governo, em todo tempo, mandar Engenheiros de uma confiança acompanhar os estudos e os trabalhos da construção, afim de examinar si são executados com proficiencia, methodo e precisa actividade. Grifei.

⁴¹⁵ XXIII Si, durante a execução ou ainda depois da terminação dos trabalhos, se verificar que qualquer obra não foi executada conforme as regras d'arte, **o Governo poderá exigir da companhia a sua demolição e reconstrucção total ou parcial, ou fazel-a por administação á custa da mesma companhia**. Grifei.

⁴¹⁶ XIX A companhia será obrigada a conservar com cuidado durante todo o tempo da concessão, e a manter em estado que possam perfeitamente preencher o seu destino, tanto a estrada do ferro e suas dependencias, como o material rodante, sob pena de multa, suspensão da concessão, ou de ser a conservação feita pelo Governo á custa da companhia. No caso de interrupção do trafego, excedente de 30 dias consecutivos, por motivo não justificado, **o Governo terá o direito de impôr uma multa por dia de interrupção igual á renda liquida do dia anterior a ella, e restabelecerá o trafego, correndo as despezas por conta da companhia**. Grifei.

⁴¹⁷ Art. 130. **Hum Engenheiro Fiscal por parte do Governo exercerá constante inspecção sobre o estado de toda estrada e suas obras, sobre o material rodante, e sobre o procedimento da Administração da estrada de ferro**. O Engenheiro Fiscal poderá ter os Ajudantes que o Governo entender necessarios. Cada hum delles quando viajar em serviço terá passagem gratuita em qualquer comboy para si e hum criado, sem que todavia possa transmittir este direito a outras pessoas. Grifei.

⁴¹⁸ Art. 131. **O Engenheiro Fiscal examinará sempre que assim o entender conveniente, os livros de receita e despeza, e todos os mais relativos á circulação dos trens e cobranças dos fretes**; e terá o direito de exigir e colher os dados necessarios para os trabalhos estatisticos que houver de apresentar ao Governo. Grifei.

⁴¹⁹ Art. 132. **O Engenheiro Fiscal participará ao Governo na Côrte, ou ao respectivo Presidente nas Provincias todas as infracções dos Regulamentos, instrucções ou contractos**, que commetterem ás Administrações da estrada de ferro, se estas á 1ª advertencia do mesmo Fiscal

decorrentes de infrações praticadas por pessoas estranhas à Administração da estrada de ferro poderiam ser aplicadas diretamente pelo Engenheiro Fiscal (art. 136)⁴²⁰.

A possibilidade de **introdução de modificações** no projeto ou na atividade do concessionário vinha prevista em três locais: na cláusula XIV, permitia-se à Administração solicitar que a concessionária fizesse "*nas estações e paradas os aumentos reclamados pelas necessidades da lavoura, commercio e industria*"⁴²¹; a cláusula XV reservava ao Governo "*o direito de fazer executar pela companhia, ou por conta della, durante o prazo da concessão, alterações, novas obras cuja necessidade a experiência haja indicado em relação á segurança pública, policia da estrada de ferro ou do tráfego*"⁴²²; na cláusula XVIII, em complemento, havia uma previsão genérica de submissão às regras editadas pelo governo no interesse da "*segurança e policia das estradas de ferro*", desde que "*não contrariassem as cláusulas do contrato*"⁴²³.

Esses poderes são semelhantes àqueles existentes nos cadernos de encargos franceses. Há duas diferenças relevantes na modelagem financeira dessas

não se derem pressa em corrigir o erro ou abuso. O Governo mandará ouvir a parte accusada, abandonando em seguida o negocio, ou **remettendo-o á Secção dos Negocios do Imperio do Conselho d'Estado, conforme julgar ou não o caso merecedor de processo**. Art. 133. A Secção dos Negocios do Imperio do Conselho d'Estado, nos casos a que se referem os dous Artigos precedentes, poderá, se o julgar necessario, ouvir novamente as partes; **feito o que julgará sem appellação, podendo impor multa até 1.000\$**. Grifei.

⁴²⁰ Art. 136. Para a imposição das multas decretadas neste Regulamento contra pessoas estranhas á Administração da estrada de ferro, o Engenheiro Fiscal do Governo terá a autoridade que tem os Fiscaes Municipaes para as multas por infracção de posturas. As que porém recahirem em empregados da estrada serão impostas pela Administração. A esta pertencerão hum as e outras, e no caso de huma Companhia anonyma, farão parte do fundo de reserva.

⁴²¹ XIV A companhia construirá todos os edificios e dependencias necessarios para que o trafego se effectue regularmente e sem perigo para a segurança publica. As estações conterão salas de espera, bilheteira, accommodação para o agente, armazens para mercadorias, caixas d'agua, latrinas, mictorios, rampas de carregamentos e embarques de animaes, balanças, relógios, lampeões, desvios, cruzamentos, chaves, signaes e cercas. As estações e paradas terão mobilia apropriada. Os edificios das estações e paradas terão do lado da linha uma plataforma coberta para embarque e desembarque dos passageiros. **As estações e paradas terão dimensões de accôrdo com a sua importancia. O Governo poderá exigir que a companhia faça nas estações e paradas os aumentos reclamados pelas necessidades da lavoura, commercio e industria**. Grifei.

⁴²² XV **O Governo reserva o direito de fazer executar pela companhia**, ou por conta della, durante o prazo da concessão, **alterações**, novas obras cuja necessidade a experiencia haja indicado em relação á segurança publica, policia da estrada de ferro ou do trafego. Grifei.

⁴²³ XVIII A companhia será obrigada a cumprir as disposições do Regulamento de 26 de Abril de 1857, e bem assim quaesquer outras da mesma natureza, **que forem decretadas para segurança e policia das estradas de ferro, uma vez que as novas disposições não contrariem as clausulas deste contrato** [nota complementar: o regulamento ao qual a minuta faz referência foi aprovado pelo Decreto nº 1.930, de 26 de abril de 1857]. Grifei.

concessões: (a.) não existe uma previsão geral de **garantia de dividendo mínimo** oferecida pelo Estado; e (b.) embora o contrato reservasse à Administração a prerrogativa de fixar as tarifas de transportes⁴²⁴ e mesmo de reduzi-las quando os dividendos excedessem a 12%⁴²⁵, não há previsão na minuta-padrão que assegure o **equilíbrio econômico-financeiro** do contrato: não há cláusula indicando até qual limite do valor do contrato original o Governo poderia determinar a realização de alterações no projeto original, tampouco previsão dispendo sobre a alocação de custos em casos de força maior ou caso fortuito. Fala-se, de maneira genérica, apenas que "*todas as indenizações e despesas motivadas pela construção, conservação, tráfego e reparação da estrada de ferro correrão exclusivamente e sem excepção por conta da companhia*" (cláusula XVII).

C. A jurisprudência do Conselho de Estado

A competência do Conselho de Estado para conhecer de litígios referentes a contratos decorria, como na França, de lei que lhe atribuísse essa competência. O contencioso administrativo no Império, contudo, era precariamente organizado e, durante um bom tempo, existiu apenas dentro do Ministério da Fazenda⁴²⁶. Uma reestruturação foi feita no Decreto nº 2.343 de 1859: o Ministério da Fazenda passou a ter competência também para conduzir um contencioso abrangendo os conflitos ligados aos *contratos* por ele firmados; em complemento, criou-se um recurso contra tais decisões, restrito a questões de legalidade ("por excesso de poder", seria a expressão adequada na época), endereçável ao Conselho de Estado⁴²⁷. Essa

⁴²⁴ **Os preços de transporte serão fixados em tarifas aprovadas pelo Governo**, não podendo exceder os dos meios ordinarios de conducção no tempo da organização das mesmas tarifas. As tarifas serão revistas, pelo menos, todos os cinco annos. Grifei.

⁴²⁵ **XXIX Logo que os dividendos excederem de 12 %, o Governo terá o direito de exigir a redução das tarifas de transportes.** Estas reduções se effectuarão principalmente em tarifas differenciaes para os grandes percursos e nas tarifas dos generos destinados á lavoura e á exportação. Grifei.

⁴²⁶ Há uma ótima explicação sobre a história do contencioso administrativo no Brasil no capítulo 20 da obra do Visconde do Uruguai (CARVALHO, José Murilo (org.) **Visconde do Uruguai**. São Paulo: Ed. 34, 2002. p. 169 e ss).

⁴²⁷ Especificamente em relação a contratos, o artigo 1º, § 2º do Decreto 2.343 conferia ao Ministro dos Negócios da Fazenda competência para conhecer questões que versassem sobre o cumprimento, interpretação, validade e rescisão dos contratos celebrados com a Administração da Fazenda que tivessem por objeto rendas, obras ou serviços públicos: "*art. 1º O Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Fazenda he o Chefe Superior da Administração da Fazenda em todo o Imperio, e além das attribuições conferidas pelas Leis, regulamentos e instrucções, e das definidas no art. 5º do Decreto nº 736 de 20 de Novembro de 1850, competem-*

combinação permitiu o desenvolvimento de um corpo jurisprudencial, no Conselho de Estado, tendo por objeto os contratos firmados pela Administração.

O conceito de *Estado proprietário*, nesse contexto, surge quando o limite entre a jurisdição administrativa e a jurisdição comum era posto em discussão. A Seção de Justiça aplicou-o em 1º de junho de 1866 para resolver um litígio envolvendo um contrato firmado pela Província do Rio de Janeiro para a conservação de uma estrada: entendendo que ele havia sido violado, a Administração rescindiu-o e deixou de fazer os pagamentos que ele estipulava⁴²⁸. O contrato previa expressamente essas possibilidades para o caso de inadimplemento. O particular afetado pela rescisão apresentou uma ação contra o Tesouro Provincial diante do Juízo dos Feitos da Fazenda Pública; o Presidente da Província, entendendo que se tratava de caso de matéria administrativa levada ao conhecimento do Poder Judiciário, solicitou a suspensão do processo⁴²⁹.

Ihe tambem exclusivamente as seguintes: § 1º Conhecer, quer em primeira instancia, quer em grão de recurso, das reclamações sobre o contencioso administrativo da Fazenda Nacional, salvo nos casos em que o Tribunal do Thesouro tem voto deliberativo. § 2º Conhecer das questões que versarem sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão e efeitos das fianças e dos contractos celebrados com a Administração da Fazenda que tenham por objecto quaesquer rendas, obras ou serviços publicos a cargo da mesma Administração. § 3º Aplicar as leis e disposições concernentes á prescripção quinquennial ou annual, ás reclamações contra o Estado por dividas passivas, seja qual for a natureza do titulo em que se fundarem, e tambem a prescripção dos 40 annos quanto ás dividas activas do Estado". O artigo 29 do decreto instituiu um tipo de "recurso por excesso de poder" contra tais decisões — endereçável ao Conselho de Estado: "Art. 29. As decisões administrativa em materia contenciosa proferidas pelo Tribunal do Thesouro, ou pelos Chefes de Repartições Fiscaes, **poderão ser annulladas pelo Conselho de Estado nos casos de incompetência, excesso de poder e violação da Lei, ou de fórmulas essenciaes**, sem que todavia a Resolução Imperial aproveite ás partes que pelo silencio tiverem aprovado a decisão anterior". Grifei.

⁴²⁸ BRASIL. **Consultas do Extincto Conselho de Estado sobre assumptos da competência do Ministério da Justiça**: publicadas por ordem do Exm. Sr. Dr. Augusto Tavares de Lyra. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. t. 1, p. 211 e ss. Também disponível em CAROATÁ, José Próspero Jehovah da Silva. **Imperiaes Resoluções tomadas sobre Consultas da Secção de Justiça do Conselho de Estado**: Parte II. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, Livreiro Editor, 1884. p. 1312 e ss. Os grifos, nas transcrições feitas a seguir, são meus.

⁴²⁹ Essa prerrogativa decorria do Regulamento nº 124, de 5 de fevereiro de 1842, que continha o Regulamento do Conselho de Estado. Leia-se: "Art. 24. Quando o Presidente de uma Província, ou o Procurador da Corôa na Côrte, e Província do Rio de Janeiro, tiver notícia de que uma Autoridade Judiciaria está effectivamente conhecendo de algum objecto administrativo, exigirá della os esclarecimentos precisos, bem como as razões, pelas quaes se julga com jurisdição sobre o objecto. Art. 25. Se forem consideradas improcedentes as razões, em que a Autoridade Judiciaria firmar sua jurisdição, ordenará o Presidente, ou o Procurador da corôa, que cesse todo o ulterior procedimento, e sejam citados os interessados, para em um prazo razoavel deduzirem seu direito. Art. 26. Findo o prazo, se o Presidente entender que o negocio é administrativo, assim o resolverá provisoriamente, remettendo todos os papeis a respeito d'elle, com a sua decisão, á Secretaria da Justiça. Se porém entender que o negocio não é administrativo, á vista dos novos esclarecimentos que tiver obtido das partes, ou da mesma Autoridade Judiciaria, declarará que não tem logar o conflicto, e que continue o processo no Foro Judicial. Art. 27. O Ministro da Justiça, ou o conflicto tenha sido suscitado pelo Procurador da Corôa, ou por algum dos

O Juiz dos Feitos da Fazenda Pública explicou-se dizendo que, à luz da redação do Decreto 2.343, apenas contratos firmados com o Ministério da Fazenda poderiam ser apreciados pelo contencioso administrativo. Contratos firmados pelos demais ministérios permaneciam submetidos à jurisdição comum, assim como contratos firmados pelos Presidentes de Província. Nas informações que remeteu ao Presidente da Província, o juiz ressaltou que *"convém sem duvida crear o direito contencioso administrativo positivo; mas enquanto isso se não fizer, vigora o direito commum, e as questões como a presente, que se fundam em direitos resultantes de contractos com a Província, devem ser julgadas pelas autoridades judiciais existentes"*. A Presidência da Província respondeu ao juiz com a tese de que a disputa envolvia *"direitos que procedendo de um contracto não podem ser regulados se não pela letra, e espirito do mesmo contracto, de direitos que procedendo de acto determinado pela administração provincial, constituem questão do administrativo contencioso"*, e, alegando que o Decreto 2.343 poderia ser aplicado às atividades da província em virtude de dispositivo expresso de lei provincial que a ele fazia referência como *"direito subsidiário"*, requereu-lhe que suspendesse suas atividades.

Em réplica, o Juiz enfatizou que *"o objecto do litigio de Alvarenga e Mello com a Fazenda Provincial não pertence ao contencioso administrativo, nem pelos principios geraes da sciencia, nem por Lei alguma positiva, que a ella haja feito excepção, mas sim, ao direito civil"*. A Província deveria ser compreendida como *"uma pessoa jurídica capaz de adquirir e com direito de contractar pelo que, muitas vezes, se acha para com os cidadãos em perfeita relação civil como parte, e sujeita ás autoridades judiciárias"*. O essencial, no caso, não era a qualidade da parte, mas a natureza do ato por ela praticado: o ato discutido era *"puramente civil, um contracto bilateral oneroso, que creou direitos e deveres correlativos e reciprocos"*, e *"a idéa do contracto é exclusiva da de superior para inferior e presuppõe igualdade entre os contractantes, que se collocam por esse facto no mesmo plano. O contracto não é pois um acto determinado pela administração, como se diz á fls. 2v., nem o Presidente da Província nelle intervem como Poder."* Temos aqui uma afirmação clara da visão conforme a qual o Estado pode se manifestar ora como *puissance*, ora como *pessoa privada* — e de uma de suas consequências, a de que, sempre

Presidentes, commetterá o seu exame á respectiva secção, a qual, depois de ouvidas as partes, se estas o requererem, interporá o seu parecer".

que contrata, é por meio de sua face *pessoa privada* que o Estado atua. Uma lei provincial efetivamente determinava, no caso, a aplicação subsidiária do Decreto 2.343, mas era inadmissível — argumentou o juiz — que a Assembleia Provincial pudesse retirar competência do Poder Judiciário. Interpretando a lei provincial conforme a Constituição, ele entendeu que a aplicação subsidiária da legislação federal era possível, desde que não para esse efeito.

Essa era a condição em que o caso subiu ao Conselho de Estado. O Conselheiro responsável pela apreciação do feito opinou que "*quando o Estado funciona como pessoa civil, contractando com um particular á respeito de um direito individual, sujeita-se como qualquer cidadão à Lei privada e ao Poder Judiciario, a quem compete a applicação daquella lei*"; como nenhuma lei havia declarado o contrato de conservação de uma estrada como matéria de contencioso administrativo provincial, o litígio deveria ser apreciado pelo Judiciário. A lei provincial, na parte em que tratava dos contratos civis da Fazenda, era inconstitucional, e não poderia transferir a competência de sua apreciação para "*qualquer Tribunal temporario que porventura se creasse para o futuro*". A Seção de Justiça, com os votos de Pimenta Bueno e do Visconde do Uruguai, referenda o parecer do relator e frisa que "*o contencioso administrativo, que é excepcional, só se compõe das questões que por atenção á sua natureza ou por conveniencia do serviço, são destacadas expressamente por Lei do dominio do fôro ordinario para a competencia dos Tribunaes administrativos*". Em 26 de janeiro de 1867, o Imperador, acolhendo a recomendação do Conselho de Estado, emitiu aviso com o seguinte conteúdo:

Sua Magestade, o Imperador, a cujo conhecimento levei o referido Officio, Conformando-se, por sua Immediata e Imperial Resolução de 22 de Dezembro último, com o parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado, Houve por bem Mandar declarar-lhe que ao Juízo dos Feitos da Fazenda compete tomar conhecimento de taes reclamações, porque, **quando o Estado funciona como pessoa civil, contratando com um particular e a respeito de um direito individual, sujeita-se, como qualquer cidadão, a Lei privada e ao Poder Judiciário.**

Em 26 de fevereiro de 1867, a Seção de Fazenda esclareceu que o artigo 1º, § 2º, do Decreto 2.343 applicava-se "*somente quanto aos contractos que têm por objecto rendas ou contribuições publicas, obras ou serviços desse ramo do Estado*

[a Fazenda Nacional] e, portanto, positivamente exclue o simples aluguel de predios ou fazendas, ou outros bens patrimoniaes. No primeiro caso a fazenda nacional opéra como autoridade publica no interesse immediato e directo do serviço do Estado, e, portanto, ha fundamento para essa competencia excepcional. **No segundo figura como figuraria qualquer particular, que quer aproveitar o seu patrimonio, e então cessa a razão da competência constitucional**"⁴³⁰.

Em 23 de dezembro de 1867, o Conselho afirmaria que "os contractos, embora celebrados com esse ramo do Governo [o Ministério da Agricultura], enquanto não houver lei especial em contrario, não tem outro character, senão de convenções voluntarias, regidas pelas leis civis e subordinadas ao juizo ordinario comum". A lógica da decisão está de acordo com as diretrizes importadas da França: a única legislação especial existente dizia respeito aos contratos envolvendo o Ministério da Fazenda. Não havendo lei que desloque a competência para a apreciação de litígios envolvendo o Ministério da Agricultura, eles deveriam ser submetidos ao Poder Judiciário. Por isso, o Conselho destacaria: "enquanto não se organizar o Contencioso Administrativo, e uma lei não der ao Governo competencia para, por via de consultas do Conselho de Estado, decidir as questões de interpretação ou outras, que derivem dos contractos que os particulares celebrem com elle, a unica autoridade para isso competente é, e continuará a ser, a judiciária. **Antes disso, será, nessa relação, apenas uma das partes contractantes, que não póde impor á outra a sua opinião, e sim pende, como ella, de um outro julgador**". O Imperador, em 7 de março de 1868, acolheria essa opinião do Conselho de Estado a proferiria resolução com o seguinte conteúdo:

Os contratos, embora celebrados com êsse ramo do Governo (o Ministério da Agricultura), enquanto não houver lei especial em contrario, **não têm outro caráter senão o de convenções voluntárias, regidas pelas leis civis e subordinadas ao juízo ordinário comum**"⁴³¹.

⁴³⁰ BRASIL. **Consultas da Secção de Fazenda do Conselho de Estado, colligidas por ordem do Governo**: anos 1866-1870. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1871. v. 6, p. 122-3. Grifei.

⁴³¹ A decisão está mencionada em CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905. p. 507-8; e (b.) BARBOSA, Ruy. **Natureza Contratual das Concessões Outorgadas pelo Poder Público**. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1912. (Obras Completas, v. 39, t. 2). p. 45. Grifei.

Em 3 de julho de 1871, a Seção de Fazenda apreciou um pleito de isenção do imposto de ancoragem apresentado pela companhia *United States and Brazil Mail Steamship* (a "Steamship")⁴³². A requerente utilizou como fundamento um contrato firmado com o Império em 17 de fevereiro de 1866 para a organização de uma linha de transportes a vapor em cujo artigo 10 se consignava que "os vapores [da empresa] gozarão das mesmas vantagens e isenções concedidas aos paquetes das companhias 'Des Messageries Impériales' e 'Real de paquetes a vapor de Southampton'". Como ditas empresas possuíam a isenção do imposto de ancoragem na data de assinatura do contrato; posteriormente, a regra concessiva dessa isenção foi revogada. A *Steamship* queria, portanto, a *preservação* da regra contratual *contra* um ato de autoridade posterior do Governo que a revogava. O parecer da maioria da Seção de Fazenda categoricamente entendeu pela *manutenção* do benefício inicialmente concedido à *Steamship*, frisando que o poder político "*descia de sua posição de império para [ocupar] a posição de contratante*":

É claro e fóra de qualquer duvida que ella tem direito perfeito e inquestionavel de exigir que essa estipulação legitima seja religiosamente observada pelo governo do Brasil. Tem esse direito evidente: 1. porque os poderes politicos do Brasil são delegações de um povo sério e honrado, cuja fé e promessa tem valor e realidade; 2º porque os contractos além da honra têm a garantia da consciencia, são leis privadas entre as partes, e de sua infracção resulta sem duvida o dever de plena indemnização; 3º **porque, desde que os poderes politicos descem de seu imperio para a posição de contractantes, nivelam-se em face do direito com a outra parte a respeito de sua convenção, e perdem a faculdade de alterar ou derogar o seu proprio acto por mero arbitrio, ou poder discricionario.**

Em 20 de novembro de 1873, a Seção de Justiça apreciou litígio sobre a extensão dos poderes da Administração para, fiscalizando as atividades de um concessionário, determinar a *exclusão* de alguns de seus custos de uma base de remuneração associada a uma garantia de juros. A Presidência da Província de São Paulo havia firmado, em 18 de junho de 1871, um contrato com a Companhia

⁴³² BRASIL. **Consultas da Secção de Fazenda do Conselho de Estado, colligidas por ordem do Governo**: anos 1871-1873. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1874. v. 7, p. 20 e ss. O grifo, na transcrição, é meu.

Sorocabana para a construção de uma estrada de ferro⁴³³. Esse contrato possuía uma garantia de juros de 7% sobre o capital investido (até um valor máximo de investimento estipulado em contrato). A Companhia emitiu parte das suas ações na Corte, alegando que na Província havia “superabundância de ações de outras Companhias”. Para isso, contudo, precisou pagar à casa emissora que conduziu a operação uma taxa de 5% sobre o valor da emissão. Ciente desse fato, a Presidência da Província mandou *excluir*, da base de capital que teria direito à garantia de remuneração, o valor dessa taxa. A concessionária então requereu a instauração de um juízo arbitral. A Administração negou tal pedido, alegando que o assunto estava “no domínio da administração”, não no “direito privado”.

Tratando-se da fixação dos limites (em referência ao caso vertente) do capital garantido, pertence o assumpto ao dominio da administração, e não ás relações convencionaes submettidas em toda a extensão do direito privado, base da competencia judiciaria. A mesma phrase do contracto sujeitando ao julgamento por arbitros as questões relativas aos direitos, obrigações e interesses derivados do contracto, não podendo ampliar-se aos direitos e obrigações creadas immediatamente pelas Leis Provinciales que concederam a garantia de juros.

Não tendo conseguido formar o juízo arbitral por meio de provocação à Administração, a empresa tentou fazê-lo por meio do Poder Judiciário. O Presidente de Província, então, paralisou o feito, e provocou sua remessa ao Conselho de Estado. O Conselho resolveu a disputa da maneira mais simples: disse que os custos havidos para a emissão de capital das ações em Portugal não eram necessários para a construção da estrada de ferro, e portanto não poderiam ingressar na base remuneratória que seria utilizada no cálculo da garantia de juros. A seguir, embora isso não fosse necessário para a resolução do litígio, identificou no ato do Presidente de Província, a despeito da sua conexão com contrato de concessão, um “ato administrativo especial” que não estava submetido ao direito comum, e por isso justificou a exclusão do Poder Judiciário:

E finalmente attendendo-se que evidentemente falha a competencia da jurisdicção ordinaria do contencioso judiciario para julgamento e

⁴³³ CAROATÁ, José Próspero Jehovah da Silva. **Imperiaes Resoluções tomadas sobre Consultas da Secção de Justiça do Conselho de Estado**: Parte II. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, Livreiro Editor, 1884. p. 1673 e ss. Os grifos são meus.

decisão desta especie que, **sendo um acto administrativo especial, determinado por outro legislativo provincial, sem quebra das constitucionaes faculdades de um e outro poder, no que não fôr de positiva infração de direito commum, não póde ser subordinado á decisão judiciaria**, e ainda a mesma arbitral que não foi, nem podia ser admittida para esta especie que verdadeiramente constitue **uma questão prévia, inteiramente separada do que entende com a real construcção da estrada de ferro**, e que só e competentemente póde ser decidida pela Assembléa Provincial, interpretando authenticamente o seu acto e de conformidade authorisando nova decisão da autoridade administrativa, que não a que ora tanto se conforma com a letra e espirito do que fora estipulado no respectivo contracto.

Sutilmente, o Conselho modificava a natureza de uma das prerrogativas que a Província tinha em razão do contrato — aproximando-a do regime do *État puissance* e distanciando-a do regime do *État propriétaire*. O Conselheiro Nabuco de Araújo compreende esse artifício e observa duas coisas: (a.) não havia lei instituindo um contencioso administrativo provincial, e portanto a questão deveria ser remetida ao Judiciário; (b.) mesmo que houvesse, o contencioso administrativo não poderia apreciar uma questão contratual — e, citando Henrion de Pansey e Laferrière, concluía que "*nesse caso, procedeu o Presidente não como Poder, mas como parte contratante*".

O Imperador, por resolução de 10 de dezembro de 1873, determina que o Conselho de Estado Pleno seja ouvido. Em 10 de janeiro de 1874, o Conselho se reúne: a despeito da inexistência de lei nesse sentido, ele aplica uma espécie de "princípio da simetria" e, estendendo às Províncias o regime já instituído em relação ao Império, confirma a existência do contencioso administrativo provincial⁴³⁴. A posição levantada por Nabuco de Araújo é derrotada no Pleno. Para justificar a criação do contencioso provincial com base na "natureza das coisas"⁴³⁵ e tornar a

⁴³⁴ CAROATÁ, José Próspero Jehovah da Silva. **Imperiaes Resoluções tomadas sobre Consultas da Secção de Justiça do Conselho de Estado**: Parte II. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, Livreiro Editor, 1884. p. 1684 e ss.

⁴³⁵ Veja-se a seguinte passagem do voto de Pimenta Bueno, que dá o tom da decisão do Conselho: "*Cada fôrma de Governo, cada systema politico tem suas condições ; o nosso, como algunsoutros, demanda essa independência governamental. Desde, pois, que existe uma justiça administrativa, ou contencioso governamental, parece lógico concluir que existe tanto para o Governo geral, como para os provincias: a divisão dos Poderes é a mesma, e idénticas todas as razões, que fundamentam a verdade pratica. Ora, como a justiça em sua ultima face é negocio e necessidade geral, e não cousa puramente provincial, não sei por que denegar ao Conselho de Estado a competência que a Lei ou Regulamentos lhe dão sem distincção. Consequentemente a Secção cumprio o seu dever de apreciar o conflicto sujeito, e tomando delle conhecimento interpoz seu parecer em conformidade dos verdadeiros principios. Elle concorda*

ausência de lei provincial uma questão secundária, os votos dos conselheiros assemelham-se em tom à decisão *Blanco*: eles falam que, na celebração do contrato envolvido, o Presidente de Província havia agido "*não como proprietário, nem como particular ou simples pessoa moral, mas como administrador da Província e por virtude de Lei Provincial*". No fundo, tratava-se de algo mais simples: não de romper com o modelo baseado na figura do *État puissance*, mas de conseguir estender às Províncias um regime genérico que já permitia ao contencioso administrativo abranger os contratos do Ministério da Fazenda. É nesse contexto que nós devemos entender as manifestações contidas nessa decisão — embora ela já esboce, em seus fundamentos, uma aproximação entre alguns poderes que a Administração exerce em relação aos contratos que firma e o regime das prerrogativas do *État puissance*. Depois disso, contratos firmados pelas províncias seriam admitidos no contencioso administrativo em (a.) decisão da Seção de Justiça de 22 de agosto de 1876⁴³⁶; (b.) decisão da Seção de Justiça em 20 de setembro de 1876⁴³⁷; (c.) decisão da Seção de Justiça de 26 de novembro de 1881; e (d.) em decisão da Seção de Justiça de 20 de março de 1884⁴³⁸.

Em 12 de dezembro de 1883, por fim, a Seção de Justiça examinou um pedido de retrocessão em razão da perda superveniente da causa que havia levado

pois com as idéas da Secção e pensa que as contrarias enervariam no todo a acção dos Governos provinciaes, estabeleceriam uma desharmonia e desigualdade de direito e de administração impossivel de justificar-se, quer em face dos principios, como á vista das Leis que temos". O Visconde de Souza Franco, com semelhante fundamentação, tornou secundário o problema da inexistência de uma lei organizando o contencioso provincial na Província de São Paulo: "*Ha Lei Provincial que o regule na provincia de S. Paulo? Ella deve ser cumprida. Se a não ha, a Assembléa Provincial que a promulgue para o que está autorizada, No entretanto o que parece menos inconveniente é que o Presidente da Provincia (emquanto Tribunal especial não fôr creado) continue no uso desta attribuição, até que a Lei a regule, visto que o contencioso administrativo está creado pela natureza das cousas e dar-se-ha invasão do Poder Judiciário sobre o Executivo provincial, tomando aquelle a inspecção dos actos do contencioso administrativo, actos que, como este, foram praticados em execução de Lei Provincial*". O Visconde do Bom Retiro, além de concordar com o argumento baseado na "natureza das coisas", entendeu que a divergência entre a Província e o contratante não decorria de contrato, mas por interpretação direta da lei que havia aprovado a sua assinatura (e autorizava, observadas certas condições, a concessão da garantia de retorno sobre o capital aplicado). Tratava-se não de descumprimento contratual, mas de "*interpretação autêntica da Lei*", que era da "*exclusiva competência do Poder que as faz.*" (CAROATÁ, José Próspero Jehovah da Silva. **Imperiaes Resoluções tomadas sobre Consultas da Secção de Justiça do Conselho de Estado**: Parte II. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, Livreiro Editor, 1884. p. 1688-92. Grifei).

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 1845 e ss.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 1848 e ss.

⁴³⁸ BRASIL. **Consultas do Extincto Conselho de Estado sobre assumptos da competência do Ministério da Justiça**: publicadas por ordem do Exm. Sr. Dr. Augusto Tavares de Lyra. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. t. 1, p. 215 e ss.

à realização de uma desapropriação⁴³⁹. Essa decisão não está diretamente relacionada à análise de contratos, mas é importante porque nela se manifesta, outra vez, o conceito de Estado proprietário. O requerente havia apresentado um pedido perante os tribunais civis porque, depois de consumada a desapropriação, a província havia se tornado simples *proprietária* do bem — e, por isso, poderia comparecer perante os tribunais civis. A Seção de Justiça confirma que a matéria não era administrativa, pois "*não se procurava ahi nullificar um acto administrativo, nem inutilizar uma lei provincial como sem procedencia*"; o autor queria apenas "*resolver uma questão de direito privado, em face da lei civil, cuja interpretação e applicação pertencem ao poder judiciario, sem outro correctivo além da sua responsabilidade pelos abusos ou erros que commetter*". Na fundamentação da sua decisão, ela invoca a consulta da Seção de Justiça de 1866, e pondera que:

Decidir si tal privilegio póde tornar-se effectivo, sempre que o immovel tiver destino diverso do que motivou a desapropriação, como pensam os escriptores citados nas razões produzidas contra o acto da presidencia da provincia, e contestam outros [...], isto é, de deliberar-se a administração publica a alienar o immovel desapropriado, já negando ao ex-proprietario o direito de fiscalizar o emprego dos bens de que foi privado, e sustentando ser indifferente a sua applicação, comtanto que nella haja utilidade publica, da qual é o unico juiz o governo, por isso que, estando a propriedade particular sempre sujeita á desapropriação, inutil seria reproduzir formalidades já regularmente preenchidas;

Ponderar tudo isto, Senhor, em face da lei escripta ou subentendida, patria ou subsidiaria, que de sua essencia é civil, não constitue missão administrativa, sinão encargo proprio da magistratura, unica incumbida de pôr termo ás contendas dos particulares, quaes são o convento de Nossa Senhora da Luz e a provincia de S. Paulo, na hypothese ocurrente, na qual litiga-se sobre o uso, livre ou limitado, que possa ter de bens adquiridos a titulo legitimo, porem excepcional.

O que se depreende desse apanhado de decisões é que os contratos firmados pelo Estado continuavam a ser concebidos como *instrumentos de direito privado*. A principal discussão existente no Conselho de Estado, durante o período, dizia respeito à admissibilidade do contencioso administrativo provincial: o Conselho

⁴³⁹ BRASIL. *Consultas do Extincto Conselho de Estado sobre assumptos da competência do Ministério da Justiça*: publicadas por ordem do Exm. Sr. Dr. Augusto Tavares de Lyra. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. t. 1, p. 193 e ss. O grifo é meu.

parte de uma posição estritamente legalista, interpretando literalmente os dispositivos do Decreto 2.343, para chegar a uma posição mais "instrumental" na qual justificou o contencioso provincial com base na natureza das coisas. Jamais colocou em dúvida, durante todo esse período, o fato de que o Estado poderia se manifestar ou como poder ou como proprietário, tampouco jamais pretendeu que o Estado, pelo simples fato de figurar como contratante, devesse ter à sua disposição prerrogativas não previstas em lei ou em contrato.

Capítulo 2 — A República Velha

§1º Fatores políticos, sociais e econômicos

A República Velha é uma combinação entre a **economia agrário-exportadora** do Império, cujo carro-chefe estava no café, com a importação do **modelo constitucional norte-americano**⁴⁴⁰. A utilização do direito norte-americano decorreu não apenas dos seus méritos intrínsecos, mas também de seus aspectos simbólicos. Para poder consolidar a ideia de que a República era uma alternativa intrinsecamente melhor do que a Monarquia, o movimento republicano precisava atacar os seus símbolos: os herdeiros do Império, descritos como ineptos para conduzir o país⁴⁴¹, assim como as tradições e modos de pensar imperiais⁴⁴².

⁴⁴⁰ Sobre a transição do Império para a República e o caráter estratégico da adoção do modelo republicano por parte dos grupos sociais mais distantes do núcleo do poder político dentro da sociedade imperial, conferir: ALONSO, Ângela. **Idéias em movimento**: a geração 1870 na crise do Brasil-Império. São Paulo: Paz e Terra, 2002. De maneira geral, conferir: CARVALHO, José Murilo de (org). **História do Brasil Nação**: 1808-2010: A Construção Nacional. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. v. 2; LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil**: uma interpretação. São Paulo: Senac São Paulo, 2008; CARDOSO, Fernando Henrique *et al.* **O Brasil Republicano: estrutura de poder e economia (1889-1930)**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997. v.1. (História geral da civilização brasileira, v. 8); e PINHEIRO, Paulo Sérgio *et al.* **O Brasil Republicano: sociedade e instituições (1889-1930)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990. t. 2. (História geral da civilização brasileira, v.9).

⁴⁴¹ *"Para proclamar a república, fazia-se mister destronar um santo. Ninguém ousaria propol-o á multidão, que adorava o Velho, como carinhosamente chamavam ao Imperador. Não entendem de principios as turbas ignaras. Para induzil-as ao sacrificio e á luta, é de mister que uma personagem detestavel encarne a idéa combatida. Como, para prevalecer a mentira, transitoriamente embora, basta um fundo de verdade, exageram-se as qualidades anthipathicas e não se fala das virtudes exageradas. Vetusto processo, efficacissimo sempre. Na França a guerrilha demolidora assetteava a Austriaca, a bella rainha infeliz; no Brasil a propaganda acirrada e habil demolia Isabel, a Redemptora dos Escravos."* (MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. p. 59).

⁴⁴² *"O americanismo de parte dos grupos da geração 1870 é novo: contestava a idéia de singularidade brasileira que o romantismo propagara. Não significava mais o indianismo, o*

Carlos Maximiliano explica que a *Politique Constitutionnelle* de Benjamin Constant havia gozado "do prestígio de bíblia no parlamento brasileiro durante cinquenta annos; era invocado a cada passo nas batalhas tribunicias; adquiriu entre nós autoridade quasi igual á do Federalista nos Estados Unidos"⁴⁴³. A implantação da República precisava de um referencial com a mesma força: encontrou-a nas tradições e instituições dos Estados Unidos. A proclamação da República, efetuada dentro desse contexto, **não causa uma grande modificação na nossa estrutura social**. A República continuava a ser um "clube para poucos" tanto quanto o Império — apenas seis por cento da população votavam⁴⁴⁴. O Estado brasileiro **continuava a ser o Estado liberal e "monoclasse"** que havia sido durante o século XIX.

[...] vitoriosos, **os republicanos conservadores, como Campos Sales, mantiveram o modelo de exclusão política e sociocultural sob nova fachada**. Ao "Parlamentarismo sem povo" do Segundo Reinado, sucedeu uma **República praticamente "sem povo", ou seja, sem cidadania democrática**. A República, construída em moldes conservadores, teria que enfrentar a passagem de uma ordem unitarista a um regime federativo. Essa a principal tarefa jurídico-política a que se propuseram as lideranças civilistas, a exemplo de Rui Barbosa, Prudente de Moraes e Campos Sales⁴⁴⁵.

*nativismo, mas o padrão de desenvolvimento dos Estados Unidos. Liberais republicanos e federalistas científicos associaram americanismo e republicanismo. Inverteram o sentido original. **Precisamente por ser jovem, a nação precisaria de uma forma de governo também nova e apropriada às dimensões territoriais e à composição populacional americana: a república. Este americanismo focaliza a especificidade política do mundo novo em relação à metrópole européia.** Nos outros países, a própria herança cultural ibérica faz as vezes de munição contra a tradição nativista imperial. O iberismo de novos liberais e positivistas abolicionistas ressalta a continuidade cultural do Brasil com a civilização ocidental. Esta dupla faceta - política e cultural - do ataque do movimento intelectual à tradição imperial fica esmaecida pela ótica da longa duração, que reparte a geração 1870 conforme linhagens de americanistas e iberistas." (ALONSO, Ângela. **Idéias em movimento: a geração 1870 na crise do Brasil-Império**. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 243. Grifei).*

⁴⁴³ "Ao passo que os autores de revoluções republicanas se inspiravam no exemplo dos Estados Unidos, os apologistas da monarquia inaugurada inclinavam-se para o modelo imperial. Benjamin Constant era o papa do constitucionalismo imperial. Em varios artigos do estatuto de 1824 as proprias palavras são literalmente traduzidas da *Politique Constitutionnelle*, do celebre publicista europeu. Gozou aquelle livro do prestígio de bíblia no parlamento brasileiro, durante cinquenta annos; era invocado a cada passo nas grandes batalhas tribunicias; adquiriu entre nós autoridade quasi igual á do Federalista nos Estados Unidos." (MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. p. 23).

⁴⁴⁴ LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil: uma interpretação**. São Paulo: Senac São Paulo, 2008. p. 599.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 552. Grifei.

§2º Conceitos jurídicos fundamentais

A. A mudança das bases constitucionais

Podemos compreender as premissas e o funcionamento do modelo constitucional norte-americano a partir de duas diretrizes: (a.) depois da Independência, os *founding fathers* criam um modelo institucional de separação de poderes baseando-se na tradição inglesa da *balanced Constitution*⁴⁴⁶. Nos Estados Unidos, não estavam presentes as circunstâncias que fizeram com que os revolucionários franceses criassem a sua particular versão do modelo de separação de poderes e desviassem o controle judicial dos atos do Executivo para o contencioso administrativo: nos Estados Unidos, por isso, temos uma forma "pura" de separação em que **o Judiciário pode aplicar as cláusulas constitucionais e controlar os atos do Executivo e do Legislativo**⁴⁴⁷; (b.) a lembrança de seu

⁴⁴⁶ A primeira fórmula empregada pela teoria inglesa para organizar suas disputas políticas foi a ideia de constituição mista, segundo a qual todos os interesses da sociedade deveriam ter expressão em seus órgãos políticos. Essa teoria justificou a criação de um sistema de governo baseado em uma divisão entre Rei, Lordes e Comuns: o exercício correto do poder não seria garantido por meio de sua compartimentalização, mas por meio da ação conjunta de todos os interesses sociais. A Guerra Civil inglesa (1642 a 1651) impõe mudanças a esse modelo: o rei é então confinado a uma posição subsidiária, e a teoria da mixed constitution é substituída por uma ideia de separação de funções. A restauração da monarquia, em 1660, causa uma espécie de retorno à tradição da mixed constitution: os órgãos que haviam sido separados em virtude da Guerra Civil voltariam a cooperar por meio de um sistema de checks and balances. O modelo resultante ficou conhecido como balanced constitution. Sobre isso, conferir o excelente VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. Acessoriamente, ver: BOLINGBROKE, Henry St. John. **Remarks on the History of England**. Londres: R. Francklin, 1753; MACKWORTH, Sir Humphrey. **A Vindication of the Rights of the Commons of England**. Londres: J. Nutt, 1701; MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de la Brède e. **O Espírito das Leis**. 2. ed. rev. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. FINER, S.E. **The History of Government: The intermediate ages**. Londres: Oxford University Press, 1997. v. 2; e HIRSCHMAN, Albert. **As Paixões e os Interesses: Argumentos Políticos para o Capitalismo antes do seu Triunfo**. Lisboa: Editorial Bizâncio, 1997.

⁴⁴⁷ Não há a menor dúvida sobre isso na doutrina constitucional americana do final do século XIX. Por todos, leia-se: "A soberania dos Estados permaneceria, embora reduzida em proporções; e com base naquilo que os Estados entregaram, um novo governo seria formado, não apenas soberano, mas para todos os fins da sua existência, supremo. O poder de regulação e ajuste recairia sobre o judiciário dos Estados Unidos, que atuaria como roda de balanço da Constituição, mantendo o Governo Nacional e os Estados nas suas respectivas órbitas; e assim como caberia à Suprema Corte declarar o direito, assim seria dever do Presidente aplicá-lo com todo o poder do Governo. [...] Eu afirmei que a Constituição foi modelada em instituições existentes, e não mostrou grande originalidade de pensamento ou novidade na concepção; mas a característica à qual acabei de aludir não possui, até onde meu conhecimento chega, precedente na história política." (HARE, J. I. Clark. **American Constitutional Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1889. t. 1, p. 22-3. Traduzi e grifei). Ver também as p. 135-7: "Eu afirmei que a função do judiciário Americano como intérprete da Constituição é sem precedentes; e essa consideração é verdadeira

passado não fazia com que os americanos tivessem receio da ação dos juízes, mas de uma *concentração de poderes* que pudesse levar ao desrespeito das liberdades que integravam a *common law* — um receio da tirania. A Constituição instituiu um Estado federal, mas: (b.1.) o Governo Federal é uma entidade com **poderes enumerados**, e (b.2.) o Presidente da República está **estritamente submetido** às deliberações do Congresso.

O posto de Presidente, na república norte-americana, não foi pensado para acomodar a posição de um Napoleão ou do comandante de uma administração pública responsável pela criação de uma nova ordem social. O seu papel era muito mais modesto. O Presidente **não detinha poder regulamentar**: constitucionalmente, sua atribuição era de "*cuidar para que as leis fossem adequadamente executadas*" (*take Care that the Laws be faithfully executed* — artigo II, seção 3, *in fine*), o que se traduzia em uma atribuição de cunho *fiscalizador*, não normativo. Junto com essa visão estava um princípio de **vedação absoluta** à delegação de poderes legislativos para o Presidente. O Legislativo poderia, no máximo, conferir um certo poder discricionário ao Presidente para que

*como pode ser em relação a qualquer evento na vida de um homem ou de uma nação. A maioria dos atos de um Estado ou de um indivíduo podem, contudo, ser reconduzidas a algum antecedente; e isso pode certamente ser dito da Constituição Americana em relação à Inglesa. O direito dos tribunais de examinar se atos de governo estão de acordo com princípios fundamentais parece desconhecido no continente Europeu, como certamente é na França; mas foi estabelecido em um período antigo na Inglaterra como consequência lógica da infalibilidade da Coroa. Pois como o rei não pode errar, os atos ilegais dos seus oficiais eram necessariamente imputados ao agente; e uma persecução contra o último não tocava na honra ou dignidade da Coroa. [...] O princípio foi de valor decisivo para tornar o departamento judicial do governo coordenado com o executivo, e conferindo um meio pelo qual o povo inglês poderia alcançar a paz de maneira pacífica; mas ele não podia ser utilizado, na prática, por meio dos canais ordinários da justiça. Os juízes eram dependentes da Coroa, e poderiam ser removidos pela vontade do rei, enquanto a prerrogativa real era extensa e indefinida; e quando ela era alegada como justificativa para atos que eram contrários ao direito, mais do que retidão comum e hombridade eram necessárias para manter a balança da justiça." (HARE, J. I. Clark. **American Constitutional Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1889. t. 1 Traduzi e grifei). Complementarmente, ver: TUCKER, St. George. **Blackstone's Commentaries**. Philadelphia: William Young Birch, and Abraham Small, 1803. v.1, apêndice, nota D, seção 16; RAWLE, William. **A view of the Constitution**. 2. ed. Philadelphia: Philip H. Nicklin, 1829. p. 200 ("o poder judicial deve ser inteira e exatamente da mesma medida que o poder legislativo") e 201 ("na Constituição dos Estados Unidos nós percebemos, não a criação expressa de um poder judicial, mas o seu reconhecimento como uma parte necessária do governo, luz à qual ele foi justamente considerado e universalmente aceito."); STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**. 4. ed. Atual. e comentada por Thomas Cooley. Boston: Little, Brown, and Company, 1873. p. 264 e ss.; COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Constitutional Limitations**. 6. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1890. p. 17 e ss.; COOLEY, Thomas M. The Federal Supreme Court - Its Place in the American Constitutional System. In: **Constitutional History of the United States**. Nova York: G.P. Putnam's Sons, 1890; e WILLOUGHBY, Westel Woodbury. **The Constitutional Law of the United States**. Nova York: Baker, Voorhis & Company, 1910. v. 1.*

ele, seguindo critérios estabelecidos em lei, decidisse quando um de seus dispositivos seria ou não aplicado.

Nenhum corpo legislativo pode delegar para outro departamento do governo, ou para qualquer outra autoridade, o poder, seja geral ou específico, de elaborar leis. A razão é encontrada precisamente na existência de seus próprios poderes. Essa alta prerrogativa foi confiada à sua própria sabedoria, julgamento e patriotismo, e não àquela de outras pessoas, e ele agirá *ultra vires* se proceder à delegar a confiança, ao invés de executá-la. Mas esse princípio não impede a atribuição de poderes locais de governo às autoridades locais, de acordo com a prática imemorial de nossa raça e país, nem a cessão aos territórios de uma autoridade geral para legislar sobre seus próprios assuntos. **É possível também, e às vezes necessário, conferir autoridade para o executivo ou ao judiciário para determinar em quais casos uma lei particular deverá ser aplicada.** Por exemplo, o ato do Congresso suspendendo o privilégio do writ de *habeas corpus* durante o final da guerra civil não declarou uma suspensão geral, — o que teria sido inteiramente desnecessário, e portanto um ato de tirania, — mas conferiu poderes ao Presidente para exercer seu julgamento, e suspender o writ em casos particulares, conforme ele possa entender que o interesse público requeira. **Um poder discricionário similar é conferido ao Presidente, ou ao diretores de departamento, em muitos casos**⁴⁴⁸.

Em todos os países, a ação do executivo está sujeita ao controle da legislatura. Em primeiro lugar, a legislatura tem poder para estabelecer regras de acordo com as quais o executivo e as autoridades administrativas devem agir. **A legislatura tem sido chamada de regulador da administração. Isso é verdade nos Estados Unidos em um grau desconhecido em qualquer outro país.** Nos Estados Unidos, a legislatura especifica em detalhe os poderes a serem exercidos pelas autoridades executivas, **e regula o exercício desses poderes nos menores detalhes.** Ele o faz, não porque regulação detalhada seja da essência do poder legislativo, mas em razão da posição em que o executivo foi colocado como um resultado do desenvolvimento histórico inglês e americano⁴⁴⁹.

Esse princípio manifesta-se em várias decisões da Suprema Corte desde o início da república norte-americana e estava em plena atividade no final do século XIX: Em 1892, em *Field v. Clark*⁴⁵⁰, o Justice Harlan frisou: "*que o Congresso não pode delegar poder legislativo ao presidente é um princípio universalmente*

⁴⁴⁸ COOLEY, Thomas M. **The General Principles of Constitutional Law**. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1891. p. 100-1. Traduzi e grifei.

⁴⁴⁹ GOODNOW, Frank J. **The Principles of the Administrative Law of the United States**. Nova York: G.P. Putnam's Sons, 1905. Traduzi e grifei.

⁴⁵⁰ *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892).

reconhecido como vital para a integridade e manutenção do sistema de governo ordenado pela Constituição". A lei cuja constitucionalidade se discutia naquele caso tinha por objetivo garantir o livre comércio entre os Estados Unidos e outras nações: o Congresso havia determinado a aplicação de tarifas de importação a países que impusessem a mesma restrição aos artigos norte-americanos, atribuindo poderes ao Presidente para que suspendesse essas tarifas quando ele entendesse adequado. A Suprema Corte não vê nisso uma delegação de poder legislativo porque as *instruções* que deveriam governar a conduta do Presidente, nesses episódios, haviam sido estabelecidas pelo Congresso. A lei discutida, por isso, "*em nenhum sentido real [investia] poder de legislar no presidente*"⁴⁵¹. Em *Buttfield v. Stranahan*, outra instância discricionária aberta ao Executivo foi legitimada porque a lei que a efetuou havia "*fixado um standard primário, e remetido ao Secretário de Tesouro o simples dever executivo de implementar a política legislativa declarada na lei*"⁴⁵². A Suprema Corte entendeu que esse tipo de lei "*não investia os integrantes da administração, em nenhum sentido real, com o poder de legislar. O Congresso legislou sobre a matéria até onde era razoavelmente praticável, e pelas necessidades do caso foi compelido a deixar para os integrantes da administração o dever de produzir o resultado indicado pela lei*". Em 1907, em *Union Bridge Co. v. U.S.*⁴⁵³, a Suprema Corte novamente diria que a discricionação para elaborar a lei e a discricionação para efetuar a sua execução nos casos concretos deveriam ser vistas de maneira diferente:

Pela lei em questão o Congresso declarou que a navegação deveria ser liberada de obstruções irrazoáveis resultantes de pontes com altura insuficiente, comprimento ou largura, ou outros defeitos. Ele cessou, contudo, com essa declaração de regra geral, e impôs ao Secretário de Guerra a tarefa de verificar quais casos caíam sob a regra prescrita e o dever de aplicar a regra em tais casos. Ao executar esse dever o Secretário de Guerra estará apenas executando a vontade claramente expressa do Congresso, e não irá, em nenhum sentido verdadeiro, exercer poder legislativo ou judicial. [...] **De fato, não é demasiado dizer que uma negativa ao Congresso do direito, sob a Constituição, de delegar poder para determinar algum fato ou estado de coisas com base no qual a aplicação da sua promulgação depende, seria 'para as**

⁴⁵¹ 143 U.S. 649, 693. Traduzi.

⁴⁵² *Buttfield v. Stranahan*, 192 U.S. 470, 496 (1904).

⁴⁵³ *Union Bridge Co. v. U.S.*, 204 U.S. 364 (1907).

engrenagens do governo' e produzir confusão, se não paralisa, na conduta dos assuntos negócios públicos⁴⁵⁴.

A Suprema Corte passou a analisar essas delegações de poder de maneira mais leniente depois das disputas associadas ao *New Deal* e da pressão exercida por Roosevelt⁴⁵⁵. Essa sua mudança de posicionamento, todavia, não eliminou do Direito Constitucional norte-americano o princípio de que a lei deve conter um "*meaningful standard*" para poder autorizar a ação do Executivo: ela se refletiu em um maior esforço do Judiciário para, interpretando as leis produzidas pelo Congresso, *encontrar* nelas critérios suficientes para orientar a conduta do Executivo e, sobretudo, permitir a realização de seu controle judicial. Casos em que não haja um princípio identificável levarão, ainda hoje, à declaração de inconstitucionalidade do ato do Legislativo⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ 204 U.S. 364, 386-7. Traduzi e grifei.

⁴⁵⁵ Em duas das decisões que levaram ao conflito aberto entre Roosevelt e a Suprema Corte, a Corte anulou duas leis que atribuíam ao Executivo poderes — e *não estipulavam standard algum* que ele devesse seguir no seu exercício. São elas: (a.) *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) e (b.) *A.L.A. Schechter Poultry v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). Nessa duas decisões, a Corte julgou inconstitucionais as delegações de poder efetuadas em benefício do Poder Executivo porque nelas não encontrou nenhum *standard* que pudesse orientar a sua ação. Benjamin Cardozo, na segunda decisão, qualificou a situação como sendo de "*delegation running riot*" ("delegação fora de controle").

⁴⁵⁶ Decisões produzidas sobre o tópico durante a década de 40, quando a Corte já havia se tornado mais permissiva em relação à atuação da Administração, mostram que uma lei atributiva de discretão ao Executivo *continuava* a precisar apresentar *standards* que pudessem nortear seu comportamento para que ela fosse constitucional. Em *Yakus v. United States*, 321 U.S. 425 (1944), o Tribunal esclarece que é suficiente que haja um *standard* com densidade mínima para permitir o controle judicial da ação do administrador: "*apenas se nós pudéssemos dizer que há uma ausência de standards para guiar a ação do Administrador, de maneira que fosse impossível em um procedimento próprio verificar se a vontade do Congresso foi obedecida, é que nós estaríamos justificados em nos sobrepor à sua escolha de meios para executar o seu propósito declarado*". na mesma direção, em *American Power & Light Co. v. SEC*, 329 U.S. 90 (1946), afirma-se que: "*[É] constitucionalmente suficiente se o Congresso claramente delinea a política geral, a agência pública que deverá aplicá-la, e os limites dessa autoridade delegada. Direitos privados são protegidos por acesso aos tribunais para testar a aplicação da política à luz das declarações legislativas*". Traduzi. A doutrina da não-delegação caiu em certo descrédito perante a doutrina durante os anos 60 (e Kenneth Culp Davis, em 1960, zomba dela, dizendo que as decisões da Suprema Corte eram na verdade uma "verborragia" que, na prática, encontrava *standards* onde muitas vezes eles não existiam, e terminava legitimando situações em que a lei não fazia nada mais do que dizer à agência algo como: "aqui está o problema. Resolva-o." (DAVIS, Kenneth Culp. **Administrative Law and Government**. St. Paul: West Publishing, 1960. Traduzi.). Mais recentemente, contudo, ressurgiu: ela tem sido empregada como cânone de interpretação — como em *Industrial Union Department v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980) —, levou à anulação parcial de uma lei em *National Cable Television Association v. United States*, 415 U.S. 336 (1974), e, há pouco, foi mencionada em uma discussão sobre a possibilidade de anulação de uma lei responsável pela realização de uma delegação excessivamente ampla à Agência de Proteção Ambiental — *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457 (2001). Uma obra recente esclarece: "*tendo em vista essas finalidades sobrepostas — de governo consensual, de uma ordem de deliberação de modo a*

De qualquer maneira, essa modificação de posição do Judiciário norte-americano é secundária para o ponto que se quer ressaltar aqui: o estado de coisas do Direito Constitucional norte-americano na data em que ele foi importado para dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A maneira em que o Direito Administrativo norte-americano concebia a relação entre a lei e o Poder Executivo no final do século XIX, como se viu, era absolutamente diferente da maneira pela qual o Direito Administrativo francês tratava a mesma relação. Nos Estados Unidos, a lei é *fundamento necessário* da ação do Executivo, que precisa nela encontrar um *standard* para orientar sua ação. Caso esse *standard* não esteja presente, a ação administrativa será inválida.

B. A permanência do Direito Administrativo imperial

Os autores da Primeira República parecem ainda não estar plenamente descontaminados das figuras e modelos do Antigo Regime. Há um certo caráter de *compromisso* com os institutos da tradição imperial, e ela duraria até a Revolução de 30⁴⁵⁷. Existe, marginalmente, *alguma* recepção da doutrina mais recente europeia, como mostrarei ao examinar o tratamento dos contratos firmados pela Administração.

Alcides Cruz, em 1914, enunciava que "*o poder executivo não se circumscreve á acanhada tarefa de simples executor da vontade do poder legislativo*" e que "*fora da execução das leis, enorme dominio da sua actividade, e mesmo pratica actos não previstos na lei; o que não póde é praticar os que ella*

identificar e respeitar valores públicos, de uma 'circunspecção na formação das leis', de federalismo – a doutrina da delegação é algo mais do que uma injunção antiquada contra a delegação de poderes para as agências. Ao invés disso, ela deriva de inferências legítimas a respeito da estrutura constitucional e é amparada por observações empíricas em relação a quando e a se delegações de poder legislativo para as agências são consistentes com o processo constitucional. Por esses meios, a doutrina da delegação como a temos hoje está suportada em um consenso, nos tribunais pelo menos, de que as 'escolhas importantes de política social' devem ser feitas no Congresso e não nas agências." (AMAN JR., Alfred C.; MAYTON, William T. **Administrative Law**. 2. ed. St. Paul: West Group, 2001. Traduzi e grifei).

⁴⁵⁷ Sobre este período, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello registra que: "*a preocupação científica do Direito Administrativo desde a queda da Monarquia aos tempos atuais divide-se em duas fases nítidas, como expressão de posições distintas do Estado. Pode-se mesmo falar em período da 1ª República, que vai de 1889 até a Revolução de 1930, e da 2ª República, dessa data em diante. Naquele o regime administrativo desenrolou-se sob a inspiração da Constituição de 1891, de caráter nitidamente liberal, individualista. Então, regulamentava a vida jurídica de um país organizado, sob o ponto de vista social, em moldes feudais e com economia predominantemente agrícola.*" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 142).

*proíbe*⁴⁵⁸. Regulamentos, sob o aspecto material, eram leis, "*sobretudo o chamado regulamento policial, por encerrar verdadeiras prescrições no sentido de restringirem o exercício da liberdade individual, e ter uma extensão tão lata como qualquer acto regularmente emanado do poder legislativo — quando entretanto não é o complemento de nenhuma lei preexistente a ele*"⁴⁵⁹. Embora houvéssimos abandonado o contencioso administrativo em prol da jurisdição una, o manual de Alcides Cruz continha um capítulo sobre a "justiça administrativa", e ele continuava utilizando a terminologia "administração ativa" e "administração contenciosa" — explicando que "*as partes podem fundamentar as suas pretensões: a) em interesses; b) em direitos*", de modo que "*a administração pública também exerce actos de jurisdição; jurisdição esta que é administrativa, porém que, como a judiciária, também se divide em graciosa e contenciosa.*" Ela seria "*graciosa quando [...] as partes falam em nome de meros interesses e contenciosa quando as partes procuram fazer valer os seus direitos, provenientes ou de leis, ou de regulamentos, ou de contractos*"⁴⁶⁰. Dizia-se, além disso, que "*confiar ao julgamento dos tribunaes sujeitos ao poder judiciário os litígios oriundos dos actos da administração é, ipso facto, querer scindir o apregoado equilíbrio entre os poderes, outorgando a invasão do judiciário no domínio dos outros poderes e outorgando-lhe uma supremacia indébita*"⁴⁶¹.

Carlos Maximiliano, em 1918, também diria que "*tanto o Executivo como o Judiciário devem assegurar a observância da lei. O primeiro, entretanto, não se limita a isso; realiza tudo o que aproveita ao Estado e não é proibido por dispositivo legal, cuja reforma ele também promove*"⁴⁶²; depois diria que a função do regulamento é cumprir, e não fazer a lei — e citaria a definição de Pimenta Bueno quando indicasse as consequências práticas dessa diretriz que enunciou⁴⁶³. O regulamento, todavia, poderia ser também *praeter legem*, quando "*não se referisse a um texto determinado*" e dispusesse "*sobre o funcionamento de certos serviços*

⁴⁵⁸ CRUZ, Alcides. **Direito Administrativo Brasileiro**: Exposição Summaria e Abreviada. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1914. p. 42-3.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 54-5.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 251.

⁴⁶² MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. p. 247.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 492-4.

públicos, ou encerra preceitos de natureza policial obrigatoriamente observados por todos os cidadãos"⁴⁶⁴.

Oliveira Santos, em 1919, continuava a pensar em termos jusracionalistas, dizendo que *"o direito precede à lei, na qual assenta principalmente a organização política e administrativa do Estado"*, e que *"nasce o direito com a pessoa, sendo, por isso, originariamente, a razão das leis impostas pelo poder publico e o fundamento de toda a justiça"*⁴⁶⁵. Como se estivesse escrevendo no século XIX, critica os teóricos do Antigo Regime: Bodin, Loyseau, Domat e outros, cuja doutrina *"não só desvirtua, como tende a aniquilar o direito, que passa a ser substituído pelo império da força nas sociedades actuaes"*⁴⁶⁶. Nas entrelinhas, critica o positivismo (*"deixemos, pois, que os pseudo-defensores do desenvolvimento social e do seu progresso neguem ao individuo a posse de direitos invioláveis"*⁴⁶⁷) — e critica abertamente tanto Hauriou (dizendo não ver *"razão para presumir tanto da excellencia do regimen administrativo do seu paiz"*, que ressentia-se de grandes defeitos, *pelos quaes tem soffrido justas e merecidas censuras*⁴⁶⁸) quanto Duguit (*"deixemos Duguit, meus senhores, com o seu erro de apreciação a respeito das cousas metaphysicas, com as suas preferências pelas idéas positivas, e não esqueçamos que tudo isso se reduz a nada ante as próprias contradições da escola a que elle é filiado"*⁴⁶⁹). Como síntese de sua maneira de pensar, leia-se:

Em 1889 sobreveio a Republica, e a nova Constituição, tão liberal quanto a monarchica, manteve, em seus princípios fundamentaes, todos os preceitos e regras que antes consubstanciavam esse ramo do nosso Direito Publico e Constitucional. **Quer isto dizer que, pelo menos do ponto de vista da theoria e da lei, o nosso direito administrativo ainda não soffreu a influencia das idéas positivistas, da nova escola a que pertencem Duguit, Hauriou e outros**, cujo principio é o da prevalência dos direitos do Estado sobre os do individuo. **Nada justifica essa estranha doutrina, pura revivescencia do antigo predomínio do Estado, posto em evidencia no tempo do imperialismo romano, como mais de uma vez tive occasião de demonstrar em anteriores lições.** Infelizmente, entre nós, o que de certo tempo a esta parte se tem

⁴⁶⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. p. 495.

⁴⁶⁵ SANTOS, Manuel Porfírio de Oliveira. **Direito Administrativo e Sciencia da Administração**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919. p. 11 e 17.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 37-8.

observado é a tendência dos governos e dos políticos regalistas para o estabelecimento, no paiz, da supremacia do Estado sobre o individuo!^{470 471}

Henrique Coelho em 1905, falava que era "*impossível conceber um governo puramente executor das leis*", e o "*caráter [das normas editadas pelo Executivo] em nada differe do da lei: si essas contêm preceitos jurídicos, emquanto cream e sancionam obrigações geraes e tutelam direitos, tanto para a administração como para os súbditos, encerram o conteúdo, a substância da lei, ainda que não lhe possuam a forma*"⁴⁷². Assim, "*tudo quanto [nas regras de competência do congresso] não estivesse compreendido, nem explicita nem implicitamente, salvo no que fosse privativo das auctoridades judicarias, entraria no domínio da actividade do órgão executivo, pelo que nada impediria de até ahi se estender a faculdade regulamentar do chefe do Estado*"⁴⁷³ O fato de "*baixar o regulamento para a execução da lei não significa que por isso deva elle valer menos do que esta*"⁴⁷⁴, e embora a Constituição só admita regulamentos para a execução das leis "*forçoso é convir não procederem as censuras contra aquellas especies de regulamentos [praeter legem] desde que — como tantas vezes se tem repetido — a auctoridade*

⁴⁷⁰ SANTOS, Manuel Porfírio de Oliveira. **Direito Administrativo e Sciencia da Administração**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919. p. 212-3.

⁴⁷¹ A mesma aversão a Duguit appareceria, alguns anos mais tarde, na obra de Ruy Cirne Lima — que, adotando uma base dogmática fortemente influenciada pelo direito romano, pela religião e pela tradição, preferia ver o Estado como um veículo para a realização de justiça. Seu *Princípios de Direito Administrativo* certamente é um livro clássico em nossa bibliografia publicista: mas no *Preparação à Dogmática Jurídica* é que estão as chaves de leitura que nos permitem compreender os pressupostos que animavam a obra de Cirne Lima. Ele descreveria o positivismo como uma concepção "*mesquinha*" em termos de princípio e em termos de um "*pragmatismo de resultados*" (p. 125-6). Criticando tanto o positivismo comteano quanto o idealismo kantiano e o que qualifica como um panteísmo spinoziano, ele concluiria: "*com Spinoza, Kant e Augusto Comte, adversos, por igual, à noção de direito subjetivo, formamos uma tríade harmônica e perfeita: a tríade dos absolutismos. Spinoza, o absolutismo político; Augusto Comte, o absolutismo social; Kant, o absolutismo individual*" (p. 127). Esses três absolutismos tinham, em comum, a "*mesma negação do Absoluto divino*"(p. 128). Em outras passagens, ele diria também que "*o direito é uma relação num universo relativo: uma relação de justiça. No Absoluto divino, porém, a justiça é uma pessoa: a pessoa do Verbo, causa exemplar de toda a Criação. Êle é o Justo. Êle é a Justiça. O direito, pois referido ao Absoluto, é sempre subjectivo, essencialmente subjectivo: é uma pessoa*" (p. 130); e que "*o que chamamos direito objectivo é, pois, a ordem, posta por Deus, para ordenação, segundo a justiça, dos homens entre si. O que chamamos direito subjectivo é o poder reconhecido ao homem, de ordenar, à sua vez, os fatos e as cousas, os elementos objectivos do mundo exterior, segundo a ordem divina da justiça. O direito objectivo é a ponte entre o homem e Deus; o direito subjectivo, a ponte entre o universo e o homem*" (LIMA, Ruy Cirne. **Preparação à dogmática jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1958. p. 132).

⁴⁷² COELHO, Henrique. **O Poder Legislativo e o Poder Executivo no Direito Publico Brasileiro**. São Paulo: Typographia do Diario Oficial, 1905. p. 226.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 229.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 230.

executiva não se occupa da simples e mera execução das leis, o que a deixaria totalmente sujeita às câmaras, mas sim — e com poderes amplos — de tudo quanto se relaciona directa ou indirectamente com a administração"⁴⁷⁵.

Viveiros de Castro compreendia que o fundamento do poder político era explicado pela "*teoria do patriarchado*", alegando que "*sendo a lucta o estado primitivo da humanidade, não se comprehende que a mulher, inferior em força physica, pudesse ter exercido a autoridade na familia*". A teoria do contrato social "*não tem base scientifica, não resiste á mais ligeira analyse*"⁴⁷⁶. Ao mesmo tempo, ele reconhecia que "*conhecimentos imperfeitos da theoria do Estado levaram-nos em tempos idos a considerá-lo como sendo Todo-Poderoso*" — situação na qual seria lógico tomar a soberania como fundamento do poder de desapropriar. Um novo conceito de Estado "*administrador do interesse colectivo, tem por corolário a consideração do cumprimento de um dever de sociabilidade, como fundamento do direito de desapropriação*"⁴⁷⁷.

Se contrapusermos essas premissas com o que foi dito no ponto anterior sobre o conteúdo do Direito Constitucional norte-americano, surge um problema. O Brasil havia utilizado, durante o século XIX, um sistema de direito público construído com base na tradição francesa. Com a decisão de promover a proclamação da República, importamos para o Brasil as bases constitucionais do modelo norte-americano. Mesmo assim, os nossos manuais de Direito Administrativo continuaram, fundamentalmente, com o mesmo repertório de institutos da época do Império. A pergunta é: como foi possível essa convivência?

A administração pública francesa havia passado a ser, desde a Revolução, o elemento de construção de uma nova ordem social. Nos Estados Unidos, como foi explicado mais acima, a administração federal foi concebida como um ente *subsidiário* aos Estados, com poderes *extremamente controlados* e com uma *submissão estrita* à lei. Isso faz também com que o *tipo de relação* que esses dois modelos de administração tenham com a lei seja diferente: a administração à francesa possui um *poder discricionário* marginalmente controlado pela ideia de excesso de poder, enquanto a administração à americana possui *discretion* para

⁴⁷⁵ COELHO, Henrique. **O Poder Legislativo e o Poder Executivo no Direito Publico Brasileiro**. São Paulo: Typographia do Diario Oficial, 1905. p. 231.

⁴⁷⁶ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado de Ciencia da Administração e Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914. p. 13 e 15.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 278-9.

interpretar os *standards* colocados na lei e é intensamente controlada pelo Poder Judiciário. Essas diferenças no papel da administração e da lei na França e nos Estados Unidos já haviam sido percebidas por Vivien na metade do século XIX:

É verdade que países livres não admitiram esse princípio [de separação de poderes na formulação francesa], mas seu exemplo é sem valor. Nas coisas que dizem respeito à administração, não se pode comparar a França à Inglaterra e aos Estados Unidos. **Lá, os poderes administrativos são tão circunscritos em suas atribuições quanto o próprio governo.** Eles se limitam àquilo que é indispensável à vida do corpo social e não vão além disso. Os cidadãos realizam eles mesmos a maior parte dos deveres que, entre nós, são confiados à administração. A centralização, da qual nós falaremos logo, é lá desconhecida. **Na França, ao contrário, a administração ocupa o espaço mais vasto e exerce as funções mais numerosas.** Ela dita suas ordens a um povo de empregados, de funcionários, de agentes de todas as categorias e espécies e de todos os graus. Não se pode portanto concluir de uma nação à outra, e aquilo que é simples, lógico, sem inconveniente, sob os regimes estrangeiros, pode ser perigoso e inaplicável sob o nosso.

As diferenças dos sistemas produziram aquelas das legislações. **A lei inglesa, a lei americana devem prever e regular todos os casos.** Como elas são aplicadas em geral pelos agentes que não dependem do governo, é necessário que sejam precisas, imperativas e expressas. Elas não convocam nenhum poder secundário para suprir suas omissões e não deixam margem alguma para a apreciação considerada daqueles que as deverão fazer executar. **Essa execução é um ato de alguma maneira mecânico, e, sob seu império, a administração um agente cego, convocado unicamente para ler um texto e segui-lo literalmente. [...]**

Não é a mesma coisa quando a lei, como na França, contenta-se em promulgar alguns princípios fundamentais, em conferir poderes gerais à administração e armá-la com certos direitos. O administrador não é mais um executor servil estritamente confinado dentro dos rigores de um texto. Verdadeiro árbitro, ele goza de liberdade moral; ele deve apelar à sua inteligência, interrogar o pensamento do legislador com o qual ele busca uma finalidade comum e da qual ele é tão intérprete quanto o ministro. Nesse sistema, a autoridade judiciária, se ela fosse autorizada a anular os atos dos administradores ou a trazê-los indistintamente perante si, poderia submeter a administração a um controle geral e ilimitado, a atraí-la inteira para si, torná-la inerte e paralisá-la em seu curso⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ VIVIEN, Alexandre François Auguste. **Études Administratives**. 3. ed. Paris: Librairie de Guillaumin & Cie, 1859. t. 1, p. 18-20. Traduzi e grifei.

É por isso que, na tradição norte-americana, a lei funciona como *fundamento* necessário da atuação da Administração Federal — o que se reflete em uma doutrina de impossibilidade de delegação de poderes normativos e de necessidade de *standards* que guiem a ação administrativa. O Direito Administrativo francês, em compensação, continua até hoje a se ver como arte de decisão — e o seu poder discricionário continua a se pensar, em seu âmago, como um espaço político, não como um espaço jurídico-silogístico de decisão.

Responde-se, feita essa digressão, à pergunta feita alguns parágrafos mais acima: nós importamos da França um Direito Administrativo que não tinha consciência das suas raízes constitucionais. Essa particular característica fez com que fosse mais fácil acoplar a ele uma *outra base constitucional* e fazer com que um sistema *híbrido* de direito público — parte norte-americano, parte francês — fosse posto em marcha. Tal caráter da República brasileira já havia sido percebido, em 1943, por Seabra Fagundes: ele percebeu que, embora os fundamentos estruturais de nosso Direito Constitucional fossem norte-americanos, os juízes brasileiros não se comportavam como seus pares daquele país. Se, nos Estados Unidos, o Judiciário analisava a razoabilidade dos atos do Poder Público com base na cláusula do devido processo legal, os juízes brasileiros continuavam pensando como nos tempos do Império — e avaliavam a regularidade da ação pública apenas com base no seu *conflito direto com direitos individuais explicitamente definidos*:

O Poder Judiciário no Brasil jamais se arrogou o contrôlo da razoabilidade e conveniência dos atos, quer da Legislatura, quer da Administração, sendo êsse um traço a considerar no confronto entre a judicial review e a nossa apreciação jurisdicional. Como é sabido, através da fixação judicial do conceito de *due process of law* e da amplitude do *police power*, o Poder Judiciário dos Estados Unidos exerce um profundo contrôlo sôbre a própria orientação política do Legislativo, na fase executória das leis. [...] Fixando os três elementos, necessidade pública, razoabilidade e não arbitrariedade da ação legislativa (e da administrativa, que dela decorre), o Judiciário controla a fundo as atividades dos outros poderes, interferindo, quasi ilimitadamente, com a sua conveniência e oportunidade. Torna-se, então, um poder predominante no mecanismo dos poderes públicos, adstringindo o procedimento dos demais, no âmbito que lhes é estritamente peculiar, ao seu modo de ver e definir os termos basilares do direito⁴⁷⁹. [...]

⁴⁷⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. Da proteção do indivíduo contra o ato administrativo injusto. **Revista do Serviço Público**, ano 6, vol. 4, n. 2, separata, nov. 1943. p. 90. Grifei.

O poder de polícia como base de restrições da liberdade e da propriedade individuais no interesse da moral, da saúde, da segurança, do conforto e do bem estar coletivos, jamais foi denegado pelo Judiciário ao legislador e ao administrador brasileiros, sob pretextos especiosos de maior ou menor latitude conceitual. **A nossa justiça sempre se cingiu a encará-lo em face dos conflitos diretos com direitos individuais explicitamente definidos**⁴⁸⁰. [...] Nos Estados Unidos, como já tivemos ocasião de observar, o juiz analisando a razoabilidade dos atos administrativos, exerce jurisdição plena e não de simples legalidade, penetra no mérito do procedimento da Administração, vincula-a ao seu critério administrativo. **Aqui nunca se deu, nem se pode dar tal ingerência, que entre os americanos decorre da cláusula due process of law**⁴⁸¹.

Na mesma linha, Victor Nunes Leal ressaltou os pontos de atrito existentes entre a tradição brasileira e o sistema norte-americano de controle dos atos do poder público — e demonstrou que nossa importação das bases constitucionais americanas foi, na verdade, *parcial*. Onde o modelo conceitual americano poderia levar a uma atuação dos Tribunais sobre a Administração que prejudicasse a "esfera de ação discricionária" tradicionalmente reconhecida à administração durante o Império, ele não encontrou solo fértil para crescer no Brasil.

Nossa concepção da divisão de poderes, lastreada pela tradição imperial da quase completa desproteção do indivíduo em face dos atos administrativos ilegais ou abusivos, não comportaria tão extensa interferência dos órgãos jurisdicionais, que constituem um poder autônomo, na atividade dos órgãos administrativos, que pertencem a outro poder. [...] Também não valeria invocar o exemplo norte-americano, **porque nunca incorporamos à nossa doutrina e à nossa jurisprudência as consequências que a construction da Corte Suprema tem extraído da larguíssima cláusula due process of law**. Sempre fomos menos judiciaristas no tocante à atividade da Administração Pública, como se pode ver, entre muitos exemplos, da inteligência restritiva que nossos tribunais costumavam dar ao princípio funcional 'enquanto bem servir', equivalente — em sua expressão literal, mas não em suas consequências jurídicas — ao *during good behavior* dos americanos.⁴⁸²

Enquanto, nos Estados Unidos, a tradição colonial do common law, levada pelos ingleses e que conferia ao juiz um papel de co-criador do direito positivo, contribuía para dilatar a competência do Judiciário

⁴⁸⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. Da proteção do indivíduo contra o ato administrativo injusto. **Revista do Serviço Público**, ano 6, vol. 4, n. 2, separata, nov. 1943. p. 91. Grifei.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 98. Grifei.

⁴⁸² LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 53, out./dez. 1948. p. 75-6. Grifei.

após a independência, entre nós, **a tradição imperial do direito escrito e da quase imunidade da Administração Pública em face do Judiciário operava em sentido inverso, levando o Poder Judiciário republicano a restringir sua interferência no campo da atividade administrativa.** Certamente, trata-se, aqui, de fatos e não de princípios, mas em toda parte a tradição se incorpora, consciente ou inconscientemente, aos demais fatores determinantes dos princípios jurídicos e o Brasil não constitui exceção.

É, pois, da nossa tradição o reconhecimento de uma esfera de ação discricionária da Administração Pública, segundo um conceito tímido de excesso de poder, o qual, de um lado, exclui a amplitude do *détournement de pouvoir* dos franceses e, de outro, define a nossa apreciação jurisdicional em limites mais estreitos que os da judicial review dos norte-americanos. À luz dessa tradição é que devemos considerar as limitações internas do poder discricionário⁴⁸³.

Victor Nunes Leal também constatou que, após a proclamação da República, o Supremo Tribunal Federal e a doutrina continuaram aferrados aos conceitos de "poder regulamentar" e "poder discricionário", de origem francesa — e que assim procediam para propiciar ao Poder Executivo uma área ampla de ação. A doutrina repetiria Pimenta Bueno para, enquanto afirmava respeitar a legalidade, também obter o benefício do amplo poder de promover a "*boa execução das leis*" que estava embutido no direito público imperial:

Cumpre advertir, porém, que o Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1891, muitas vezes contornou o obstáculo da nulidade das delegações legislativas (sustentada por eminentes juristas), ampliando o conceito do poder regulamentar do Presidente da República. **Em vez de se servir do princípio da proibição para impedir que o poder regulamentar, na frase de Pontes de Miranda, viesse a dissimular delegações legislativas, o Supremo Tribunal procedeu justamente ao contrário: fez passar como manifestações do exercício normal de uma autoridade própria, conferida diretamente pela Constituição ao Executivo, muitos regulamentos que a rigor eram autênticas leis delegadas.** [...] A Constituição de 1891 não vedava expressamente as delegações legislativas, mas os acórdãos citados tomavam esse princípio como pressuposto da argumentação, e, com fundamento nêle, **ao invés de restringirem o conceito de regulamento, como seria lógico, ampliavam esse conceito, admitindo verdadeiras e**

⁴⁸³ LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 53, out./dez. 1948. p. 77-8. Grifei.

indisfarçáveis leis delegadas como sendo manifestações do puro poder regulamentar do Presidente da República⁴⁸⁴.

Essa desconexão fica clara no próprio João Barbalho, que, de um lado, dizia que "*a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe autoriza*", nitidamente influenciado pelas bases constitucionais norte-americanas. De outro, quando se tratava de *traduzir* essa diretriz em implicações concretas, Barbalho fazia citações à doutrina de Pimenta Bueno.

De modo que, ao individuo é reconhecido o direito de fazer tudo quanto a lei não tem prohibido, e não póde ser elle obrigado sinão ao que elle lhe impõe. **Com a autoridade, porém, com os funcionarios publicos, dá-se justamente o contrario, - só podem fazer, nessa qualidade, o que a lei autorisa, como n'outra parte já expozemos.** Suas attribuições são sómente as que se acham definidas nas leis e nos regulamentos que com ellas se conformam. E é assim 1º a bem a liberdade individual e 2º da propria regularidade dos diversos serviços administrativos, que hão de ser geridos, não a arbitrio dos que os têm a seo cargo, mas observados os preceitos legaes e regulamentares que os regem⁴⁸⁵.

Fiel execução. Esta clausula contém salutar aviso; recorda que o poder de regulamentação, discrecionario quanto aos meios a preferir, tem entretanto natural limite; estes devem ser conducentes á exacta e fiel execução da lei, sem alteral-a em cousa alguma; **a este proposito cumpre lembrar, com Pimenta Bueno, que o poder executivo commetteria grave abuso em qualquer das hypotheses seguintes [...]**⁴⁸⁶

Esse desencaixe continua até hoje: nós estamos absolutamente acostumados a dizer que a lei é *fundamento* de toda ação administrativa — não com base no discurso do *Rechtstaat*, mas por influência do modelo norte-americano. Temos, por isso, um Direito Constitucional que pensa a relação da lei com a Administração com base em um modelo jurídico-silogístico. Ao mesmo tempo, quando nós passamos para o outro lado da equação e investigamos como a legalidade se concebe no Direito Administrativo, nós encontramos *a repetição da fórmula enunciada por Pimenta Bueno*, elaborada para o Estado de Direito liberal do século XIX, e com ela uma enunciação de poder regulamentar que é incompatível com a formulação norte-

⁴⁸⁴ LEAL, Victor Nunes. Delegações legislativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 378-390, jul. 1946. p. 386-7. Grifei.

⁴⁸⁵ BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira**: comentários. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992. p. 302. Grifei.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 185. Grifei.

americana⁴⁸⁷. Há duas saídas para esse conflito: ou continuamos recitando a fórmula da "legalidade-como-standards" e nos frustrando com os resultados dela na realidade (seja porque ela, como questão teórica, não é adequada para regular a atividade atualmente desempenhada por toda a administração, seja porque ela, como questão de fato, *não é seguida* no Brasil), ou então admitimos a teoria da "legalidade-como-discricionariedade-à-francesa-e-amplo-poder-regulamentar" — e passamos a ficar insatisfeitos com a dificuldade de controlar a ação do poder executivo que essa opção gera. Nenhuma dessas alternativas é satisfatória.

A opção pela "via francesa" foi consumada na Lei nº 221, de 30 de novembro de 1894. Por influência americana, ela reconhece que ações contra o Poder Público serão apreciadas pelos juízes e tribunais federais e permite ao Judiciário efetuar a análise da inconstitucionalidade das leis e regulamentos. A seguir, por influência francesa, ela afirma que essas ações deverão se fundar na lesão de direitos individuais por atos públicos e deverão demonstrar "*a lesão a um direito subjetivo*". Depois, estabelece que o Judiciário deveria anular atos administrativos apenas em casos de "*incompetência ou excesso de poder*" da autoridade administrativa, deixando intocadas a "*conveniência e a oportunidade*" dos atos impugnados. Essa fórmula — "*em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder*" — já apareceu na parte anterior deste estudo: ela é base sobre a qual a doutrina francesa desenvolveu o recurso por excesso de poder e as suas aberturas⁴⁸⁸.

Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que **se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União**. [...]

§ 3º A petição inicial conterà, além dos nomes das partes, a exposição circunstanciada dos factos e as indicações das normas

⁴⁸⁷ O Supremo Tribunal Federal chegou a dizer, em 1921, que nos termos da "*doutrina modernamente ensinada por publicistas de incontestado valor, [...]o poder regulamentar o Presidente é amplo, pôde innovar na materia legislada, sanando qualquer lacuna do acto legislativo*" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de petição n. 2987. Relator Viveiros de Castro. Julgado em 15 de janeiro de 1921. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 36, p. 146-147, 1921).

⁴⁸⁸ Criar um recurso de cassação na França e no Brasil, no entanto, traz efeitos diferentes: na França, o Conselho de Estado utiliza a sua posição institucional para *augmentar* ou *reduzir*, conforme as circunstâncias, as consequências do recurso por excesso de poder e com isso adaptar o Direito Administrativo às necessidades dos tempos. No Brasil, o Judiciário tradicionalmente porta-se com mais deferência às decisões da Administração e remete a tarefa de atualização do Direito Administrativo ao Poder Legislativo.

leaes ou principios juridicos, de **onde o autor conclua que um seu direito subjectivo foi violado por acto, medida ou decisão da autoridade administrativa.** [...]

§ 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resoluo em questão é ilegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.

a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicao ou indevida applicao do direito vigente. **A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade;**

b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionario smente será havida por ilegal **em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder.**

§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituio.

Parte da doutrina jamais deixou, no entanto, de pensar a legalidade em padrões americanos, como demonstram as citaes de Pontes de Miranda ("*O Congresso Nacional não pode delegar poderes, mas pode legislar, deixando ao Poder Executivo certa apreciao das circunstâncias, desde que a resoluo obedeça a critério que a lei fixa*") e Celso Antnio Bandeira de Mello ("*Ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigao novos. A identificao não precisa ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condies básicas de sua existência em vista de seus pressupostos*") inseridas no início deste trabalho. Essa dificuldade de saber exatamente de qual legalidade estamos falando quando olhamos para nosso Direito Administrativo faz parte do problema que enunciei na introduo. Eu voltarei a este assunto mais  frente.

§3º O enquadramento jurídico dos contratos da Administração

A. As concessões e os contratos da Administração

Na doutrina da República Velha ainda se dizia, de maneira genérica, que, quando o Estado contratava com os particulares, ele se submetia às regras do direito privado. Marginalmente, contudo, nossos manuais faziam esforços para tentar adaptar os contratos de concessão às necessidades da época: buscando autoridade na doutrina norte-americana, francesa ou alemã, novas concepções sobre a natureza jurídica da concessão começaram a aparecer. A inexistência de uma única fonte que servisse como autoridade para a doutrina, ao contrário do que ocorria durante o Império, parece ter sido resultado da mudança de base do sistema: desorientada entre um Direito Constitucional americano e um Direito Administrativo europeu, a doutrina volta-se para lugares diferentes tentando extrair fundamentos para construir um Direito Administrativo nacional. As principais posições apresentadas pelos manuais da época serão sumarizadas a seguir.

Viveiros de Castro entende que *"a administração, quando contracta [...] não age considerando o particular como membro subordinado ao Estado e sim como pessoa substantiva que determina a sua vontade segundo o contracto. Si ella impõe a sua vontade por interesse publico não contracta, manda"*⁴⁸⁹. A concessão seria *sui generis* em sua estrutura: ao deliberar sobre o seu conteúdo, o Governo age como *"poder público, como autoridade, discrecionariamente"*, e *"não há princípio algum que possa coarctar a sua liberdade, impedindo-o de estabelecer as condições que julgar convenientes"*. Depois da expedição do decreto de concessão, entretanto, *"cessa em absoluto a sua liberdade de acção [do Governo] e, como parte, fica obrigado a respeitar o que estiver estipulado"*. Ainda que a doutrina sobre o ponto não tivesse adquirido a *"desejada nitidez"*, a concessão era *"um contrato synallagmatico, a titulo oneroso e comutativo"*. Ele cita, a seguir, Ducrocq — afirmando que as regras relativas ao contrato de concessão acham-se geralmente nas *cláusulas* de cada contrato —, e Aucoc — para quem a concessão era uma *"convenção com uma feição especial sem similar no Direito Civil"*⁴⁹⁰. Ele estava

⁴⁸⁹ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914. p. 256.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 263-4.

definindo o instituto, como se percebe, *a partir do paradigma contratual do século XIX*⁴⁹¹ — e a "doutrina jurídica" de Viveiros de Castro sobre o instituto ressalta, por isso, a "*natureza contratual*" da concessão, assim como a relevância que as suas cláusulas possuem na determinação dos poderes dos quais o Estado poderia dispor:

Resumindo os ensinamentos dos mestres, formularei a doutrina jurídica sobre a concessão administrativa pelas formulas seguintes:

I. Expedindo um decreto de concessão, o Estado age como poder publico soberano, discricionariamente, e não ha principio algum que possa coarctar a sua liberdade de acção e impedir que elle estabeleça as condições que julgar convenientes.

⁴⁹¹ Embora Viveiros de Castro certamente **conhecesse** a doutrina alemã. Ao examinar a relação do Estado com os funcionários públicos, sua explicação é *inteiramente* baseada na dogmática alemã da segunda metade do século XIX e transcreve partes da argumentação de Laband. Leia-se: "*E a razão de não ser funcionario não consiste no facto de desempenhar as suas funções de fôrma não permanente, e sim em ser o dever de serviço uma modalidade do dever de subdito. Mas existe uma terceira classe de — relações de serviços — que reúne os traços característicos das duas já estudadas, isto é, por um lado, tem por base uma convenção livre e voluntaria e, por outro lado, tem no seu conteúdo uma — relação de poder. A história do direito privado nos oferece um exemplo classico duma relação deste genero na vassallagem. [...] A relação entre o vassallo e o suserano não era formada por um — dare facere praestare oportere — reciproco, mas pelo — mundeburdium (defensivo) e fides. A relação de serviço que une o funcionario ao Estado é da mesma natureza, sendo, porém, de direito publico. Esta relação suppõe um contracto que a estabelece, isto é, um consentimento especial para cada caso. É necessario que o Estado declare a sua vontade de tomar algum, individualmente determinado, para o seu serviço, e que esse individuo consinta em entrar para o mesmo serviço. Mas este contracto não é de direito obrigatorio; elle funda uma relação de poder do Estado, um dever particular de serviço, de obediencia, de fidelidade do funcionario, e impõe ao Estado o dever de protegê-lo e pagar a remuneração estabelecida para os seus serviços. Aqui tambem o que é essencial é o dever do Estado de proteger o funcionario no exercicio de suas funções; a remuneração dos serviços é a regra, mas não é essencial. O funcionario que falta ao seu dever de serviço não viola um contracto, commette um delicto (vergehen), um — delicto disciplinar — correspondente á felonía do vassallo. Cumprir os deveres de funcionario não é se conformar com os termos dum contracto, é desempenhar o dever de fidelidade e de obediencia que se acceitou. Assim, pois, o serviço do funcionario se distingue do do subdito, porque este não se obriga a executá-lo por uma decisão da sua vontade livre, e se distingue do serviço dum homem alugado pelo Estado, porque esse homem é um contractante com os mesmos direitos que o dicto Estado.*" (CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914. p. 568-9. Grifei). Estranhamente, ele também cita Otto Mayer, fora de contexto, para dar suporte à sua concepção de concessão. A citação, que vem logo depois da referência à posição de Aucoc, é: "*as regras que regem este contracto não estão as mais das vezes nem nos textos de leis, nem nos regulamentos, e sim nos proprios actos de concessão e nas clausulas peculiares a cada empresa. Outra não é a lição de Otto Mayer: 'O acto juridico da concessão estabelece direitos e obrigações para o concessionario em relação ao concedente. Os detalhes são determinados pelas clausulas do contracto.*" (MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand**. Paris: V. Girard & E. Brière, 1905. p. 264). Essas evidências apontam na direção de uma **apropriação seletiva** da doutrina estrangeira: Viveiros de Castro não parece ter sido movido por um conjunto comum de princípios: ele recepcionou partes da doutrina estrangeira na medida em que elas fossem adequadas ao conjunto de institutos que queria modelar aqui.

II. A alludida expedição, porém, constitue uma auto-limitação dessa liberdade; **a concessão se converte em contracto bilateral, fonte de direitos e obrigações para as duas partes contractantes.**

III. **O contracto de concessão tem uma feição especial, sem similar no direito civil. As regras que regem o alludido contracto não se encontram geralmente nos textos de lei nem nas disposições regulamentares, e sim nas clausulas contractuaes peculiares a cada concessão. [...]**

VI. Em regra toda concessão sobre o dominio publico é revogavel. Mas, quando se trata de obras publicas, como ha capitaes particulares empregados no serviço, o *direito de revogação* se transforma em direito *de resgate*, **estabelecendo as clausulas contractuaes o prazo e as bases para a sua decretação.**

VII. **Salvo expressa clausula contractual em contrario**, a concessão sempre se presume ter sido feita sob a reserva do interesse publico e, portanto, não póde servir de obstaculo ao direito do Governo de fazer uma nova concessão, ainda que prejudique a primeira. O concessionario devia prevêr a eventualidade duma concorrência, uma vez que o interesse publico o exigisse, e assim não tem direito a ser indemnizado. [...]

XII. **Si o concessionario não cumprir as suas obrigações contractuaes**, a Administração decretará a caducidade da concessão, salvo o direito do concessionario de recorrer ao Poder Judiciario se entender que não houve justa causa para a decretação da caducidade⁴⁹².

Amaro Cavalcanti adota uma perspectiva inteiramente diferente e tenta modificar a teoria do contrato de concessão a partir da tradição norte-americana⁴⁹³. De início, frisa que "*no Brasil jamais se pôs em dúvida que as pessoas jurídicas de direito público, nomeadamente o Estado, sem embargo da maior somma de poder e privilégios, que caibam institucionalmente á cada uma dellas, se acham sujeitas ás leis civis ou ao direito commum quanto aos efeitos das suas relações com as pessoas do direito privado*"⁴⁹⁴, e, dentre os privilégios tradicionalmente concedidos ao Estado pela lei brasileira, indica a prerrogativa de serem julgados administrativamente "*os litígios concernentes ao cumprimento, interpretação, validade, rescisão, e efeito das fianças, e bem assim os contractos celebrados com*

⁴⁹² CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado de Ciencia da Administração e Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914. p. 266-7. Grifei. Os itálicos são do original.

⁴⁹³ Que conhecia de perto por ter estudado, em 1880-1881, na Escola de Direito da Union University, em Nova York — como se lê na dedicatória de seu livro.

⁴⁹⁴ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905. p. 477.

a administração pública tendo, por objecto, rendas, obras ou serviços públicos á cargo da mesma administração"⁴⁹⁵. Esclarecia, depois, que na República não havia mais nenhum contencioso administrativo organizado que pudesse subtrair o conhecimento de causas dos Tribunais; existia, de maneira paralela ao Judiciário, apenas o Tribunal de Contas, criado pela lei 392 de 1896.

As concessões, mesmo assim, eram vistas como contratos *sui generis*, nos quais o poder público jamais poderia "abdicar a sua atribuição essencial de superintender os modos de execução do privilégio concedido, a dizer, o direito de modificar-o, de corrigil-o, si for mister, de accordo com as exigencias do bem publico nas circunstancias"⁴⁹⁶. A prerrogativa "inherente ao poder publico, de regular a acção dos individuos e das associações particulares em geral" era o "fim legitimo da instituição ou organização do próprio poder público", e não se poderia, assim, "duvidar de [sua] subsistencia [...] com relação aos individuos ou associações privilegiadas pelo dito poder"⁴⁹⁷. No entanto, ele ainda reconhecia uma natureza **contratual** à concessão, indicando que o concessionário poderia obstar a intervenção do poder concedente "naquillo, e até onde, este se haja obrigado efectivamente a não intervir"⁴⁹⁸.

[...] o mesmo não poderá jámais obstar a intervenção do poder concedente, senão, naquillo, e até onde, este se haja obrigado efectivamente a não intervir. Donde, sem outras razões ou argumentos, é licito concluir, que, si o poder concedente de um privilegio não se tiver obrigado, por clausula expressa, a abster-se de taes e taes actos, concernentes aos *modos* da sua execução ou exploração; é indiscutivel, que o mesmo se *reservou* inteira competencia a esse respeito, isto é, — competencia para modificar as regras da sua execução, senão quanto á *substancia do privilegio*, certamente em tudo que se referir aos meios praticos de uma melhor fiscalisação em vista do bem publico, que deve ser realizado. E si dahi resultarem novos encargos para o concessionario, este deverá satisfazel-os, como obrigações suas, implicitamente contrahidas, legitimas e consequentes do proprio privilegio, de que se acha investido, sem que lhe possa aproveitar a allegação, de que se trata de uma infracção contractual por parte do concedente⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905. p. 477-8.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 547.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 548.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 548.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 548. Grifei.

Cavalcanti dizia que a concessão poderia ser fundada em um contrato *ou* em um outro ato diferente de discricção administrativa. Quando sua base fosse um contrato, *"este se [tornaria] a lei entre o poder publico concedente e o concessionário, este se torna a lei entre o poder publico concedente e o concessionario, do mesmo modo que se fosse celebrado entre dois individuos particulares, a dizer, as estipulações, clausulas e condições, constantes do instrumento, ficam sendo a regra e a medida dos direitos dos contractantes, salvas tão somente as restricções implicitas, inherentes á qualidade essencial do poder publico"*. O Estado deveria ressaltar no contrato as prerrogativas que desejaria se reservar: *"uma vez perfeito e acabado o acto jurídico, é deste que devem decorrer os direitos e os seus efeitos consequentes"*. Quando a concessão estivesse baseada em um ato discricionário da administração, ela se regia por outro princípio: ficava subentendido que o poder concedente se reservava o *"pleno direito de alterar ou modificar os modos e condições funcionaes da concessão, desde que o interesse publico assim o reclame"*⁵⁰⁰. No primeiro caso, Cavalcanti parece ter pensado nas concessões de trabalhos públicos, feitas mediante contrato; no segundo, em concessões de privilégios. O exemplo que ele fornece é da concessão de um privilégio para a fundação de uma faculdade de direito. Esse privilégio envolve a equiparação da faculdade em questão aos institutos oficiais semelhantes. Aqui surge o problema que chama a atenção de Cavalcanti: caso o Estado mudasse as regras aplicáveis aos institutos oficiais, deveria também poder mudar as regras aplicáveis às faculdades que previamente houvesse autorizado. Se assim não fosse, anota ele, *"o resultado seria um enorme absurdo"*:

Não póde ser. Na concessão de favores, que o poder publico faz discricionariamente, elle não fica sujeito ás clausulas de um verdadeiro contracto (executed contract, como dizem os juristas americanos), mas confere apenas um beneficio sob a condição subentendida, senão, ás vezes expressa, de que os modos da sua exploração ou goso serão alteraveis, conforme as exigencias do bem da collectividade, em vista do qual foram, precisamente, concedidos os favores em questão. Ou, usando da linguagem de notavel professor: *"as concessões de direitos de poder publico, quaesquer que sejam, não dão jamais ao concessionario o proprio direito, mas, tão somente, o exercicio do direito, isto é, uma posse precaria"*. Consequentemente, as condições *modaes*, inseridas

⁵⁰⁰ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905. p. 549.

no instrumento da concessão, não tem o carácter de perpetuidade; constituem o modelo da ocasião de acordo com a lei existente. Alterada esta, o novo modelo prescripto passa a ser a regra obrigatória, que a instituição concessionária fica sujeita a adoptar, e sob os novos meios de fiscalização que porventura pareçam também de melhor efficacia⁵⁰¹.

Cavalcanti inclui algumas referências, em rodapé, a Hauriou (1900), Laferrière (1860) e Batbie (1885) quando examina a natureza da concessão enquanto ato unilateral, mas explica que o fundamento da sua posição são as regras e princípios que "*prevalecem na jurisprudência norte-americana, circunstancia que não póde deixar de mercer preponderancia entre nós, visto termos transplantado dalli as normas do direito publico que ora vigora em nosso paiz*"⁵⁰². Por isso, ele examina uma série de casos em que cortes americanas entenderam que a assinatura de um contrato, pelo Estado, não implica de qualquer maneira uma renúncia aos seus *police powers*.

Considerando o momento em que seu livro é editado (1905), ele de fato ainda não poderia ter desenvolvido uma teoria especial das concessões com base na doutrina francesa: nós vimos no título anterior que, em 1902, embora já houvesse alguma pressão sobre o paradigma da "concessão como contrato privado", a teoria francesa do contrato administrativo estava ainda em vias de consolidação. Foi na experiência *norte-americana* que ele procurou fundamento para dizer que o Estado, mesmo quando contrata, pode preservar os seus poderes de polícia de maneira irrestrita. Assim, em suporte à teoria que buscava defender, citou decisões da Suprema Corte norte-americana defendendo a aplicação do poder de polícia do Estado para alterar os artigos das *cartas de incorporação* de pessoas jurídicas — há nos Estados Unidos uma doutrina que assemelha essa relação entre Estado e pessoas jurídicas a um *contrato*, e impede que o Estado elimine privilégios especiais que tenha dado a uma companhia cuja incorporação autorizou⁵⁰³. Depois, adaptou

⁵⁰¹ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905. p. 550-1. Grifei.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 551.

⁵⁰³ Existe uma longa tradição no direito anglo-americano de conceber a possibilidade de criação de pessoas jurídicas como um *privilégio* reconhecido pelo Estado. Quando Cavalcanti examina a jurisprudência sobre alteração de cartas de incorporação, é esse fenômeno que ele está capturando em seu campo de análise — não se trata de "contratos de concessão" similares aos existentes no direito francês. Trata-se de uma doutrina que via um "contrato" entre o Estado e uma *corporation* que é "incorporada" pelo Estado (cuja comparação com os contratos de concessão

essa teoria para os contratos de concessão conhecidos no Brasil: o Governo dispunha dessa mesma posição decorrente de seu poder de polícia, o que fazia com que ele de fato não fosse igual ao seu contratante privado; como, no entanto, a concessão continuava sendo um *contrato*, ele não poderia impor ao contratante condições que não se achassem contratualmente previstas:

É principio fundamental do direito administrativo, geralmente consagrado nos diversos codices — que, muito embora o Governo aceite o papel de *parte* nos contractos (de concessão de privilegios, de construcção de estradas de ferro, de portos, etc), que faz com os particulares, não se despe por isto das suas funcções proprias, ou melhor dizendo, da sua qualidade de *fiscal constante* dos interesses publicos. E é a razão, porque o mesmo, não obstante ser uma parte contractante, continua a *despachar* ou *decidir* as questões concernentes ou as reclamações da outra parte contractante, a expedir instruccões, á regular os serviços, e até a impor certas penas, desde que semelhantes actos se tornem precisos á boa execução do respectivo contracto. Quem contracta com Governo ou poder publico sabe de antemão que isso assim é, e assim não pode deixar de ser; não trata com uma parte, de igual a igual, na inteira acepção destes termos; ainda que, em virtude do contracto, tanto o Governo, como o individuo particular, tenham assumido obrigações bilateraes reciprocas aos olhos do direito. **Por certo que há um limite posto á essa qualidade superior da parte Governo: este não pode, pela sua vontade exclusiva, alterar a natureza, especie ou substancia das obrigações tomadas; não pode igualmente impor ao outro contractante novos encargos e condições, que se não achem, explicita ou implicitamente, previstas nas clausulas do contracto;** e si o fizer, commeterá uma violação das obrigações contractuaes, e pela qual terá de responder, como qualquer individuo, segundo ás regras do direito commum. Toda vez, porém, que no contracto haja clausulas expressas, reconhecendo ao Governo o uso ou o exercicio de taes e taes faculdades, mesmo de *manifesta desigualdade* relativamente ao

franceses é justificável porque, por vezes, *privilégios* semelhantes às concessões eram outorgados por meio da inclusão de cláusulas especiais dentro dessas cartas de incorporação.). Sobre o problema da incorporação de pessoas jurídicas no direito anglo-americano, ver os ensaios *The Corporation Sole* e *The Crown as Corporation* de F.W. Maitland. Em: FISHER, H.A.L. (org.). **The Collected Papers of Frederic William Maitland**. Cambridge: The University Press, 1911. v. 3, p. 210-243 ("The Corporation Sole") e 244-270 ("The Crown as Corporation"). Nos Estados Unidos, a visão de que a relação entre o Estado e a companhia cuja incorporação ele autoriza é um contrato estabeleceu-se a partir da decisão da Suprema Corte *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat) 518 (1819). Por isso encontramos o seguinte trecho na argumentação de Cavalcanti: "*Cooley ensina que uma carta-patente (a charter) deve ser considerada — como concedida sob a condição, de que a associação fica sujeita aos regulamentos precisos, e a dirigir os seus actos conforme ao que fôr prescripto pela Legislatura,— desde que as novas prescripções não impeçam o goso material do privilegio, e sirvam somente para assegurar os fins, para os quaes a associação foi organizada. O limite do poder publico a respeito é substancialmente este: 'os regulamentos se devem referir ao conforto, segurança e bem - estar da sociedade...' Em uma palavra, devem affectar ao exercicio ou ao modo de explorar o privilegio, e não á substancia do mesmo*".

outro contractante, é, sem duvida, direito do Governo resolver e agir de accordo com as mesmas, independentemente de qualquer intervenção extranha⁵⁰⁴.

O Supremo Tribunal Federal, levando ao extremo a teoria de que o Estado se equipara ao particular nos contratos que firma, já havia proferido várias decisões no final do século XIX entendendo que o Governo não poderia declarar, por ato seu, a rescisão ou caducidade de contrato em que fosse parte: mesmo que tal prerrogativa lhe fosse *contratualmente conferida*, a rescisão do contrato por ato próprio implicaria a ocupação da posição de "parte e juiz ao mesmo tempo" — o que era inaceitável⁵⁰⁵. Amaro Cavalcanti critica fortemente essa orientação: se o poder de rescisão estivesse previsto em contrato, ao Estado deveria ser reconhecida a *mesma prerrogativa* que qualquer outro contratante privado teria diante dela.

Trata-se, em suma, de uma teoria "mista": de um lado, Cavalcanti busca inspiração na doutrina e na jurisprudência norte-americanas para precisar a natureza jurídica de atos de concessão e da sua relação com os poderes de polícia do Estado. De outro, ele reconhece que, nos casos em que a concessão fosse feita por meio de um *contrato*, embora fosse *natural* que o Governo nelas possuísse uma certa preeminência, os poderes que poderiam ser utilizados contra o particular dependiam de *previsão contratual* — explícita ou implícita. Há uma semelhança entre a estrutura da teoria de Cavalcanti e a teoria em vias de afirmação na França: nos dois casos, tenta-se fazer com que os poderes de polícia gerais do Estado pudessem interferir mais e mais sobre uma relação jurídica que havia sido originalmente estabelecida por meio de um contrato.

Em Alcides Cruz nós encontramos uma *terceira* perspectiva, baseada na teoria alemã. Sua obra enuncia que "*uma grande parte da actividade administrativa do Estado, ninguém o deixa de reconhecer, póde sujeitar-se aos princípios do direito civil*" — como quando "*o Estado actúa em virtude de um contracto com*

⁵⁰⁴ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905. p. 551. Grifei.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 511. Cavalcanti também advertia em nota de rodapé que: "*é, todavia, de saber que, a despeito das decisões acima citadas do S. T. F. recusando peremptoriamente ao Governo o direito de rescindir os proprios contractos, nem por isto, seria difficil mencionar tambem decisões do mesmo Tribunal,—igualmente confirmativas de despachos de rescisão e caducidade proferidos pelo Governo...* Neste sentido, alem de outros, se podem vêr os seguintes *Accordams*: de 19 outubro, e 16 dezembro 1895; de 15 dezembro 1897; de 28 outubro 1898; de 17 maio 1899 ; etc, etc." (*Ibidem*, p. 512. Grifei).

*particulares*⁵⁰⁶. No entanto, seguindo a concepção alemã, Cruz dizia que ver a relação entre o funcionário e o Estado decorria do exame de "um só aspecto do problema": estruturalmente, como havia uma prestação de serviços e o pagamento de um valor a quem o presta, essa relação poderia aparentar ser um contrato. Com o "*devido cuidado*", contudo, percebia-se que essa relação "*escapava da esfera do direito privado para recair na do direito público*":

O que induz, á primeira vista, a parecer um contrato, é o exame de um só aspecto do problema, visto que de um lado ha uma prestação de serviços e de outro um estipêndio a quem o presta. Foi o que deu margem a que se considerasse o assunto como uma locação de serviços. **Examinando-o, porém, com o devido cuidado, resulta primeiramente, que a relação jurídica ora considerada, escapa da esfera do direito privado para recair na do direito público, onde as recíprocas relações entre o Estado e os particulares estão submetidas a um regime muito diferente daquele que rege as relações entre os particulares, simplesmente**⁵⁰⁷.

O modelo alemão, aplicado por Alcides Cruz à relação entre o Estado e seus funcionários, era também aplicado ao contrato de concessão. A concessão era definida como "ato, não propriamente contrato", cujo efeito era produzir uma "situação jurídica" que produzia, a partir da "aceitação" do concessionário, direitos e obrigações:

O particular, a empresa ou a sociedade anonima não póde construir estrada de ferro alguma sem que obtenha do governo a competente autorização, que é dada em forma de concessão, pela qual o concessionario adquire o uso e o gozo da exploração do serviço durante certo e determinado tempo, findo o qual a estrada de ferro com todos os seus accessorios, bem como o material rodante são devolvidos ao governo, que fez a concessão, sem dar direito a nenhuma indemnização (dec. n. 5561 de 28 de fev. de 1874). Verificada pelos meios legais a concessão, o concessionario passa a ocupar o lugar do concedente (União, Estado ou Municipio); é subrogado portanto nos direitos do concedente. **Por este acto, não propriamente contracto, o concessionario passa a ter não só deveres como direitos. Não é um contracto, porque toda a concessão em direito publico é um acto administrativo cujos principios lhe são applicados, em conformidade do seu conteúdo.** Tal como todo o acto administrativo, a concessão: I) só póde emanar de autoridade que tenha competencia para isso; II) **cria**

⁵⁰⁶ CRUZ, Alcides. **Direito Administrativo Brasileiro**: Exposição Summaria e Abreviada. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1914. p. 139.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 42. Grifei.

uma situação jurídica para o concessionário, traduzida nos direitos que este começa a usufruir e nas obrigações correspondentes, às quaes se submetem em virtude da aceitação da concessão; III) só produz efeitos depois da notificação ao interessado. O acto jurídico da concessão criou para o concessionário: a) direitos e obrigações para com o concedente, isto é, para com o poder publico; b) direitos e obrigações para com o publico⁵⁰⁸.

Havia ainda posições mistas. Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, em 1908, também partia do pressuposto de que "*o contracto celebrado com o governo — federal, estadual ou municipal — embora autorizado por lei, ou por lei posteriormente aprovado, não constitue lei e está sujeito ás mesmas disposições de direito comum que regem em geral a interpretação da vontade das partes*", citando em sustentação a essa afirmação a doutrina administrativista do Império⁵⁰⁹. A seguir, todavia, diferenciava um **contrato** de uma **concessão**: no contrato, haveria acordo de vontades e escolha voluntária da pessoa com quem um vínculo seria estabelecido; na concessão, há concorrência pública, princípio fundamental na administração republicana, e a escolha fica apenas no terreno das vantagens de preço e condições. Mesmo assim, haveria um "*contrato bilateral no fundo de toda concessão*", e com acerto seria possível concluir que "*o contrato de concessão é em seu conjuncto um contracto sui generis, pertencente ao direito administrativo e, portanto, exorbitante do nosso assumpto*"⁵¹⁰.

Essa, ao menos, é a posição oficial de Carvalho de Mendonça — ela corresponde ao que ele diz no corpo de seu texto. Em notas de rodapé, ele faz uma *longa* digressão sobre a natureza jurídica da concessão em que examina as posições da doutrina francesa (Batbie, Hauriou), alemã (Mayer) e italiana (Raneletti, Mantellini, Giorgi). Primeiro, ele identifica três alternativas na doutrina: (a.) contrato de direito privado, (b.) ato unilateral e (c.) composição entre um ato de império e um contrato. A seguir, faz sua avaliação: "*a theoria do contracto deve ser rejeitada, pois que as concessões só são feitas em relação ás cousas publicas, extra commercium, e os contractos, ao envez, só se fazem a respeito de cousas que estão in commercium. A propria forma em que a concessão é feita — o Decreto — repugna a*

⁵⁰⁸ CRUZ, Alcides. **Direito Administrativo Brasileiro**: Exposição Summária e Abreviada. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1914. p. 231-2. Grifei.

⁵⁰⁹ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações, ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito**. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908. p. 940.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 941-2.

concepção do contracto". Até aqui, temos apenas objeções que seriam superáveis pela teoria francesa do século XIX. Depois, no entanto, Carvalho de Mendonça adota uma parte dos fundamentos da teoria alemã — "*depois, obrando jure imperii, com o intuito do interesse publico, a administração não se vincula de um modo irrevogavel. Ella mantém na concessão o mesmo jus imperii, pode modificar as clausulas, a modalidade dos direitos concedidos e isso exclue ainda a idéa de um contracto no qual é de substancia que um dos contratantes jamais fique á mercê da vontade de outro*". A despeito disso, ele entende que a teoria do ato unilateral era "*difícil de ser sustentada*", pois na verdade havia uma composição entre um decreto e de um *contrato administrativo* impondo algumas condições que o poder público se obrigava a respeitar — produzindo um "*verdadeiro vinculum juris*" entre Administração e concessionário e "*creando para este uma acção ex contractu*"⁵¹¹.

Na sua concepção, *misturam-se* elementos das tradições francesa e alemã: o argumento de que o Estado "*mantém o mesmo jus imperii e pode modificar totalmente as cláusulas dos contratos*", em 1908, *não fazia parte do cânone francês* — nem mesmo a sua formulação atual é essa. A sua utilização decorre de importação das ferramentas da doutrina alemã, que Carvalho de Mendonça demonstra conhecer a partir das citações que faz. A conclusão de que se estava diante de um contrato *sui generis* resultante da composição entre um decreto e um contrato está afinada com a teoria francesa. As duas partes de sua equação, a rigor, não deveriam andar juntas, mas Carvalho de Mendonça combina-as na sua concepção do instituto. Essa combinação de elementos de tradições diferentes apareceria também em um importante precedente do STF.

B. O posicionamento da doutrina e da jurisprudência

A jurisprudência do período está majoritariamente afinada **com a teoria contratual do século XIX** e com **a teoria norte-americana**. Nós temos, ao longo de todo o período, disputas judiciais em que a Administração *tenta* manejar poderes de autoridade, e encontra a rejeição do Judiciário sempre que esses poderes não estão lastreados em uma *expressa previsão contratual*.

⁵¹¹ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações, ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito**. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908. p. 943.

Há um célebre acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 1908⁵¹², que foi posteriormente tido pela doutrina como responsável pela recepção da teoria francesa do contrato administrativo entre nós. Essa visão está equivocada. Como explicarei a seguir, esse acórdão, fiel ao espírito da sua época, afirma um modelo de concessão que fica **entre a teoria do século XIX**, incorporada à tradição brasileira, e **a teoria norte-americana**. Em 1908 a teoria francesa ainda estava em vias de formação. Seria despropositado pretender que o Supremo Tribunal Federal tivesse criado a teoria do contrato administrativo *antes mesmo* da sua consolidação na França. O voto condutor, ademais é de *Amaro Cavalcanti* — que já havia publicado seu *Responsabilidade Civil do Estado* em 1905 e sinalizado que via elementos norte-americanos nas bases constitucionais da República brasileira. Esse acórdão, efetivamente, apresenta algumas inovações, mas ele não introduz entre nós a doutrina francesa — salvo no que diz respeito à possibilidade de associar em associar o contrato de concessão a um *serviço*, não mais apenas a um *bem público*.

1. A decisão do Supremo Tribunal Federal de 26 de agosto de 1908

Em 1908, o Supremo Tribunal Federal analisou uma disputa entre a Companhia Docas de Santos (a "Docas") e a União Federal. A Docas havia firmado, em 1888, um contrato de concessão com a União para a realização de obras de melhoramento do porto de Santos. Esse contrato, elaborado de acordo com o decreto nº 1.746, de 13 de outubro de 1869, permitia ao Governo supervisionar a atividade da concessionária para "*inspeccionar a execução e o custeio das obras*", bem como para "*verificar si os lucros líquidos della [eram] superiores a 12% para o fim de fazer a redução geral das taxas*"⁵¹³. A União, durante a execução das obras,

⁵¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Companhia Docas de Santos v. União Federal*. Relator *ad hoc* Min. Amaro Cavalcanti. Julgado em 26 de agosto de 1908. O acórdão está publicado na **Revista de Direito**, ano 3, v. 10, p. 70-88, 1908. Os grifos feitos nas transcrições são meus.

⁵¹³ Eis o seu conteúdo. Os dispositivos mais importantes para a compreensão da decisão do Supremo Tribunal foram grifados por mim:

Art. 1º Fica o Governo autorizado para contractar a construção, nos diferentes portos do Imperio, de dócas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação, sob as seguintes bases:

§ 1º Os emprezarios deverão sujeitar á aprovação do Governo Imperial as plantas e os projectos das obras que pretenderem executar.

§ 2º Fixarão o capital da empresa, e não poderão argumental-o ou diminuil-o sem autorização do Governo.

requereu com base em tais cláusulas a *exibição dos livros* da concessionária para verificar *quais custos* estavam sendo registrados, em sua contabilidade, como base de remuneração. Recebeu uma negativa da concessionária, e então efetuou tal pedido em sede judicial. A Docas defendeu-se vigorosamente alegando, dentre outras coisas, que (a.) a concessão era um "*contrato civil*" e que seus livros estavam protegidos pelo *sigilo* previsto no Código Comercial; (b.) como suas obras ainda estavam em curso, o capital da empresa ainda não estava totalmente constituído; sua conta só deveria ser encerrada quando da "*recepção definitiva*" de seus trabalhos, e antes disso não seria possível proceder a qualquer redução de taxas; e que (c.) a intervenção do Governo sobre a parte econômica da concessionária não era decorrência de qualquer concessão: ela só poderia ser aplicada àquelas

§ 3º O prazo da concessão será fixado conforme as dificuldades da empresa, não podendo ser em caso nenhum maior de 90 annos. Findo o prazo ficarão pertencendo ao governo todas as obras e o material fixo e rodante da empresa.

§ 4º A empresa deverá formar um fundo de amortização por meio de quotas deduzidas de seus lucros liquidos, e calculadas de modo a reproduzir o capital no fim do prazo da concessão. A formação desse fundo de amortização principiará ao mais tardar, 10 annos depois de concluidas as obras.

§ 5º **Os empresarios poderão perceber, pelos serviços prestados em seus estabelecimentos,** taxas reguladas por uma tarifa proposta pelos empresarios e approvada pelo governo imperial. **Será revista esta tarifa pelo governo imperial de cinco em cinco annos; mas a redução geral das taxas só poderá ter lugar quando os lucros liquidos da empresa excederem a 12%.**

§ 6º Poderá o governo conceder ás companhias de dócas a faculdade de emittir titulos de garantia das mercadorias depositadas nos respectivos armazens, conhecidos pelo nome de warrants. Em regulamento especial deverá estabelecer as regras para emissão destes titulos e seu uso no Imperio.

§ 7º O governo poderá encarregar ás companhias de dócas o serviço de capatazias e de armazenagem das alfandegas. Expedirá neste caso regulamentos e instrucções para estabelecer as relações da companhia com os empregados encarregados da percepção dos direitos das alfandegas.

§ 8º **Em cada contracto estipulará o governo as condições que julgar necessarias para assegurar a mais minuciosa e exacta fiscalisação e arrecadação dos direitos do Estado.**

§ 9º Ao governo fica reservado o direito de resgatar as propriedades da companhia em qualquer tempo depois dos 10 primeiros annos de sua conclusão. O preço do resgate será fixado de modo que, reduzido a apolices da divida publica, produza uma renda equivalente a 8% **de todo o capital effectivamente empregado na empresa.**

§ 10. Os empresarios poderão desapropriar, na fórma do Decreto n 1664 de 27 de Outubro de 1855, as propriedades e as bemfeitorias pertencentes a particulares, que se acharem em terrenos necessarios á construcção das suas obras.

§ 11. **O governo fará inspeccionar a execução e o custeio das obras, para assegurar o exacto cumprimento dos contractos que houver estabelecido.**

§ 12. **Os armazens das dócas construidas pelos empresarios gozarão de todas as vantagens e favores concedidos por lei aos armazens alfandegados e entrepostos.**

§ 13. As empresas estrangeiras serão obrigadas a ter representantes nas localidades em que tiverem seus estabelecimentos, para tratarem directamente com o governo imperial. As questões que se suscitarem entre o governo e os empresarios, a respeito dos seus direitos e obrigações, poderão ser decididas no Brasil por arbitros, dos quaes um será de nomeação do governo, o outro do empresario, e o terceiro por accordo de ambas as partes, ou sorteado.

Art. 2º Ficão revogadas as disposições em contrario.

concessionárias que recebessem garantias de juros ou de renda. Dentro desse contexto, (d.) como não havia cláusula contratual expressamente obrigando a Docas a proceder à exibição de seus livros, tal exigência era ilegal. O juiz federal Henrique Vaz Pinto Coelho, em 15 de julho de 1908, julgou procedente a ação, ordenando a expedição de mandado contra a Docas. Irresignada, ela agravou para o Supremo Tribunal Federal⁵¹⁴.

A União Federal tinha a favor de si as previsões do decreto nº 1.746 e do contrato que falava em poderes para fiscalizar "a execução e o custeio de obras" e a necessidade de regular, via fixação de taxas, o retorno do capital investido. Se olhasse para os precedentes do Conselho de Estado, ela também encontraria apoio na decisão proferida em 10 de janeiro de 1874, em que o Conselho autorizou a Província de São Paulo a examinar os livros da Companhia Sorocabana para o fim de *excluir*, da base de remuneração associada à concessão, os custos necessários à emissão de ações na Europa. A previsão do decreto nº 1.746, de 1869, poderia ter sido interpretada *à luz* daquela decisão. A conclusão seria: se a Província, durante o Império, tinha poderes para investigar a contabilidade de concessionárias para o fim de fixar tarifas que remunerassem adequadamente o capital investido, o mesmo poder deveria estar disponível à República — ainda mais quando a República pretendia exercer esse poder com base em um contrato firmado *durante o Império* e com uma redação que sustentava o exercício do mesmo poder em casos análogos. A Docas defendia-se com a tese da "natureza civil" da concessão, do "sigilo comercial" de seus livros e com a necessidade de "previsão textual do poder de exigir a exibição dos livros". Não é difícil imaginar como essa disputa acabou. Isso não é difícil porque **não é preciso invocar a teoria moderna do contrato administrativo** para solucioná-la de maneira favorável ao Estado: a **teoria do século XIX**, que via na concessão um direito *sui generis* sobre um bem ou direito integrante do patrimônio público e admitia que nela fossem previstos poderes "derrogatórios" do Direito Civil, já seria suficiente.

Não foi exatamente isso, todavia, que fez o Supremo Tribunal Federal.

O acórdão inicia afirmando que "*uma concessão é antes de tudo um acto administrativo ou de Poder Publico, pelo qual se delega o exercicio de certos direitos*

⁵¹⁴ A referência à sentença está em RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**: 1899-1910. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. t. 2. Defesa do Federalismo. p. 176.

de Poder Público (Hauriou - *Droit Adm.*, ns. 300, 308 e 494) a um indivíduo ou associação privada sobre uma parte do domínio público...". Não se havia, até aqui, saído do paradigma do século XIX: está-se examinando a natureza das concessões em geral, não das concessões para a execução de trabalhos públicos. Uma inovação aparece logo a seguir: "... ou sobre uma parte da própria administração pública, uma vez que outra coisa não é a obra e o serviço dos portos marítimos do Estado e das capatazias e armazens das alfândegas". Aqui há uma mudança importante: seguindo a proposta de Hauriou, Amaro Cavalcanti propõe que a concessão possa abranger também "uma parte" da administração, assim como "o serviço" dos portos. Deixa-se de pensar na concessão apenas como concessão "de bens" e passa-se a pensar nela como concessão "de serviços". A seguir, contudo, o modelo do século XIX voltaria a dominar o tom da decisão: "em virtude de concessão desta natureza (*contracto sui generis, proprio do direito administrativo, como qualifica a própria agravante, fls. 429*) nenhuma propriedade é transferida à empresa concessionária, quer sobre o objecto da concessão — a obra ou serviço público, quer em relação aos poderes, de que é investida, exercendo-os a concessionária, por simples delegação do poder concedente, para os fins de exploração e dentro dos limites rigorosamente postos". À exceção da referência feita à delegação de "serviço", o restante dessa passagem já estava contido na doutrina francesa do século XIX e suas investigações sobre a natureza *sui generis* do direito atribuído ao concessionário.

Cavalcanti vai utilizar essa rota de análise para afastar a concessão dos negócios privados — e explicar que à relação entre Estado e concessionária não se pode pretender aplicar o sigilo do Código Comercial. Nessa direção, ele afirma: "a concessionária [...] nenhuma propriedade tem no porto de Santos, nem nos direitos de poder público que exerce; age em nome deste Poder, tendo apenas o uso e o gozo da respectiva exploração" como previsto em contrato. Em decorrência da condição de usufrutuária dos terrenos desapropriados, ela tinha as "vantagens" (referidas nos parágrafos 5º e 12 do artigo 1º do decreto 1.746) de gozar da isenção de impostos e de arrecadar taxas como compensação às suas atividades. Amaro Cavalcanti então conclui: "a concessionária goza de favor pecuniário do Estado, pouco importante o nome, desde que a coisa que se dá (receber certa importância do Tesouro Público, que se alimenta das taxas e impostos do público, ou receber a concessionária directamente do público importância analoga, ou deixar de pagar-a a

titulo de impostos por seus materiaes e serviços e, assim fazendo, em nome de delegação do Governo, é, manifestamente, gozar de favor pecuniario da União". A relação entre Governo e concessionária, então, não era a de duas partes reguladas pelo Código Comercial: era de *agente e principal*, de *mandatário e mandante*. Essa *"sua qualidade de agente, em nome do poder concedente, é a propria aggravante quem se incumbe de melhor afirmar"* quando fazia valer o seu direito à isenção de encargos.

Estabelecido esse pano de fundo, a decisão começa a examinar os fundamentos jurídicos dos poderes dos quais a União dispunha na relação existente com a Docas — e, a partir daqui, apresenta argumentos que eram estranhos à tradição brasileira. O voto afirma, de início, que *"a forma contractual"* da concessão não faz com que as obrigações do concessionário findem com a *"letra expressa"* de suas cláusulas, pois poderia haver cláusulas que *"escapassem à esfera do direito privado"*. Esboça-se nisso uma nova maneira de conceber a relação entre a Administração e seus concessionários:

Que, concludentemente, si as clausulas de uma concessão, reduzida a forma contractual, como na concessão, são de invocar, como constituindo lei entre as partes, sob a sancção do direito privado, **não é, todavia, lícito desde logo concluir, que todas as clausulas do instrumento devam ser exclusivamente reguladas pelos preceitos desse direito tão sómente e, menos ainda, que as obrigações do concessionario findam com a letra expressa da concessão-contracto**; porquanto clausulas póde haver, taes como as que envolvem a *delegação de direitos de poder publico*, que escapam, no todo, á esfera do direito privado.

Quais são essas cláusulas que escapam à esfera do direito privado e que poderiam subsistir mesmo que não fossem pactuadas expressamente? Rompendo com o discurso do século XIX, Cavalcanti diria que uma posição jurídica igualitária *não pode ser pretendida* nos contratos entre particulares e o poder público: o Estado *"jamais se despe dos direitos e faculdades que constituem a sua qualidade própria de poder"*.

Que isto mesmo mostra não desconhecer a propria aggravante, dizendo com os autores que cita: *"Le contract de concession est une convention qui a un caractère especial et qui n'a pas de analogue en droit civil. C'est un contract administratif"*, é dizer, é um contracto, que *fica sob a inteira fiscalização* da administração publica que o faz, isto é, um contracto, **no qual a concessionaria, embora parte**

contractante, não póde pretender a posição jurídica de *equal a equal*, como succede nos contractos particulares do direito civil; porque o poder publico, sem embargo de entrar em relação contractual com a pessoa privada, não se despe, por isso, jamais dos direitos e faculdades que constituem a sua qualidade propria de poder⁵¹⁵, e, si porventura aceitasse no contracto clausula alguma neste sentido, ella seria *nulla, irrita*, como si não existisse.

Quais são esses poderes? Qual é a sua fonte? Amaro Cavalcanti está pensando nos termos da teoria alemã e criando um modelo de *contrat administratif* com poderes exorbitantes antes mesmo da decisão do Conselho de Estado francês em *Compagnie des tramways*? Não: o que ele faz é acomodar, no direito brasileiro, a teoria norte-americana dos *police powers*. Leia-se:

[...] sempre que houver duvida sobre o alcance dos favores ou direitos do concessionario, a interpretação deve ser contra este e em favor do poder publico ou dos interesses publicos que o mesmo representa: "*It will never be presumed that a State has relinquished any of its powers by contract. The grantee takes nothing by inference. The universal rule being that whenever the privileges granted to such a corporation come under revision in the courts the grant is to be construed against the corporation and in favor of the public, and that nothing passes to the corporation, but what is granted in clear and explicit terms*". (Myer — On Vested Rights, pag. 623 e 624, sobre decisões numerosas da Suprema Côrte Americana a respeito). "*Whatever, is not unequivocally granted in such acts, is taken to have been held, as all acts of incorporation and acts extending the privileges of corporate bodies are to be taken most strong by against the corporation*". (Sedwick — On State and Const. Law, 339; Conf. Beack — Private Corporations, vol. I. pag. 44 seg.; Sutherland — Statute Construction, § 378)⁵¹⁶

Nos exemplos citados por Amaro Cavalcanti no trecho acima citado (assim como naqueles que estão em seu livro), o poder de polícia do Estado não era exercido sobre *contratos para a execução de obras públicas*, mas sobre *cartas de incorporação* de pessoas jurídicas. Na doutrina americana, entende-se que há um *contrato* entre o Estado e um companhia cuja incorporação ele autoriza. Essa

⁵¹⁵ Amaro Cavalcanti provavelmente distorce o sentido da citação feita pelos procuradores da Docas: a citação deve ter sido feita a partir de algum dos autores do século XIX para suportar a conclusão de que a concessão era um *contrato* — e, enquanto tal, um poder só poderia ser nela exercido mediante previsão expressa. O voto usa a expressão "contract administratif" e torce-a na direção daquilo que a doutrina norte-americana teorizou em relação à manutenção, do Estado, dos seus *police powers* mesmo quando ele faz um contrato.

⁵¹⁶ Embora, pelos motivos já apontados antes, essas transcrições falem sobre o efeito dos *police powers* sobre *acts of incorporation*, não sobre contratos para a execução de obras públicas.

construção possui por efeito impedir que, posteriormente à incorporação, os *privilégios* que o Estado possa ter oferecido sejam revogados — pense-se, por exemplo, em uma *isenção tributária*, em uma *alíquota especial* para tributação, ou no privilégio para a execução de alguma atividade ou construção de interesse público (como uma ponte, uma ferrovia ou uma rede de distribuição de gás). Essas áreas de imunidade contra a ação pública (a.) não podem ser presumidas, e dependem de cláusula expressa para serem reconhecidas; e (b.) encontram um limite no *police power* que o Estado possui para agir em nome da saúde e da segurança dos seus cidadãos: era esse poder de polícia genérico, passível de imposição a todos os cidadãos, que jamais poderia ser abandonado pelo Estado por meio de um contrato.

Em uma primeira análise, essa construção *parece* semelhante àquela que era empregada na França entre "poder de polícia geral" e "poder de polícia especial". Existe, no entanto, uma diferença essencial entre as abordagens utilizadas nos dois lados do Atlântico: na França, a concessão era vista como um contrato, e os poderes de polícia geral mencionados em contrato não poderiam ser utilizados para alterar as cláusulas que houvessem sido pactuadas com o concessionário. Nos Estados Unidos, embora existisse um contrato implícito entre o Estado e o *grantee* que não poderia ser alvo de uma revogação individual, o Estado poderia editar uma regra *geral*, no exercício de seu poder de polícia, e com isso tornar *inviável* a atividade desse indivíduo — sem que fosse devido o pagamento de qualquer indenização⁵¹⁷. A relação entre "poder de polícia geral" e "contrato", portanto, é

⁵¹⁷ A respeito do estado dessa doutrina no Direito Constitucional americano na época em que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi proferida, conferir, exemplificativamente: HARE, J. I. Clark. **American Constitutional Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1889. t. 1, p. 597 e ss. ("*De acordo com o curso uniforme de decisão nos Estados Unidos, a concessão legislativa de um privilégio especial [franchise] — como, por exemplo, uma ponte, uma balsa, ou o direito a ser um corpo incorporado [body corporate] — é tão fortemente garantida pela proteção da Constituição como uma concessão [grant] de terras ou outra propriedade corpórea.*" (p. 597. Traduzi). No entanto, sinalizando que a proteção conferida pelo *grant* não é tão absoluta: "*a doutrina de que uma carta de incorporação confere um direito contratual que não pode ser violado de acordo com a Constituição dos Estados Unidos não se estende, necessariamente, a toda as estipulações que ela contém, e o curso recente de decisão tende a confiná-la a limites mais estreitos. É essencial à obrigação de um contrato de dar ou entregar, que o seu objeto seja suscetível de alienação e que exista poder para transferência; e se a questão estivesse aberta neste país, poderia ser discutido que esses requisitos faltam quando a legislatura é a concedente [grantor] e a coisa da qual se dispõe é um direito ou privilégio que diz respeito ao Estado e deve ser exercido para o bem geral. Tal concessão [grant] é uma lei, bem como um contrato, e portanto sujeita a modificação ou revogação; e vista apenas como um contrato, diz respeito a matérias que são públicas e não podem ser investidas de modo absoluto em um indivíduo. A linha talvez tenha sido estabelecida entre os privilégios que poderiam ser concedidos pela Coroa, e os privilégios que não poderiam*

inversa nas duas jurisdições. Esse problema não se colocou no caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal porque (a.) o Estado tentou executar uma medida *individual* (não se tratava de uma norma genérica imposta a toda a população no

*ser concedidos sem um ato do Parlamento, e os primeiros vistos como propriedade e irrevogáveis, de acordo com a analogia do direito inglês. Cartas de incorporação como a do Dartmouth College, e de fato todas as outras, teriam sido protegidas sob uma tal regra no que ela diz respeito à inviolabilidade de uma corporação, junto com tudo o que ela possuísse ou adquirisse que fosse suscetível de propriedade. Mas enquanto o Estado poderia ter conferido uma isenção de tributação ou o direito de desapropriar de acordo com essa visão, ou dito que só poderia haver uma ferrovia ou um abatedouro em um distrito com extensa área, essa concessão [grant] não teria funcionado como um contrato, ou estado além do alcance de revogação." (p. 607. Traduzi). E, examinando a conexão entre a concessão contratual e o poder de polícia geral do Estado: "a incorporação de uma companhia para um propósito específico — como, por exemplo, a realização de um comércio ou negócio — confere os direitos que as pessoas naturais possuem para a mesma finalidade, mas confere nada mais; e a companhia deve submeter-se a qualquer regra que seria constitucional se feita em relação aos indivíduos. Nenhum governo pode por uma carta de incorporação ou de outra maneira barganhar o seu poder para dispor sobre a saúde, segurança e moral da comunidade. O povo, por si só, não tem essa autoridade, e certamente não a delegou para seus representantes [...] Um Estado não pode revogar uma carta de incorporação porque o negócio para o qual a companhia foi incorporada se provou injurioso, ou contra uma questão de política pública; mas ele pode proibir a condução de tal negócio absolutamente, ou apenas sob certas condições, e a companhia deve conformar-se a essa regra geral. O poder de polícia é portanto um corretivo às más consequências que podem decorrer da doutrina de que concessões feitas por leis [statutory grants] são contratos e não podem ser alteradas ou revogadas. Assim, quando o exercício de um privilégio especial [franchise] torna-se nocivo em razão de uma mudança de circunstâncias, ou a experiência mostra que aquilo que uma vez foi considerado inocente — como, por exemplo, a venda de bilhetes de loteria, a operação de mesas de jogo, ou a venda de bebidas alcoólicas — é prejudicial à saúde ou à moral, a legislatura pode impor as restrições que entender adequadas, sem compensar os titulares da concessão [grantees] ou da incorporação por essa perda." (p. 610-1. Traduzi e grifei). Amaro Cavalcanti não entra nessas discussões porque, como o final do seu voto conclui, o ato do Estado brasileiro não implicava qualquer tipo de lesão ao privilégio concedido à Companhia Docas; caso houvesse ocorrido uma lesão intensa por um ato de Estado, ele precisaria ingressar em uma análise do mérito da razão invocada pela Administração para fazê-lo, e aí talvez fosse preciso precisasse abandonar a moldura de análise norte-americana para privilegiar um texto contratual, elaborado sob a tradição francesa, que permitiria o resgate da concessão apenas sob determinadas condições.). Ver também: HARE, J. I. Clark. **American Constitutional Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1889. p. 653 e ss ("Quando a intenção de conferir uma imunidade contra tributação for claramente expressa, um tribunal não recorrerá a uma interpretação forçada para a finalidade de reter um privilégio que possa ter sido o indutivo central para a aceitação da concessão da carta." (p. 667). Todavia: "Uma isenção contra tributação será, em obediência ao princípio geral, 'nada deve ser assumido gratuitamente [taken for granted] contra o Estado', ser interpretada como o privilégio pessoal dos indivíduos ou companhia para quem ela foi especificamente conferida, a menos que haja a intenção manifesta de que o privilégio deva passar como um privilégio especial [franchise] contínuo para compradores e cessionários. Essa regra de interpretação é fundada em uma questão de política pública óbvia, que diz respeito a tais isenções como derivações da autoridade soberana e o dever de cada homem de suportar a sua parte do ônus comum, e portanto não devem ser estendidas além dos requerimentos legislativos exatos da concessão [grant] interpretada *strictissimi jûris*." (p. 668. Traduzi.). Complementarmente, ver: BAKER, A. J. **Annotated Constitution of the United States**. Chicago: Callaghan and Company, 1891. p. 72 e ss.; COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Constitutional Limitations**. 6. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1890. p. 231-3, 302-8 e 707-16; STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**. 4. ed. Atual. e comentada por Thomas Cooley. Boston: Little, Brown, and Company, 1873. p. 264 e ss.; BRYANT, Edwin. **The Constitution of the United States**. Madison: The Democrat Printing Company, 1901. p. 147 e ss.; BEACH JR., Charles Fisk. **A Treatise on the Modern Law of Contracts**. Indianapolis e Kansas City: The Bowen-Merrill Company, 1897. v. 2, p. 129 e ss.*

uso do poder de polícia geral) e (b.) a ação do Estado certamente não causava nenhum dano à substância do privilégio que havia sido concedido à Companhia Docas.

O *resultado* ao qual Amaro Cavalcanti chega em razão dessas circunstâncias, é similar àqueles que vinham sendo suportados pela jurisprudência francesa do início do século: quando ele fala, utilizando a terminologia norte-americana, na preservação da "*substância do privilégio e dos favores concedidos*", está permitindo ao Estado a utilização de poderes gerais de supervisão e fiscalização sobre as atividades de um concessionário — ao mesmo tempo em que preserva a base econômica do seu contrato. Por trás desse *resultado* semelhante, entretanto (i.) existem *fundamentos* bastante diferentes, e (ii.) uma ligeira inconsistência teórica, porque Amaro Cavalcanti termina justificando a imposição de uma medida *individual*, de feição contratual, com base em um instituto que deveria se projetar sobre contratos apenas por meio de normas *genéricas e aplicáveis à totalidade dos cidadãos*. A solução possível seria defender uma norma "implícita" que permitisse ao Estado requerer os livros de *todos* os seus concessionários. A decisão apresenta argumentos que poderiam justificar a existência dessa regra, mas faz isso com base na *tradição francesa* quando destaca que o concessionário é "agente" do Estado.

A despeito desse problema, é evidente que essa seção do voto de Cavalcanti está baseada no direito norte-americano. Quando ele procura o fundamento jurídico da exigência feita pelo Estado, ele primeiro indica a natureza e a origem de seus poderes de fiscalização e estabelece que eles "*não precisam estar expressos em nenhuma cláusula da concessão ou contrato*". Essa desconsideração com o contrato só pode ser adotada porque Cavalcanti abandonou a moldura francesa e adotou a moldura americana, na qual esses poderes decorrem genericamente do *police power* dos Estados:

Que o direito de regular e fiscalizar "do modo, como e quando fôr mais conveniente" o exercício dos direitos de poder publico, conferidos á concessionaria para exercel-os dentro dos limites marcados e para os fins indicados, **não precisa estar expresso em nenhuma clausula da concessão ou contracto, em favor do poder publico concedente; elle subsiste *nunc et semper*, como qualidade, de que o mesmo poder não póde abrir mão e quem obtem uma concessão do Governo**, como a de que se trata, não ignora que assim é, nem póde deixar de ser.

Depois, estabelece o seu limite: uma restrição ao poder do Estado, em primeiro lugar, só poderia existir mediante "cláusula expressa"; em qualquer hipótese, seria preciso preservar a "*substância do privilégio ou dos favores concedidos*". Na inexistência de restrição, o Estado (nos Estados Unidos, a legislatura; na transposição feita por Cavalcanti, a Administração) poderia utilizar o seu "poder de polícia" para atingir os resultados que desejasse em relação aos "*modos práticos da exploração*" do serviço ou aos "*meios de sua melhor fiscalização*":

Que, pelo contrario, a concessionaria, sim, é que nada pode pretender do poder publico, concedente, ou oppor ao poder concedente, sem mostrar a *clausula expressa*, que lhe haja concedido o direito ou favor, ou que contenha a *delimitação* ou *proibição*, o poder concedente haja acceitado, porque a regra de jurisprudência da materia seguida em toda parte é esta: a) — o concessionario não póde pretender direito ou favor maior do que os declarados expressamente na concessão; b) — o concessionario não póde jamais obstar a acção do poder concedente sinão *naquillo e até onde* este se tenha obrigado effectivamente a não intervir; **consequentemente, sempre que o poder publico, na concessão do uso e gozo de um privilegio, não se tenha obrigado, por clausula expressa, a abster-se de taes e taes actos, não quanto á substancia do privilegio e aos favores concedidos, mas quanto aos modos praticos da exploração ou aos meios da sua melhor fiscalização em bem dos fins da mesma concessão, é indiscutivel, que no mesmo poder subsiste inteira e completa faculdade a semelhante respeito.**

Um outro trecho do voto, quase em seu final, deixa esses limites ainda mais nítidos. Quando Amaro Cavalcanti fala em "*regulamentos e fiscalização que o poder público entender necessários em bem do público*", é nos *police powers* da doutrina norte-americana que ele está pensando. Quando fala na preservação da "*substância dos favores ou dos direitos concedidos para o fim da exploração*", nos privilégios embutidos nas *charters*:

Que, qualquer que seja a extensão dos direitos e poderes de uma concessão desta natureza, que o poder concedente fica, sem duvida, obrigado a respeitar, jamais se podera admittir, como incluída ou decorrente de taes favores e direitos, a *isenção dos regulamentos e da fiscalização*, que o poder publico entender necessarios em bem do publico: **o limite desta fiscalização ou regulamentos está apenas em que por elles não se pretenda offender á substancia dos favores ou os direitos concedidos para o fim da exploração; em tudo o mais, isto é, quanto aos modos da exploração e á**

verificação do *legítimo uso dos poderes delegados*, o poder público continua a exercer completa discricção.

Aplicando esse roteiro de análise ao caso concreto, o Supremo Tribunal Federal encontra um primeiro fundamento para entender que a exigência da União estava de acordo com a lei: como, no caso concreto, (a.) a medida buscada pela União não implicava lesão à substância dos favores outorgados à concessionária, (b.) tampouco havia cláusula retirando tal poder da Administração, a demanda por exibição de livros era legítima.

Depois dessa longa digressão, o voto *retoma* um plano mais tradicional de análise e aponta que "*o direito de fiscalizar por parte do poder concedente, o uso dos direitos concedidos na especie dos autos, resulta das próprias cláusulas do contracto*", onde se falava em (a.) direito de resgatar a concessão, indenizando a empresa pelo capital *efetivamente empregado*; (b.) o direito de inspecionar a execução e o *custeio* das obras; e (c.) o direito de *reduzir as taxas* cobradas pela concessionária quando seu lucro líquido excesse a 12%. Nessa parte, a decisão assemelha-se à decisão do Conselho de Estado do Império no caso da Companhia Sorocabana: este é um raciocínio baseado no modelo *tradicional* de análise de contratos envolvendo o Poder Público.

No trecho final de sua manifestação, Amaro Cavalcanti responde ao argumento de que os livros estariam protegidos por sigilo comercial: "*uma concessionaria de serviço publico não póde invocar em seu favor as disposições commerciaes, no tocante á exploração de sua concessão, e, ao mesmo tempo, possa recusar equal direito ao poder concedente, em pretenção deste, só e positivamente relativa á mesma exploração*"; além disso, aos olhos do Governo, a concessionária "*é sempre e continua a ser simples concessionária sua; não se tratando de firma ou estabelecimento commercial, cuja propriedade ou patrimonio seja da mesma firma ou de associação privada e, portanto, tão estranhos ao Governo como a qualquer outra pessoa privada*".

A decisão do Supremo Tribunal, como se vê, de fato foge um pouco dos padrões aos quais doutrina e jurisprudência estavam acostumadas no Brasil. Dois esclarecimentos, sobre ela, são apropriados. Primeiro: a fundamentação apresentada no acórdão (a.) acolhe, muito rapidamente, a sugestão de Hauriou de que concessões deveriam ser feitas *de serviços*, não apenas de bens públicos, e

tem sua principal *ratio* (b.) em uma adaptação da doutrina norte-americana ao Brasil. Ver essa decisão como o marco inicial da teoria dos contratos administrativos no Brasil, entretanto, é um erro: **ela nada fala sobre a teoria francesa que via na concessão um ato "meio regulamentar, meio contratual", e no qual o Estado teria direito ao uso de poderes exorbitantes do direito comum, ainda que não escritos**. Aqui não há nada disso: o que se diz é que o Estado permanece com a possibilidade de utilização de seu poder de polícia genérico sobre aquelas pessoas com quem firme um contrato de concessão. A concessão, sobretudo, **continuava a ter natureza contratual**. Sendo assim, argumentos baseados em "*impossibilidade de exercício de poderes não previstos em contrato*" continuavam a poder ser formulados.

Segundo: há uma ausência importante na teorização de Amaro Cavalcanti — em momento algum investiga-se sobre a relação entre o contrato administrativo e a lei. Os *police powers* de que fala a doutrina norte-americana eram exercidos por meio de leis das casas legislativas estaduais. Quando Amaro Cavalcanti transpõe a teoria americana para contratos de concessão, ele coloca, sobre uma competência *administrativa*, uma moldura criada para reger competências *legislativas*. Essa teoria pode ser uma maneira apropriada para resolver os problemas ligados aos contratos de concessão, mas *falta nela uma teorização entre a competência exercida e a lei* — o que não faz falta, obviamente, quando nós estivermos analisando os efeitos de uma lei estadual sobre um contrato, mas deixa uma grande interrogação quando nós quisermos justificar o exercício de uma competência *administrativa* exercida por um Poder Executivo que se acredita (ou se diz) "*ter liberdade de ação apenas nos estritos limites em que autorizado pela lei*". No caso concreto, Amaro Cavalcanti dispunha de bases legais e contratuais para resolver o caso. O problema é que os fundamentos que ele apresentou são mais amplos do que isso, e permitem, se considerados fora do contexto do caso, que nós *continuemos a pensar o contrato de concessão à margem da lei*.

2. O panorama doutrinário e jurisprudencial

A despeito do conteúdo inovador que apresentou, a decisão do Supremo Tribunal Federal não convulsionou a jurisprudência. As concessões continuavam a ser contratos, e por isso os tribunais e os pareceristas tendiam a analisá-las ainda

conforme o esquema mental que via no Estado contratante alguém "equiparado ao particular". O Poder Público, assim, tem negado o poder de decretar a caducidade dos contratos que firma e se vê obrigado a ajuizar ações judiciais para promover a rescisão de contratos — mesmo quando a rescisão decorresse de culpa do seu contratado. Poderes derogatórios do direito comum poderiam ser exercidos apenas *se e na medida em que* expressamente previstos. Quando doutrina e jurisprudência tentam fugir do modo de pensar típico do século XIX, elas se movimentam em duas direções: algumas manifestações seguem o modelo "poderes gerais de polícia afetando contratos" que Amaro Cavalcanti importou dos Estados Unidos. Outras importam a doutrina francesa do início do século e fazem referência a Duguit e a Hauriou⁵¹⁸.

Em 1896, a Companhia Docas, titular da concessão para a realização de obras no porto de Santos, solicita uma série de pareceres sobre a possibilidade da promoção de uma rescisão do contrato *ex officio* pela Administração em caso de descumprimento. Esse poder não estava previsto no contrato de concessão. Os quatro pareceristas utilizam a mesma estratégia de argumentação: classificando a concessão como *uma figura pura de direito civil*, afirma que o Governo não poderia "alterar-lhe uma só linha" por meio da utilização de "atos de autoridade"⁵¹⁹. Além do Visconde de Ouro Preto, que respondeu à consulta simplesmente afirmando que sanções não poderiam ser aplicadas se não estivessem expressamente previstas no contrato, também foram contratados J.X. Carvalho de Mendonça, Lafayette Rodrigues Pereira e Ferreira Vianna:

⁵¹⁸ Esta seção é baseada em amostra que colhi a partir do exame dos periódicos *Revista dos Tribunais* e *Revista Forense* desde o início de sua publicação até 1935. Complementarmente, verifiquei (a.) compilações de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, de modo geral, dos tribunais do Brasil, compreendendo decisões do final do século XIX e do início do século XX; e (b.) os periódicos *O Direito* e *Revista de Direito*, repertórios de publicação contínua e que fornecem indicações do estado da nossa jurisprudência (e de suas transformações) a partir do final do Império. As decisões listadas obviamente não representam de maneira *exaustiva* a jurisprudência do período, mas, se nós assumirmos que os editores das publicações que indiquei tiveram sensibilidade para selecionar as decisões *mais relevantes* que estavam ao seu redor, então podemos legitimamente assumir que a amostra é *qualitativamente* sólida como indício da maneira de pensar dos tribunais e da doutrina do início do século. Da amostra, selecionei os casos que deixavam à vista, de maneira mais clara, os três paradigmas que identifiquei no item anterior: (a.) casos que ainda pensavam os litígios envolvendo contratos firmados pelo Estado *nos termos da doutrina administrativista do Império*; (b.) casos e pareceres que utilizavam a *doutrina norte-americana* e (c.) casos e pareceres que tentavam utilizar a *nova doutrina francesa*.

⁵¹⁹ Todos os pareceres estão publicados na *Revista O Direito*, ano 32, v. 94, 1904. p. 320 e ss. Os grifos são meus.

O Governo não póde, por seu arbitrio, alterar uma só linha dos contractos que celebrou more privato, verdadeiras figuras de direito civil, mediante actos de autoridade expedidos no character de poder publico. **Contractando com particulares, o Governo tem de sujeitar-se, como qualquer cidadão, a lei commum; a idéa de contracto exclue a de superior para inferior e pressupõe igualdade entre as partes, que se collocam por este facto, no mesmo plano.** (J.X. Carvalho de Mendonça)

O Governo em contractos da natureza daquelle de que se tracta, figura como se fora um particular e como tal é sujeito, como os simples particulares, ao direito privado. 'Desde que os poderes publicos descem do seu imperio para a posição de contractantes, nivelam-se em face do Direito com a outra parte a respeito de sua convenção, e perdem a faculdade de alterar ou derogar o seu próprio acto por mero arbitrio ou poder discricionário.' (Consulta da Sec. de Fazenda ao Conselho de Estado de 3 de Julho de 1873 e Resolução de 26 do mesmo mez e anno). (Lafayette Rodrigues Pereira)

Não; seria onerar o contracto com encargo não convencionado, por vontade de uma só das partes contractantes, e com violação do que está precisamente ajustado na clausula XII do contracto de 1888, não alterada nem modificada pelos posteriores contractos e por elles declarada em pleno e inteiro vigor. [...] **Para impor pena não cogitada nos contractos todas as autoridades e poderes são incompetentes, porque nas convenções entre os particulares ou entre estes e o Estado, a lei é a vontade expressa dos contractantes.** (Ferreira Vianna)

As decisões do Supremo Tribunal Federal do início do século estão na mesma direção. Em 11 de junho de 1898, o Tribunal entendeu que "*quando o Estado quando por qualquer de seus órgãos contracta com um particular é a este equiparado quanto aos direitos e obrigações dahi decorrentes e sujeitos a sancção civil imposta a infracção ou inexecução dos contractos*"⁵²⁰. Em 25 de junho de 1898, julgou procedente uma ação de indenização apresentada contra o Governo decorrente da declaração de caducidade de uma concessão para a fundação de vinte burgos agrícolas, entendendo que esse poder não estava disponível a ele⁵²¹. Em 1899, entendeu que apenas ao Judiciário cabia decretar a nulidade de um

⁵²⁰ BRAIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação nº 360. Julgado em 11 de junho de 1898. In: BASTOS, José Tavares. **Repertório das Decisões do Supremo Tribunal Federal: 1896-1910.** Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1918. v. 1, p. 288-9.

⁵²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação nº 316. Julgado em 25 de junho de 1898. In: BASTOS, José Tavares. **Repertório das Decisões do Supremo Tribunal Federal: 1896-1910.** Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1918. v. 1, p. 175.

contrato firmado por um Estado da Federação⁵²². Em 1900, concluiu que a resolução de um contrato firmado pelo Governo havia sido legítima porque efetuada com base nas cláusulas do próprio contrato⁵²³.

Em 1902, o Supremo analisa uma disputa em que, depois de uma concorrência pública, o licitante vencedor não havia submetido no prazo as garantias requeridas no edital; desclassificado, o contrato é assinado com o responsável pela segunda melhor proposta. O STF, examinando o caso, chega a dizer que "*a situação [era] daquela em que o Governo, contractando um serviço publico, pratica actos que participam de uma dupla natureza por serem ao mesmo tempo actos de poder publico e gestão administrativa*"— sugerindo uma aproximação com a teoria de Hauriou. Logo depois, entretanto, retorna à teoria contratual tradicional: "*quando a administração contracta não funciona como poder publico, não exerce acto de imperio, nem exige obediência, obra como pessoa jurídica, põe-se em contacto com a actividade livre dos particulares*". Colocada a autonomia contratual do Estado no campo dos atos de gestão, o Tribunal concluiu:

Si houve ou não exagero no arbitramento desta caução, si o tempo para a sua prestação foi ou não exiguo de mais, si, em summa, assim procedendo, o Governo não se inspirou em sentimento de justiça ou de equidade, com isso nada tem que ver o Poder Judiciario, que só tem competencia para conhecer do facto, sob o ponto de vista de sua legalidade com exclusão absoluta de qualquer opinião sobre a sua conveniencia. No exame e solução da questão de oportunidade a administração goza de liberdade plena e inteira nos limites do direito⁵²⁴.

Em 23 de setembro de 1905, o Tribunal concluiu que um Presidente de Estado não poderia decretar a suspensão de um contrato em que "*para as relações de direito, a municipalidade figura[va] como simples particular*", e que um decreto

⁵²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. julgado em 16 de setembro de 1899. In: BASTOS, José Tavares. **Repertório das Decisões do Supremo Tribunal Federal: 1896-1910**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1918. v. 1, p. 200.

⁵²³ "*Ainda, pois, que se entenda que o Governo Federal, contratando com os appellantes a exploração e venda de areias monazíticas existentes em terrenos de Marinha, não agiu como Poder Publico, com os attributos de soberania que lhe são inherentes, mas como simples particular, a resolução do contrato operou-se por clausula expressa do mesmo contrato.*" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação nº 1.545, julgado em 2 de outubro de 1900. In: BASTOS, José Tavares. **Collectanea da Jurisprudencia dos Tribunaes e Juizes da Republica**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910. v. 1, p. 773 e ss; p. 26-8).

⁵²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Apelação Cível nº 712. Julgado em 17 de maio de 1902. **Revista O Direito**, Rio de Janeiro, ano 30, v. 89, p. 539-541, 1902.

que o fizesse seria uma "*completa invasão do poder judiciário, único competente para intervir caso o contracto em questão estivesse inquinado de defeitos e nullidades*"⁵²⁵. Em 16 de junho de 1906, o Supremo examina um litígio envolvendo uma alegação de violação de privilégio entre a Sociedade Anonyma do Gaz (a "SAG") e a Companhia Ferro Carril Jardim Botânico: a SAG havia recebido um privilégio para iluminação a gás e eletricidade em 1º de julho de 1899; antes dessa data, contudo, a Companhia Ferro Carril já utilizava, por autorização do poder público, energia elétrica para abastecer as suas próprias dependências (aproveitando a energia que empregava para movimentar seus bondes), e alegou que o privilégio concedido à SAG era inconstitucional. A decisão, tratando o contrato da SAG como um contrato privado, destaca que ela não poderia "ofender direitos já firmados":

Com os segundos, porque ninguem tem o direito de chamar a si a execução de serviços publicos, nem tão pouco o de assentar e conservar canalisações pelas ruas e praças, sem prévia licença do poder publico, que assim como póde concedel-a, póde negal-a. Mas, porque a concessão feita á Companhia apellante de modo algum póde affectar à Companhia apellada, a qual desde 1894 utiliza-se das canalisações, que devidamente autorisada assentou e conserva na área, que percorre, para, por meio dellas, illuminar á luz electrica os seus vehiculos e edificios pois **se entre nós as leis não podem ser applicadas com offensa de direitos já firmados, é bem de vêr que as simples concessões do poder executivo de modo algum podem ter um tal effeito**⁵²⁶.

Em 1º de junho de 1907, o juiz federal da 1ª Vara do Distrito Federal profere decisão na qual afirma que "*o Estado quando contrata se acha na mesma situação jurídica do simples particular com os mesmo direitos e as mesmas obrigações da pessoa civil*" — para concluir que o Governo Federal não poderia "*se arrogar o direito de impôr a pena de caducidade ao contrato, como de facto o fez pela portaria de 29 de Dezembro de 1893, sem que para tanto estivesse autorizado pela lei ou pelas clausulas contratuaes*"⁵²⁷. No mesmo ano, em 26 de outubro, o STF diria que "*é uma pessoa juridica subordinada ás regras do direito civil o Estado quando*

⁵²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 1.021. Julgado em 23 de setembro de 1905. **Revista O Direito**, Rio de Janeiro, ano 34, v. 101, p. 128, 1906.

⁵²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 1025. Julgado em 16 de junho de 1906. **Revista O Direito**, Rio de Janeiro, ano 34, v. 101, p. 94-114, 1906. Grifei.

⁵²⁷ In: BASTOS, José Tavares. **Collectanea da Jurisprudencia dos Tribunaes e Juizes da Republica**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910. v. 1, p. 773 e ss.

contracta com particulares, despiando-se da sua personalidade politica": neste caso, o particular contratado havia solicitado ao Estado a exibição do livro em que seu contrato havia sido lavrado para fins de avaliação de um litígio. O Supremo, depois de estabelecer a equivalência entre o administrado e o Estado, conclui: "*o Estado, não tendo melhores direitos que os simples cidadãos, não se p^óe recusar á exhibição ordenada, pena de ser deferido o julgamento suppletorio*"⁵²⁸.

Em 26 de agosto de 1908 fo proferida a decisão analisada no t^ópico anterior. A despeito do car^áter inovador da sua fundamentação, ela não modificaria substancialmente o rumo da jurisprudência do STF ou dos demais tribunais do pa^ís. Doutrina e jurisprudência permanecem, por um tempo, preponderantemente conectadas à teoria do s^éculo XIX. Durante a d^écada de 20, pareceres e decisões esboçariam caminhos para justificar uma maior ingerência do Estado sobre atividades concedidas — mas, para essa finalidade, não utilizariam apenas um caminho. Como se verá mais abaixo, além de pareceres que seguem a linha de argumentação de Amaro Cavalcanti, construindo poderes exorbitantes com base na teoria norte-americana, há episódios de utilização da teoria francesa — com referências textuais a Hauriou e Duguit.

O Decreto 3.258, de 11 de abril de 1899, regulava as compras da Marinha brasileira. Seu artigo 36 criava um poder "derrogat^ório" em benefício do Governo, dispondo que "*o Governo poderá rescindir os contractos, sem direito a reclamação alguma por parte dos contractantes em caso de faltas commettidas por estes*". Em 20 de janeiro de 1909, o Supremo Tribunal analisa um caso de rescisão contratual promovida pelo Ministério da Marinha: entendendo que a rescisão havia sido determinada *sem a atribuição de qualquer falta* ao contratante privado, reputa-a *ilegal* e determina o pagamento de uma indenização. Não estávamos ainda operando dentro do paradigma que atribui à Administração, pela sua simples presença em um contrato, um poder exorbitante de promover sua rescisão: estávamos ainda dentro do paradigma francês do s^éculo XIX. O poder derrogat^ório poderia ser exercido *se previsto e na exata medida em que previsto*⁵²⁹. Uma outra decisão de 28 de junho de 1909 admitiu a possibilidade da *declaração* da

⁵²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 26 de outubro de 1907. In: BASTOS, José Tavares. **Repertório das Decisões do Supremo Tribunal Federal**: 1896-1910. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1918. v. 1, p. 287. Também publicado na **Revista de Direito**, Rio de Janeiro, v. 6, p. 255.

⁵²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n^o 1.632. Julgado em 20 de janeiro de 1909. **Revista O Direito**, Rio de Janeiro, ano 37, v. 108, p. 609-611, 1909.

caducidade de um contrato — em hipótese na qual *houvesse nele previsão de condição resolutiva* e essa condição já houvesse sido implementada⁵³⁰. Em 30 de junho de 1910, deixando claro que o pensamento da Corte era ainda o mesmo, outra vez afirmou-se que era impossível promover a rescisão de um contrato por ato de autoridade e em contrariedade às cláusulas do próprio contrato⁵³¹.

Em 17 de dezembro de 1912, o Tribunal de São Paulo também confirmaria que o Estado não dispunha de poderes para promover a rescisão de contratos e a cobrança de multas fora da via judicial⁵³². Em 1917, o Tribunal de São Paulo aprecia uma ação oferecida pela Câmara Municipal de São Bernardo para promover a rescisão do privilégio concedido à Light & Power. A ação foi julgada improcedente por insuficiência de provas, mas interessa, aqui, o fato de que a Administração tenha reputado necessário apresentar uma ação para atingir esse objetivo⁵³³. Ações idênticas seriam julgadas pelo Tribunal de São Paulo em 26 de fevereiro de 1918⁵³⁴ e 20 de setembro de 1918⁵³⁵. Em 24 de agosto de 1917, o Tribunal permite o "encerramento antecipado" de um contrato para fornecimento de pedras: há um voto vencido entendendo que a conduta do Estado havia sido ilegal por representar uma rescisão antecipada e impossível; a maioria da Câmara rejeita a ação indenizatória por entender que o contrato havia sido firmado para fornecimento *enquanto o Município dele necessitasse*⁵³⁶.

Em 1918, Antão de Moraes publica um parecer intitulado "A Natureza das Concessões Administrativas". Nele, defende que *"si ha um principio pacifico em doutrina é este, que a pessoa juridica de dirito publico, quando contracta com particulares, em tudo se lhes equipara no tocante ás obrigações contractuaes. No*

⁵³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos nº 1.111. Julgado em 28 de junho de 1909. In: BASTOS, José Tavares. **Repertório das Decisões do Supremo Tribunal Federal: 1896-1910**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1918. v. 1, p. 175-7.

⁵³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 1.637. Julgado em 30 de junho de 1910. **Revista O Direito**, Rio de Janeiro, ano 38, v. 110, p. 623, 1910.

⁵³² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 6.242. Julgado em 17 de dezembro de 1912. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 200.

⁵³³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 8.430. Julgado em 16 de fevereiro de 1917. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 119-120, 1917. Na ementa da decisão, Lê-se: *"sem prova de infracção de qualquer clausula que determina a rescisão do contracto feito pelo poder publico com um particular para execução de certos serviços — a rescisão não póde ser decretada"*.

⁵³⁴ SÃO PAULO. Tribunal de São Paulo. Apelação Cível nº 9.061. Julgado em 26 de fevereiro de 1918. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 172 e ss.

⁵³⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 7.685. Julgado em 20 de setembro de 1918. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 7 n. 27, p. 316 e ss.

⁵³⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 8.842. Julgado em 24 de agosto de 1917. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 187.

direito patrio, pondera Amaro Cavalcanti, jamais se poz em duvida que o Estado e as outras pessoas juridicas de direito publico estivessem submettidas ao direito comum 'quanto aos efeitos de suas relações com as pessôas de direito privado'[...]". Em apoio à sua decisão, cita as opiniões de Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, Lafayette Rodrigues Pereira, Ruy Barbosa e Clóvis Bevilácqua ("*todas as pessôas juridicas de qualquer genero que sejam, desde que exerçam actos de natureza civil ou commercial, submettem-se ás normas do direito privado*") — e afirma, ao final, ter ficado "*irrefragavelmente demonstrado que, em não havendo qualquer 'obscuridade' ou 'duvida' a resolver, o contracto tem que ser entendido pela sua letra*"⁵³⁷. O parecer ainda tenta impor, aos fatos, a mesma moldura de análise decorrente da teoria contratual do século XIX⁵³⁸. Cada vez mais, sem embargo, doutrina e jurisprudência sentiriam a necessidade de migrar para um outro modelo.

A extensão dos poderes de fiscalização do Poder Público é colocada diretamente em discussão em uma decisão da Corte de Apelação do Rio de Janeiro de 1924⁵³⁹. O Município havia firmado uma concessão com a *The Rio de Janeiro Tramway, Light and Power* (a "Light and Power") para prestar serviços de transporte na cidade. O decreto municipal 2.871, de 12 de novembro de 1923, determinou a substituição dos "aros de borracha maciça" por "pneumáticos com câmara de ar de antiderrapantes"; a Light and Power não atendeu à intimação e, em resposta, o Município *confiscou* três dos sete automóveis dos quais ela dispunha para prestar o serviço. A questão foi levada ao Judiciário: a concessionária requereu um mandado de manutenção de posse, alegando que o decreto não poderia "*ser-lhe applicado, pois [tinha] direito á exploração do serviço na fôrma da auctorisação e nos termos das suas cláusulas, de outro modo tornar-se-ia tal decreto retroactivo, em contrario*

⁵³⁷ MORAES, Antão de. A Natureza das Concessões Administrativas. **Revista dos Tribunais**, v; 8. n; 25, mar./maio 1918. p. 240 e ss.

⁵³⁸ Em 1956, o mesmo Antão de Moraes publicaria um parecer na Revista de Direito Administrativo citando Gaston Jèze, Hauriou e Péquignot e dizendo que "*a concessão administrativa é um contrato de direito público, sujeito a regras mais rigorosas do que os contratos de direito privado, sendo seu fim principal garantir o funcionamento regular do serviço público concedido*". Essa diferença de regime entre os contratos públicos e os contratos privados foi justificada por ele da seguinte maneira: "*é êsse perigo, é a suprema necessidade pública de não interromper o serviço, que conduziu o direito administrativo a abandonar a rigidez da regra de direito civil, segundo a qual com a expiração do prazo contratual cessam tôdas as obrigações do concessionário. Não é assim. Algumas há que sobrevivem como decorrência do princípio da continuidade do serviço público. Quem aceita colaborar num serviço público, sabe ou deve saber que corre êsse risco*." (MORAES, Antão de. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 56, abr./jun. 1959. p. 445 e ss).

⁵³⁹ Corte de Appellação do Rio de Janeiro, 5ª Câmara. Julgado em 06 de junho de 1924. Relator: Edmundo Rego. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 46, 1926. p. 109 e ss. Os grifos são meus.

aos preceitos do art. 11 paragrapho 3º da Constituição Federal e do art. 3º da Introdução do Código Civil". O Juízo dos Feitos da Fazenda Municipal *rejeitou* esse pedido — e a sua fundamentação é semelhante àquela empregada pelo Supremo Tribunal Federal em 1908:

A medida imposta não o foi pela Municipalidade como parte privada de um contracto, e sim como poder publico, visando servir os interesses da collectividade. A materia é, pois, de ordem publica, e contra a ordem publica não se adquire direitos. A administração, contractando como pessoa privada, não se despe das prerrogativas de poder que é; **não limita as proprias attribuições, e qualquer clausula que nesse sentido se inserisse em contracto, ficaria sem valor.** Objectivando as concessões o interesse publico, e não o do concessionario, as suas clausulas devem na duvida receber interpretação favoravel ao primeiro; a administração só fica tolhida pelo que expressamente estipular.

O Tribunal, ao examinar a questão, *concordou* com a fundamentação adotada na decisão recorrida. O acórdão cita: (a.) Hauriou, em um trecho onde estabelece a obrigação de submissão do concessionário à regulamentação de polícia editada pela Administração; (b.) Duguit, na parte em que faz uma distinção entre a parte regulamentar e a parte contratual do contrato; e (c.) Amaro Cavalcanti, no trecho de seu livro em que indicava que as condições de exploração associadas a uma concessão poderiam ser alteradas conforme as exigências da coletividade. Por isso, destaca:

Como bem reconheceu o dr. Juiz a quo, acceito que a permissão em questão com prazo certo e obrigações assumidas, valha mais que uma simples autorização, e exprima uma verdadeira concessão, **certo é que a administração pública, quando contracta com o particular, não se despe das suas prerrogativas de Poder, não pode renunciar ás attribuições de polícia que lhe cabem, a actividade que lhe é peculiar, de fazer reinar a boa ordem na cousa publica.**

Sem embargo, a Câmara, por sua maioria, depois percebe que a exigência feita pelo Município não tinha amparo em lei: o decreto 2.871, de novembro de 1923 afirmava estar fundamentado em um decreto que havia sido revogado por um decreto legislativo de 1º de dezembro de 1923. O poder exercido pelo Município, assim, não tinha fundamento, e o interdito possessório era justificado. Essa decisão mostra que a decisão de Amaro Cavalcanti tinha um valor *relativo* enquanto

precedente: ela servia como autoridade para justificar a conclusão de que alguns contratos firmados pela Administração poderiam ser regidos por um quadro especial de regras e princípios, mas *não para determinar a conclusão de que* esse quadro seria dado pela doutrina norte-americana. O meio jurídico brasileiro *continuava* atento à doutrina francesa; e, por isso, os integrantes do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro *mencionam* Duguit e Hauriou e tentam encontrar na sua doutrina ferramentas para resolver a disputa que lhe havia sido apresentada.

A doutrina norte-americana continuava presente no meio jurídico brasileiro e pareceristas faziam referência a ela com alguma frequência. Um parecer de Alcântara Machado publicado em 1925 analisa a possibilidade de prorrogações de concessões em vigor com base na doutrina norte-americana⁵⁴⁰. Jair Lins, em 1925, analisa um contrato de concessão de serviços de eletricidade no qual não haviam sido inseridas "*cláusulas garantidoras dos interesses públicos e particulares*" para verificar se a Administração poderia rescindi-lo por ato próprio em caso de inadimplemento pelo concessionário. Sua resposta é negativa: os contratos de concessão "*de serviços de utilidade pública são actos sui generis que, si de um lado se regem pelo direito publico administrativo, do outro estão submettidos ao direito privado*". Essa submissão ao direito privado ocorria "*no que diz respeito às relações entre o concedente, munícipes e concessionário, assumindo, com relação a elles, a natureza de um verdadeiro contracto bilateral, com direitos e obrigações recíprocas e estipulações em favor de terceiros*". Do contrato de concessão emergia certamente um dever de correta execução do serviço, mas a rescisão do contrato por inadimplemento só poderia ser obtida em juízo. Alternativamente, o Município poderia utilizar o seu poder de polícia para promover, por uma questão "*verdadeiramente de ordem pública*", o privilégio concedido à concessionária. Estava-se, outra vez, aplicando a doutrina americana dos *police powers* a uma competência administrativa para emitir um ato individual e concreto — e criando, por uma junção entre os modelos americano e francês, uma espécie de poder exorbitante inerente à Administração⁵⁴¹. Levy Carneiro, em 1928, também emprega a doutrina norte-americana para dizer que "*o poder de polícia sobrepõe-se às concessões de serviços públicos. Ellas lhe ficam sujeitas. O seu goso e exercício ha*

⁵⁴⁰ **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 8 e ss.

⁵⁴¹ LINS, Jair. Concessão privilegiada de serviço público. Conceito. Garantias. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 45, p. 6-10, jul./ago. 1925. p. 6 e ss.

de conformar-se-lhe ás exigências. O poder publico, outorgando-as não abre mão de sua prerrogativa, não o transfere. Por isso mesmo que é inalienavel, votado, imediata e exclusivamente, ao interesse publico"⁵⁴².

Por vezes, o caráter *sui generis* da concessão era invocado para *reduzir* os poderes franqueados ao Poder Público. O Tribunal de São Paulo aprecia, em 1926, uma ação rescisória, fundamentada nos artigos 119 e 1.092 do Código Civil, apresentada pela Câmara Municipal de Rio Claro contra a empresa de Água e Esgotos da mesma cidade⁵⁴³. O Município, alegando que a água fornecida era de má qualidade, requereu a rescisão da concessão. A concessionária defendeu-se com o argumento de que, para a hipótese de inadimplemento, o contrato previa *sanções específicas* que determinassem a execução correta das obrigações assumidas. Como não havia previsão de rescisão, ela não poderia ser determinada. A Câmara respondeu a isso aduzindo que tais cláusulas penais diziam respeito *apenas* às obrigações às quais se associavam, mas não poderiam eliminar o poder do Município de rescindir o contrato em caso de inadimplemento do concessionário.

A sentença, tratando a concessão como qualquer outro contrato civil, deferiu o pedido apresentado pelo Município. O Tribunal, em sede de apelação, inicialmente destaca que a concessão "*não se achava submetida exclusivamente ao domínio do direito privado, como também sob o do direito público administrativo, de vez que o mesmo surgiu de uma concessão do poder publico para a execução de certos e determinados serviços públicos*". Hoje em dia, nós extrairíamos dessa vinculação da concessão ao direito público uma prerrogativa implícita de rescisão, mas a consequencia que o Tribunal de São Paulo deduziu de tal premissa foi a oposta: o Tribunal *afasta* o modo de pensar típico do Código Civil e entende que a rescisão não poderia ter ocorrido quando era certo que "*para as faltas imputadas à embargante [haviam sido] estabelecidas penalidades de que a embargada, fugindo à disciplina contractual estabelecida, não quiz lançar mão*". Em qualquer hipótese, adiciona, a rescisão não poderia ocorrer sem o pagamento de indenização.

Até aqui, a concessão continuava a ser vista preponderantemente como *contrato*. Essa percepção deixava a porta aberta para que pareceres tentassem invocar a doutrina do Império com a finalidade de limitar os poderes de supervisão e

⁵⁴² **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 51, 1928. p. 550 e ss.

⁵⁴³ São Paulo. Tribunal de Justiça. Embargos nº 13.532. Julgado em 8 de outubro de 1926. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 190 e ss.

intervenção do Estado. Em 1935, por exemplo, um parecer de Estevam de Oliveira aduzia que "*o Estado, pessoa jurídica de Direito Público, em contracto com particulares, não goza de prerogativa alguma que sobreponha os seus interesses aos das partes adversas, visto que, nos seus ajustes, com as pessoas de direito privado, elle nivela-se aos individuos, despe-se de sua soberania, e sujeita-se ás normas do direito privado e do Poder Judiciario*"⁵⁴⁴. Outro parecer sobre o mesmo caso, elaborado por Mario de Assis Moura, destacava que "*é das mais antigas e não controvertidas a afirmação no nosso Direito que as pessoas jurídicas de Direito Público figuram nos contractos 'como qualquer particular, sem privilegio algum'; e, sem remontar a epoca mais distante, ocorre-nos o traslado de tais palavras no aviso 515 do Ministerio da Fazenda, Visconde de Itaborahy, em 25 de novembro de 1868*" e que, "*quando o Estado de São Paulo contracta, não há que regular por lei posterior sua os efeitos desse contracto, mas applicar-lhe-á a lei reguladora das relações de ordem privada, que foram creadas pelo contracto. Essa lei é a lei civil*"⁵⁴⁵. Tratava-se aqui, da assinatura de contratos de empréstimo entre o Estado de São Paulo e diversos bancos com a abertura de linhas de financiamento para produtores de café. Associada aos contratos estava a criação de uma taxa de três shillings por saca de café de 60kg que fosse exportada: essa taxa servia como garantia, do Estado aos bancos, do serviço da dívida. A mesma lei que aprovou a assinatura dos empréstimos e a criação da taxa previa também que os comerciantes de café que não utilizassem os financiamentos decorrentes do empréstimo teriam direito à *restituição* das taxas que houvessem pago. Depois da Revolução de 30, o interventor federal no Estado de São Paulo *suspendeu* a restituição dessas taxas. Os pareceres acima citados tinham o evidente intuito de, usando a tese do "contrato-de-natureza-civil", limitar o poder do Governo Provisório. Consegue-se compreender, a partir desse exemplo, quão *conveniente* seria uma teoria que incluísse, nos contratos firmados pelo Estado, poderes exorbitantes, decorrentes apenas de sua presença em uma relação contratual, que ele pudesse ativar para modificar, rescindir ou suspender contratos que fossem contrários ao interesse público.

Uma tal teoria, como vimos no título anterior, já existia. Quando a sua necessidade se tornasse imperativa, sua importação seria feita.

⁵⁴⁴ **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 25, n. 99, p. 387 e ss.

⁵⁴⁵ **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 25, n. 99, p. 333 e ss.

C. O regime geral dos contratos da Administração

Em 1922, os contratos firmados pela União passaram a possuir um regime jurídico geral. O decreto legislativo nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, aprovou o Código de Contabilidade da União. Além das regras que diziam respeito diretamente à contabilidade pública, dentro desse diploma estavam regras de (a.) execução orçamentária (cujas correspondentes estão hoje na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, e na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), (b.) realização de concorrências públicas (equivalendo à primeira parte do que hoje temos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), e, finalmente, sobre (c.) a realização de contratos. Esses artigos seriam complementados por um *volumoso* regulamento aprovado pelo decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922. Tais dispositivos eles ajudam a compreender (i.) a maneira pela qual os contratos da Administração eram pensados durante a República Velha e (ii.) o estado de coisas às vésperas da Revolução de 30.

O dispositivo mais relevante do decreto legislativo é o seu artigo 54, onde eram estipuladas condições genéricas de validade dos contratos firmados pela União:

Art. 54. Para a validade dos contractos, serão necessarias as seguintes formalidades:

- a) que sejam celebrados por autoridade competente para empenhar despesa, em virtude de lei ou delegação, observadas as condições desta;
- b) que sejam realizados para a execução de serviços autorizados na lei e dentro do quantitativo e duração dos creditos, á conta dos quaes deva correr a despesa;
- c) a citação expressa, em suas clausulas, da lei que os autoriza e a verba ou credito por onde deve correr;
- d) que nelle se faça a indicação minuciosa e especificada dos serviços a se realizarem e dos objectos a serem fornecidos e os respectivos preços;
- e) que guardem conformidade com as propostas preferidas;
- f) que, nos contractos, em que sejam estipulados preços em moeda estrangeira, se declare a data ou a taxa do cambio para a conversão, de accôrdo com a condição que houver sido fixada no edital de concurrencia;

g) que sejam lavrados nas repartições ás quaes interesse o serviço ou nos Ministerios, salvo nos casos em que, por lei, devam ser lavrados por tabellião, e traduzidos legalmente em vernaculo, si lavrados em lingua estrangeira;

h) que respeitem as disposições do direito commum e da legislação fiscal;

i) que sejam registrados pelo Tribunal de Contas.

Paragrapho unico. Nos contractos para arrendamento de predios e obras de grande vulto, custeados por verbas orçamentarias, será permittida prazo maior de um anno, no limite maximo de cinco annos, considerando-se, neste caso, empenhadas, desde o inicio do exercicio, as prestações a serem pagas no seu curso.

O regulamento aprovado pelo decreto 15.783 é muito mais interessante em razão do nível de detalhe dos seus dispositivos e da semelhança entre eles e alguns artigos da Lei nº 8.666. Leia-se o conteúdo de seu artigo 766:

Art. 766. Os contractos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios geraes que regem os contractos de direito commum, no que concerne ao accôrdo das vontades e ao objecto, observadas porém quanto á sua estipulação, approvação e execução, as normas prescriptas no presente capitulo.

Nós precisamos compreender esse dispositivo à luz da teoria contratual que lhe informava: os "contratos administrativos" de que ele fala não são ainda os nossos contratos administrativos. Esse conceito, importado da teoria francesa, não estava no panorama jurídico da República Velha. A doutrina da República Velha lutava para definir o regime jurídico da concessão; ela ainda não se ocupava em aplicar no Brasil o "segundo passo" da teoria dos contratos administrativos na França, estendendo o regime-base da concessão para contratos firmados pelo Estado que fossem ancilares à execução de serviços públicos.

Os "contractos administrativos" do artigo 766 são contratos firmados pelo Estado proprietário aos quais o Estado associava algumas regras especiais de estipulação, aprovação e execução. É por isso que, enquanto o artigo 766 afirma que os contratos administrativos de que fala são "*regulados pelos mesmo princípios geraes que regem os contratos de direito comum*", o artigo 54 da Lei nº 8.666 afirma que eles se regulam "*pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público*", aplicando-se apenas de maneira subsidiária os princípios da teoria geral dos contratos e o direito privado. Por trás da diferença de redação entre esses

dispositivos existe uma diferença de concepção sobre o que sejam contratos administrativos. Não se colocava aqui, por isso, nenhum problema de reserva legal: essas regras atingiam a esfera de autonomia que o Estado possuía "*como se qualquer particular fosse*". Era apenas uma questão de *supremacia*, idêntica àquela determinada pelos decretos imperiais do século XIX⁵⁴⁶.

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

No artigo 775 vinha apresentado um rol de cláusulas essenciais e acessórias dos contratos da Administração. Tratava-se de uma lista de elementos necessários à *completa caracterização* do negócio que a Administração estivesse celebrando: objeto, obrigações recíprocas, lei autorizativa e reserva orçamentária, garantia, foro competente e necessidade de registro prévio perante o Tribunal de Contas. Atendidos esses requisitos essenciais, a Administração teria liberdade para incluir as cláusulas acessórias que fossem necessárias à "integral e perfeita execução dos contratos". Não havia necessidade de autorização legal complementar para que o Estado incluísse, nesse conjunto de cláusulas supletivas, uma cláusula pouco comum uma determinada negociação: ele agia como se *proprietário* fosse, e então justificava-se, à luz da teoria da época, que o conteúdo dessas cláusulas fosse definido com base na autonomia contratual da Administração.

Art. 775. A estipulação dos contractos administrativos comprehende clausulas essenciaes e clausulas accessorias.

§1º São clausulas essenciaes e como taes não podem ser omittidas em contracto algum, sob pena de nullidade:

- a) as referentes ao objecto do contracto, com indicação minuciosa dos materiaes a serem fornecidos ou dos trabalhos que tiverem de ser executados, bem como dos prazos de entrega ou conclusão e dos respectivos preços;
- b) as que definem as obrigações reciprocas dos contractantes quanto á execução ou rescisão dos contractos;

⁵⁴⁶ Embora — e este é o meu desconforto — seja altamente questionável que um Estado que se vê como "integralmente regido pela lei" possa gozar de uma área de autonomia como se qualquer particular fosse (ou onde ele possa gozar de uma área de autonomia que não esteja associada a nenhum *standard* que permita o controle judicial dos seus atos.).

c) a que deve fazer menção expressa da disposição de lei que autoriza a celebração do contracto, bem como da verba orçamentaria ou credito adicional por onde deve correr a despesa, e a declaração de haver sido esta empenhada á conta dos referidos creditos, quando previamente conhecida a importancia exacta ou approximada dos compromissos assumidos;

d) a relativa á natureza e importancia da garantia que os contractantes devem dar para assegurar o implemento das obrigações estipuladas; a clausula penal e declaratória da acção que a administração publica possa exercer sobre a caução, no caso de inadimplemento das obrigações assumidas, bem como a indicação do logar em que o contractante ou seu fiador elegem seu domicilio legal;

e) nos contractos com pessoas naturaes ou juridicas domiciliadas no estrangeiro, a clausula que declare competente o fôro nacional brasileiro para dirimir quaesquer questões judiciais originadas dos mesmos contractos;

f) a clausula onde expressamente se declare que o contracto não entrará em vigor sem que tenha sido registrado pelo Tribunal de Contas, não se responsabilizando o Governo por indemnização alguma si aquelle instituto denegar o registro.

§2º São clausulas accessorias todas as demais reguladoras das condições necessarias á integral e perfeita execução dos contractos.

Nos artigo 777, determinava-se que a duração dos contratos deveria ser adstrita à vigência dos créditos orçamentários respectivos e, em nenhuma hipótese, superior a cinco anos⁵⁴⁷. No artigo 778, vedava-se a celebração de contratos verbais⁵⁴⁸. No artigo 788, permitia-se que um ministro de Estado, por "*grave motivo de interesse público*", se abstinisse de tornar executável qualquer contrato. Esse dispositivo, contudo, estava inserido na seção do decreto referente à *aprovação* dos atos de adjudicação definitiva. Esses atos e os contratos deles decorrentes, mesmo quando já firmados, estavam "*sempre sujeitos à condição suspensiva de sua*

⁵⁴⁷ Art. 777. Os contractos **devem ter duração certa, adstrita á vigencia dos respectivos creditos**, não podendo o praso exceder de cinco annos, segundo o disposto no paragrapho unico do art. 767.

Compare-se com o artigo 57 da Lei nº 8.666: Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei **ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários**, exceto quanto aos relativos [...]

⁵⁴⁸ Art. 778. **Em nenhum caso poderá ser permittida a celebração de contractos verbaes com a Fazenda Publica, sendo nullos de pleno direito os ajustes que assim forem concluidos.** Paragrapho unico. A nullidade de taes contractos e ajustes ou dos actos praticados com inobservancia das leis que os regularem, não obsta a responsabilidade dos funcionarios publicos que tomarem parte nos primeiros e praticarem os segundos.

Compare-se com o artigo 60 da Lei nº 8.666: Art. 60. [...] Parágrafo único. **É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração**, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

aprovação" pelo ministro competente (art. 784); essa competência de verificação era em princípio vinculada: verificada a regularidade das estipulações contratuais, o ministro "*deveria*" exarar no processo administrativo o seu despacho de aprovação (art. 787). Nesse contexto, o artigo 788 não era uma previsão de poder exorbitante: era uma hipótese de *flexibilização* de uma competência que em princípio era vinculada.

Art. 788. **Por grave motivo de interesse publico e do Estado**, o ministro póde abster-se de tornar exequível qualquer contracto, embora reconhecido regular.

Art. 784. Os actos de adjudicação definitiva e os **contractos celebrados com a administração publica entendem-se sempre sujeitos, no tocante ao Estado e no seu unico interesse, á condição suspensiva de sua aprovação**, ainda mesmo que tal condição não tenha sido expressamente estipulada no edital de concorrência e no contracto firmado, e não são exigíveis sinão depois de aprovados pelo ministro competente ou pelo funcionario delegado e de terem sido registrados pelo Tribunal de Contas, sem que da não execução caiba direito a reclamação de qualquer especie ou responsabilidade para o Thesouro.

Art. 787. O ministro e a autoridade delegada para a aprovação dos contractos examinam e reconhecem a regularidade das estipulações e a sua inteira conformidade com o edital da concorrência e condições pre-estabelecidas, e, **isto verificado, deverão exarar no respectivo processo seu despacho de aprovação**.

O artigo 799 admitia a rescisão **apenas quando pactuada em contrato**, e previa um procedimento especial, conduzido perante o Ministro respectivo, para sua realização. O artigo 801 previa, de maneira semelhante, o procedimento a ser seguido para "*promover a aplicação da cláusula rescisória do contracto ou a effectividade da estipulação de caducidade das concessões*". O decreto, nessas cláusulas, permitia à Administração promover a rescisão de contratos *fora* da seara judicial; não se tratava ainda, contudo, de uma autêntica cláusula exorbitante, na medida em que a rescisão e a caducidade só poderiam ser promovidas se estivessem previamente reguladas em contrato.

Art. 799. **Sempre que em contracto celebrado com a administração** houver sido pactuada clausula rescisória e dar-se a ocorrência de factos que importem a resolução da convenção, independente de qualquer interpelação administrativa ou judicial, cumpre ao chefe da repartição competente promover perante o Ministro respectivo a resiliação do contracto.

Art. 801. Promovendo a **aplicação da cláusula rescisória do contrato ou a effectividade da estipulação de caducidade das concessões**, o chefe da repartição a quem tal competir documentará a incidência do facto do qual resultar a rescisão ou caducidade, bem como a ausência do caso de força maior, que possa arredar a aplicação da cláusula irritante.

O artigo 797 vedava ao responsável pela direcção dos trabalhos introduzir qualquer variação nos contratos estipulados, mas quando qualquer alteração "se [tornasse] *necessária, a bem do serviço público*", ele poderia propô-la imediatamente à autoridade superior, acompanhada dos documentos que a justificasse. Essas modificações, se autorizadas pelo Ministro, deveriam ser devidamente formalizadas e depois comunicadas ao Tribunal de Contas.

Art. 797. O funcionario incumbido da direcção dos trabalhos e da fiscalização dos fornecimentos e transportes não póde fazer accrescimo nem qualquer outra variação nos contractos estipulados.

Quando, porém, qualquer modificação se torne necessaria, a bem do serviço publico, cabe-lhe propol-a imediatamente á autoridade superior ou ao Ministro de que dependa, com uma exposição minuciosa de motivos, acompanhada dos documentos necesarios para comproval-a.

Das modificações autorizadas, no exclusivo interesse da administração publica, dará o Ministro conhecimento, em aviso circunstanciado, ao Tribunal de Contas, providenciando, em seguida, para que uma cópia desse aviso seja annexada ao contracto que terá de servir de base á tomada de contas do responsavel.

Aqui *parece* haver uma hipótese de previsão de *jus variandi*, mas é preciso ter cautela nessa interpretação. Se o conceito de contrato administrativo ainda não estava consolidado na teoria nacional, seria plausível que um regulamento permitisse a realização de "qualquer alteração" em um contrato já firmado? Mais do que isso: seria plausível que ele *não previsse qualquer espécie de reequilíbrio econômico* em benefício do contratado prejudicado por tais mudanças, tampouco um limite máximo até o qual essa alteração pudesse ocorrer? Se a Administração não poderia sequer *rescindir* um contrato a não ser quando houvesse previsão expressa *no próprio contrato* (a previsão geral do artigo 799 não era suficiente para isso), teria o regulamento criado uma prerrogativa geral aplicável a todos os contratos da Administração e que lhe permitiria modificá-los em qualquer extensão? A resposta é *negativa*. O que o artigo faz é *disciplinar* o procedimento que deveria ser seguido

pela Administração nos casos em que *cláusulas contratuais* permitissem semelhantes alterações. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, na mesma direção, dizia que nenhum dos preceitos do regulamento aprovado pelo 15.783 permitia a alteração das cláusulas de um contrato em conformidade ao interesse público⁵⁴⁹.

Não estávamos, ainda, diante da teoria do contrato administrativo, mas estávamos nos aproximando dela. Para consolidá-la, faltava trazer para o Direito brasileiro a base conceitual desenvolvida na França a partir do início do século — e fazer com que as "posições derogatórias" do direito comum passassem a poder ser qualificadas como poderes exorbitantes e disponíveis ainda que na ausência de previsão expressa.

⁵⁴⁹ "O regulamento, decreto federal 15783, de 8.11.1922, refere-se ao contrato administrativo, mas o sujeita ao direito comum. Realmente, o artigo 766 desse Regulamento dispõe: 'os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas previstas no presente capítulo'. [...] **Porém, em nenhum de seus preceitos a respeito, prevê [o Regulamento] a modificação unilateral pela Administração Pública das suas cláusulas na conformidade do interesse público.** Ao contrário, declaram que as partes devem atender às condições avençadas. Portanto, no direito brasileiro, não se admite possa a Administração Pública, nos contratos ajustados com particulares, de obra pública ou de fornecimento, de empréstimo público ou de oferta de concurso, alterar unilateralmente, mediante *fait du prince*, suas cláusulas, senão nos termos dispostos expressamente no contrato ou em lei anterior, a cujos termos o particular aderiu ao manifestar sua vontade, firmando o contrato". É por isso que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello precisa construir a figura da concessão como ato misto (meio regulamentar, meio contratual): sem isso, ele não teria como fundamentar a existência do *jus variandi* em benefício da Administração (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Grifei).

Capítulo 3 — A Revolução de 30 e suas conseqüências

§1º Fatores políticos, sociais e econômicos

A Revolução de 30 marca o final do ciclo do café e o início do **processo de substituição de importações**, com um conseqüente aumento do **processo de industrialização** do Brasil. O período de transformações estruturais mais intensas na história do Brasil ocorreu precisamente entre 1930 e 1960⁵⁵⁰: a participação da indústria no PIB era de 11,6% em 1900; passa para 15,7% em 1920, 18,7% em 1940 e 29,9% em 1960⁵⁵¹. Essa alteração na matriz econômica nacional não se fez a partir das forças livres do mercado: a partir de 1930, o Estado toma a dianteira no processo de industrialização e ocupa, em vários setores, a posição que antes vinha sendo reservada à iniciativa privada (ou que, na ausência de movimentação privada suficiente, inexistia):

Já havia presença importante do Estado como gestor mesmo antes de 1930, especialmente no caso de empresas ferroviárias e de navegação. **Mas houve claro aumento do escopo da intervenção do governo no meio século que se seguiu a 1930. O Estado substituiu quase completamente o capital estrangeiro na provisão de serviços públicos, tais como eletricidade e telefones. Empresas estatais tornaram-se importantes supridoras de bens e serviços, especialmente de insumos**

⁵⁵⁰ "A análise desse índice de mudança estrutural revela que a **década de 1940 foi aquela em que as mudanças estruturais foram mais intensas, seguida da de 1930 e, com índices próximos a essa, a década de 1950. Isso sublinha que o período de mais intensas transformações estruturais na economia brasileira foi o que vai de 1930 a 1960. Em quarto lugar aparece a primeira década do século, devido, principalmente, à forte perda de participação da Agropecuária. O quinto lugar em termos de intensidade de mudança estrutural coube à década de 1980, seguida de perto pela de 1960. Em sétimo e oitavo lugares aparecem, com índices praticamente idênticos, as décadas de 1920 e de 1960. No caso da primeira delas, no entanto, a direção da mudança estrutural foi diferente da década de 1960 porque naquela houve acentuada queda do peso da Indústria — fenômeno que só iria ocorrer novamente depois de 1985. O nono lugar ficou com a década de 1910. A década em que foram menores as modificações estruturais foi a de 1990, com um valor do índice próximo do alcançado na década de 1910.**" (BONELLI, Régis. Nível de atividade e mudança estrutural. In: IBGE. **Estatísticas do século XX**. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. p. 388. Grifei).

⁵⁵¹ "A mudança estrutural na economia brasileira foi particularmente intensa nas décadas de 1940 e 1950. O Brasil deixou de ser um país agrícola: a partir do início do século a participação da agricultura no PIB, a preços de 1949, caiu de 44,6% do PIB para 38,1% em 1920, 29,4% em 1940, 16,9% em 1960 e 9,8% em 1980, permanecendo aproximadamente estável desde então. **Paralelamente à contração da agricultura, cresceu a participação da indústria : 11,6% do PIB em 1900, 15,7% em 1920, 18,7% em 1940, 29,9% em 1960, 34,4% em 1980.**" (ABREU, Marcelo de Paiva. **O Brasil no século XX: a Economia**. In: IBGE. **Estatísticas do século XX**. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. Grifei).

básicos e energia. Os investimentos privados em empresas provedoras de serviços públicos tornaram-se irrelevantes. A participação do governo na FBKF, muito baixa nos anos de 1920 e 1930, cresceu substancialmente na Segunda Guerra Mundial, quando excedeu 15% e alcançou picos entre 20 e 30% nos anos de 1960 e 1980. Depois de 1970, a queda foi rápida: a partir do final dos anos de 1970 até 2000 manteve-se, grosso modo, entre 10% e 15%⁵⁵².

Estávamos logo depois da crise de 1929. Nos Estados Unidos, essa conjuntura levou ao *New Deal* de Roosevelt e ao aumento da intervenção do Estado na economia e nas relações sociais. No Brasil aconteceu algo similar: Vargas **abandonou o liberalismo econômico** da República Velha e comandou o surgimento de um modelo de economia dirigida e intervencionista. Carlos Guilherme Mota e Adriana Lopez vêem a partir de 1930 a atuação de uma *"burguesia liberal-conservadora, porém modernizadora, com práticas neocoronelísticas"* e *"mobilizador das aspirações populares do mundo do trabalhismo"*⁵⁵³.

O modelo desenvolvimentista seria seguido por Juscelino Kubitschek e duraria até o final do regime militar, quando foi sufocado pela crise do petróleo e pela crise da dívida dos anos 80⁵⁵⁴. Ele é somado, no plano político-institucional, a uma **concentração de poder**: entre 1930 e 1988, o Brasil viveu preponderantemente sob regimes **autoritários**. Isso tornaria o ambiente

⁵⁵² ABREU, Marcelo de Paiva. **O Brasil no século XX: a Economia.** In: IBGE. Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. p. 352-3. Grifei.

⁵⁵³ LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil: uma interpretação.** São Paulo: Senac São Paulo, 2008. p. 640-9. Conferir também: GOMES, Ângela Maria de Castro *et al.* **O Brasil Republicano: sociedade e política (1930-1964).** 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. t. 3. (Coleção História Geral da Civilização Brasileira, v. 10); e PIERUCCI, Antônio Flavio de Oliveira, *et al.* **O Brasil Republicano: economia e cultura (1930-1964).** 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. t. 3. (Coleção História Geral da Civilização Brasileira, v. 11).

⁵⁵⁴ No excelente resumo de Daniel C. Hellinger: *"À medida que analisamos as experiências de vários países com populismo e a substituição de importações, nós podemos ver alguns fatores comuns. Em todos esses casos, a sociedade se tornou mais complexa como um resultado do desenvolvimento econômico baseado em exportações do final do século dezenove e início do século vinte. As classes trabalhadora e média cresceram e demandaram acesso ao sistema político, e os militares começaram a mudar de uma instituição oligárquica para uma instituição de classe média. Essas pressões novas estavam crescendo quando a Grande Depressão sacudiu as economias da América Latina. **Políticos populistas e partidos apareceram na cena, promovendo a substituição de importações e ganhando o apoio dos setores políticos emergentes.** A partir desse período, através da Segunda Grande Guerra e as primeiras décadas da Guerra Fria, o populismo representou uma força de reforma e modernização, **geralmente camuflada na retórica de 'anti-imperialismo' mas raramente desafiando o capitalismo propriamente dito. Se algo, os populistas apoiavam o capitalismo de Estado — o desenvolvimento de uma sociedade de mercado com direção e mesmo propriedade de algumas indústrias-chave pelo governo.**"* (HELLINGER, Daniel C. **Comparative Politics of Latin America.** Nova York: Routledge, 2011. p. 147. Traduzi e grifei).

especialmente propício para a recepção de teorias de Direito Administrativo baseadas na figura do *État puissance* e que lhe conferissem uma maior liberdade para intervir na economia — livre das amarras que lhe eram impostas pelas concessões-contratos que faziam com que o Estado precisasse procurar o Judiciário até mesmo para rescindir contratos que houvesse feito com concessionários negligentes⁵⁵⁵.

§2º A formação da teoria dos contratos administrativos

O mapeamento dos termos adotados pelos nossos administrativistas revela que é **a partir da década de 1930** que a teoria francesa do contrato administrativo finalmente se instala no Brasil. A partir de 1930, a doutrina começa a mudar o seu repertório conceitual: na República Velha, a concessão era tratada ora segundo os moldes da teoria norte-americana, ora segundo os moldes da teoria do século XIX, ora segundo os termos da teoria francesa nascente. Essa indecisão desaparece a partir do início da República Nova: a doutrina se inclina majoritariamente em direção à doutrina francesa produzida após a formação da *République à gauche* do início do século. A influência do discurso norte-americano nos nossos manuais é reduzida a partir da modificação do *comportamento* do Estado — que abandona o liberalismo da Primeira República e adota um modelo mais intervencionista e mais autoritário.

Durante a República Nova, a doutrina tentaria recepcionar — às vezes equivocadamente — os conceitos de Duguit, Hauriou e Jèze. Seu foco, nessa fase, é aprender a manejar a doutrina francesa sobre a concessão; quando se trata dos demais contratos da Administração, ela ainda utiliza o regulamento aprovado pelo decreto 15.783. A produção sobre o tema dá um salto de qualidade com o aparecimento do manual de Guimarães Menegale, em 1939: ele apresenta a teoria de Jèze e defende sua aplicação ao Direito Administrativo brasileiro. A partir daí, artigos e manuais começam a **convergir** rumo a um discurso comum. Em meados

⁵⁵⁵ Na análise do período feita por Oswaldo Aranha: "*Já, o regime administrativo após o movimento revolucionário de 1930, de caráter político, mas que deu início a uma transformação social e econômica da vida nacional e constitui o marco da nova República, teve alta expressão. Nessa época assiste-se a um país sub-desenvolvido em busca de sua independência econômica, através da industrialização manufatureira. Substitui, então, a ordem constitucional vigente por outra, de feição socializante, de intervenção crescente na ordem social, em especial mediante o dirigismo econômico-financeiro da Nação.*" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 142).

da década de 60, a teoria francesa do contrato administrativo já está consolidada e incorporada ao quadro conceitual do Direito Administrativo nacional.

1. Afirmação: 1930-1964

O período que denomino como "afirmação" possui dois traços distintivos: (a.) a doutrina se torna progressivamente mais complexa: ela começa a recepcionar a teoria francesa a partir do instituto da concessão, mas pouco a pouco descobre os demais autores do início do século XX e efetua a importação de toda a teoria francesa dos contratos administrativos. Além disso, (b.) os autores dessa fase, ainda com a consciência da diferença entre o regime que defendiam e o paradigma adotado durante a República Velha, buscavam *justificar* a necessidade da implantação desse novo modelo com base nas transformações econômicas pelas quais passava o mundo. Esse período dura aproximadamente trinta anos: nossos tratadistas, a partir de meados da década de 60, adotariam outro tom em suas análises sobre o instituto.

Mário Masagão lança, já em 1933, o seu *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, estudo em que critica o estado da doutrina brasileira e, utilizando a teoria francesa, explica a concessão como contrato de direito público — com possibilidade de alteração de suas cláusulas para poder dar conta das necessidades supervenientes do serviço⁵⁵⁶.

Mattos de Vasconcellos, em 1936, inicia o seu manual explicando as circunstâncias que haviam levado ao surgimento de um "novo direito público" no início do século XX: depois das modificações produzidas pela Primeira Guerra, o problema econômico havia adquirido mais relevância e o individualismo, "que já vinha sofrendo duros embates", "cedeu passo a um novo estado de cousas em que o homem passou a ser olhado não como o individuo isolado e abstrado, mas um dos

⁵⁵⁶ MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. O grau de discordância com a doutrina da Primeira República pode ser notado na seguinte passagem: "*não conseguimos compreender como foi possível ao sr. Viveiros de Castro escrever o seguinte: 'Se bem que a respectiva doutrina jurídica não tenha ainda adquirido a desejada nitidez, não divergem os escritores sobre a natureza jurídica da concessão administrativa; todos ensinam que ela é um contrato sinalagmático, a título oneroso e comutativo'*". A seguir, afirma que "*talvez não haja, em direito administrativo, ponto mais controvertido que o da natureza jurídica do instituto cujos característicos gerais deixamos apontados no capítulo anterior. E de tal forma se desencontram as opiniões, que o só trabalho de as agrupar pelas suas afinidades dominantes oferece sérias dificuldades*". Os dois trechos estão na página 29.

*componentes da grande coletividade social". O poder de polícia "no sentido da segurança individual, passou a ser instrumento inoperante, ineficaz, inhabil, para conter a avalanche dos desempregados, atacar de frente e resolver o problema do pão para a boca, combater a desigualdade social"*⁵⁵⁷. Não por acaso, sua dogmática conferia grande peso ao conceito de *serviço público*. Depois de expor a teoria de Duguit, Mattos de Vasconcellos explica que (a.) sua maneira de "encarar o problema" parecia "**ajustar-se ao ponto de vista de Hauriou: para este, 'serviço público é o serviço prestado ao público, de uma maneira regular e continua para satisfação de uma necessidade de ordem pública'**"⁵⁵⁸; e (b.) invoca a teoria de Jèze, segundo a qual "*todas as vezes que se está em presença de um serviço publico propriamente dito, verifica-se a existencia de regras juridicas especiaes, teorias juridicas especiaes, todas elas com o objetivo de facilitar o funcionamento regular e continuo do serviço público, dar a mais rapida e cabal satisfação ás necessidades de interesse geral e, por esses motivos, essas regras são suscetíveis de modificação a qualquer momento*"⁵⁵⁹.

Alinhado com Hauriou e a doutrina francesa, ele faz referência à transformação conceitual sofrida pelos contratos de concessão — que haviam deixado de ser concessões de *bem público* para se transformarem, também, em concessões de *serviço público*. Essa transformação, como nós vimos na parte anterior, está associada a um processo de mudança econômica e tecnológica que está presente na explicação de Mattos de Vasconcellos:

A concessão diz respeito nem só à feitura, ou à organização da obra pública, como, propriamente, ao funcionamento do serviço público. **Durante algum tempo, chegou-se a pretender que a concessão da obra pública constituía o principal, e o funcionamento do serviço, o acessório. Esse conceito, porém, com o evoluir dos tempos, tomou uma feição mais consentânea com a realidade das cousas.** É claro que si já existe a obra pública, com todo o seu aparelhamento, a concessão outorgada ao concessionário visa o funcionamento do serviço publico; si, ao contrario, não existe a obra pública, mesmo porque esta não se torne necessaria, atenta a natureza peculiar do objeto da concessão, **esta tem como objetivo, tão somente, o funcionamento do serviço público.** Não há, pois, pretender extremar a concessão da obra pública da concessão do

⁵⁵⁷ VASCONCELLOS, José Mattos de. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. v. 1, p. 89-91.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 127. Grifei.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 127. Grifei.

serviço público, de sorte a ver, num e noutro caso, institutos diferentes no âmbito do direito administrativo. É uma questão exclusivamente de precedência ou não da obra pública sobre o serviço, ou mesmo, da existência deste sem aquela. **O que se pretende alcançar precipuamente na concessão é o funcionamento do serviço público, de forma regular e continua**, por intermédio do concessionário, tendo em vista o interesse da coletividade, de todos quantos beneficiam do serviço público⁵⁶⁰.

Assim como Masagão, Mattos de Vasconcellos via a concessão como um *"contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo e realizado intuito personae"*, repudiando a teoria unilateral porque ela implicaria *"fugir ao regimen do Estado de direito, para remontar a uma época da prepotência do Estado, onde o particular é olhado como subdito ou escravo"*, e a teoria mista porque ela não trazia *"nenhum proveito á verdadeira estruturação do regimen da concessão"*⁵⁶¹. A presença da teoria francesa na sua obra é clara: as necessidades do serviço público são utilizadas como justificativa para o acolhimento da teoria da imprevisão e as prerrogativas de rescisão e encampação são apresentadas como parte integrante do instituto. Os demais contratos da Administração, em contrapartida, ainda não eram vistos como os atuais "contratos administrativos": os comentários de Mattos de Vasconcellos sobre o tema estão baseados no decreto 15.783 e ainda não utilizam, em relação a eles, a linguagem dos poderes exorbitantes⁵⁶².

No mesmo ano, Themístocles Brandão Cavalcanti apresentaria o seu *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*. Nos capítulos sobre as funções do Estado é possível compreender a procedência dos conceitos que ele emprega: seu manual afirma que *"a organização do regimen administrativo está subordinada ás necessidades do serviço público que tem de attender as exigências das suas finalidades"*⁵⁶³. Alinhado com o espírito do tempo, argumentava que:

[...] diversas razões teem levado o Estado a absorver as actividades individuaes ou pelo menos a tomar uma iniciativa no controle directo dessas actividades. A desordem na economia interna e internacional, succedendo-se crises alarmantes consequentes a uma transformação na industria pesada, dada a apropriação individual

⁵⁶⁰ VASCONCELLOS, José Mattos de. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. v. 1, p. 120-1. Grifei.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 129.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 207 e ss.

⁵⁶³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 71.

de grandes capitaes; uma crescente miséria de uma parte da população, soffrendo as consequências de todos esses males, um augmento nos encargos financeiros do Estado, forçado a recorrer a novos meios de receita. [...] **Póde-se verificar, nos fins do século XVIII até os fins do século passado e principios do século XX, uma curva bem definida nas doutrinas e nas idéas politicas, de tendências francamente liberaes, no sentido de uma reacção economica e politica para novas realizações de caracter socialista sob as mais variadas formas**⁵⁶⁴.

Em complemento, indicava que:

Contemporaneamente, **a doutrina liberal, anti-intervencionista, não tem mais oportunidade, dadas as condições do mundo e a crise consequente á aggravação de toda a economia pelo fracasso das doutrinas liberaes**, e da livre concorrência bem como pela exacerbação de problemas consequente ao desenvolvimento da grande industria. Só o Estado pode, em nome do interesse collectivo, lutar contra taes organizações, que especulam graças ao seu poder, em beneficio proprio⁵⁶⁵.

Seu manual apresenta uma tendência nítida à ampliação das prerrogativas do Poder Executivo. A atribuição do Presidente de "*executor das leis*", segundo Themístocles, não deveria ser entendida dentro de um sentido "*restricto, limitado*", mas dentro de um contexto "*largo, que comprehenda em toda a sua amplitude as funções políticas e administrativas que lhe são conferidas*". Havia uma "*tendência irreprimível*" ao "*fortalecimento do Executivo*" que deveria ser levada em consideração na interpretação da Constituição^{566 567}. Ao examinar a relação entre lei

⁵⁶⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 72. Grifei.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 76. Grifei.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 157.

⁵⁶⁷ Esse discurso era comum no período. Pontes de Miranda, nos seus comentários à Constituição de 1937, criticava também o distanciamento entre as Assembleias e os Povo — defendendo com isso a atribuição de maiores poderes ao Executivo para promover um "reajustamento" do sistema democrático. "*Nas Constituições recentes da Europa, procurou-se reforçar o Poder executivo como solução nova às relações entre tal Poder e o Poder legislativo. Democrático, também, hoje, o Poder executivo, não se trata de regressão, mas de reajustamento. Rigorosamente, se o Povo elege um homem para redigir uma lei, seria o mesmo que eleger vinte, duzentos, dois mil: a legislação seria igualmente democrática. Ora, a experiência mostrou que as Assembléias se tornaram corpos autônomos, desligados do Povo, de modo que a personalidade de um homem não seria separação maior entre a vontade geral e a lei do que a entidade transindividual e transpopular das Assembléias. Portanto, nos nossos dias, o reforçamento do Poder executivo, nos países parlamentaristas, onde se sentiu o monopólio ou usurpação governamental pelo Parlamento, e reabilitação do Poder legislativo, nos países que a deviam querer, como o Brasil, onde o presidencialismo degradou o Congresso Nacional de 1891-1930 e minou o de 1934 em diante, apenas constituiria solução de técnica constitucional dentro da democracia.*" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1937**. Rio de Janeiro: Irmãos

e regulamento, seu livro faz referência a Pimenta Bueno e afirma, também, que delegações legislativas sob o Império eram permitidas — tendo o "*uso da faculdade regulamentar delegada [constituído] um verdadeiro direito consuetudinário, cuja autoridade só negará quem desconheça a verdade [...] de que as Constituições escriptas [...] são dominadas, amoldadas e transformadas pelas Constituições não escriptas, que a vida real lhes impõe*"⁵⁶⁸. Contra argumentos que viam essa impossibilidade nos Estados Unidos, ele respondia esclarecendo que "*a doutrina já hoje não [tinha] a mesma rigidez primitiva*": o poder regulamentar não se achava incluído entre as atribuições inerentes à função executiva, como no Brasil, mas havia sido imposto pelo interesse público nos Estados Unidos — ainda que "*os tribunaes, é bem verdade, [tenham] julgado inconstitucionaes essas delegações*"⁵⁶⁹. Aqui está parte do fenômeno descrito por Victor Nunes Leal quando ele falou no uso do Direito Administrativo contra o modelo incorporado nas bases constitucionais do ordenamento.

Ao examinar a natureza da concessão, Cavalcanti filia-se à teoria francesa e define-a como um contrato de direito público, dizendo que "*quem melhor sustentou a theoria foi Gaston Jèze, na França, e Ugo Forti, na Itália*"⁵⁷⁰. Nos termos da Constituição de 1934, ele afirma, "*não podem mais subsistir as duvidas até hoje existentes em doutrina quanto á natureza da concessão de serviço publico. Não seria lícito pretender attribuir a taes contractos a natureza privada, quando o Estado nelles se reserva o direito de intervir em qualquer tempo na modificação posterior de obrigações assumidas*"⁵⁷¹. Um contrato administrativo diferia fundamentalmente de

Pongetti, 1938. t. 1, p. 304). Um pouco mais à frente, ele pretende que "*Ditadura não significa govêrno de um só; se um Estado fizesse eleito pelo povo um indivíduo, que lhe elaborasse as leis, com possibilidade de "referendum", não seria ditatorial. Seria tão democrático quanto o que elegeisse duzentos ou dois mil deputados.*" (p. 305). Não havia como esperar que o princípio da legalidade, entendido como supremacia do Parlamento dentro do sistema político, por meio de leis cheias de conteúdo e com standards que se impusessem ao Executivo, prosperasse: essa base de compreensão tende a reforçar o poder regulamentar do Presidente da República.

⁵⁶⁸ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 138-141.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 145-6.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 267.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 271. Esses artigos, no entanto, não diziam tanto quanto Themístocles pretendia. Leia-se: "*Art 136 - As empresas concessionárias ou os contratantes, sob qualquer título, de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, deverão: a) constituir as suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros; b) conferir, quando estrangeiros, poderes de representação a brasileiros em maioria, com faculdade de substabelecimento exclusivamente a nacionais. Art 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou*

um contrato privado porque ele só preservava sua inflexibilidade "*enquanto o serviço público não exigir a sua modificação*". Estando em causa um serviço público, a administração "*pode exercer a sua vontade unilateral para modificação ou terminação do contracto*"⁵⁷².

Ao analisar o regime dos demais contratos administrativos, entretanto, Themístocles desloca para eles o modelo elaborado por Amaro Cavalcanti durante a República Velha. Depois de analisar as teorias de Duguit, Hauriou, Jèze e Otto Mayer sobre a existência de contratos firmados pela Administração, ele conclui que "[havia] *evidente exaggero nos conceitos emitidos pelos autores*". A solução para o regime aplicável aos demais contratos firmados pelo Estado era muito mais simples, e havia sido estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em 1908:

O Estado quando se obriga, equipara-se evidentemente aos particulares no que diz com o cumprimento das obrigações assumidas. Elle está obrigado a respeitar as clausulas contractuaes por motivos de ordem moral e de ordem econômica, que não precisam ser aqui salientados, mas **ao assumir essas obrigações, ficam subentendidas certas restricções de ordem publica, que não podem ser desconhecidas pelo patrimônio que com elle contracta, inherentes á sua própria natureza de pessoa de direito publico, cujos interesses confundem-se com os da collectividade.** Evidentemente que taes restricções limitam-se á esphera da conveniência ou oportunidade das medidas asseguradoras do interesse publico. Diz o accordão do Supremo Tribunal Federal de 26 de Agosto de 1908: 'o Estado, sem embargo de entrar em relação contractual com a pessoa privada, não se despe, por isso, jamais, dos direitos e faculdades que constituem a sua propria qualidade de poder.' **E esta é a doutrina universalmente aceita**⁵⁷³.

Esse raciocínio poderia funcionar, mas essa não havia sido a conclusão defendida pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão de 1908 applicava o modelo

delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços". A ideia de que as tarifas das concessões poderiam ser revisadas para que o lucro do concessionário não ultrapassasse uma determinada margem de lucro já estava presente nos modelos adotados durante o Império. O que há de novo aqui é (a.) uma *falta de definição* a respeito do que represente a "justa retribuição do capital", e (b.) uma abertura para a aplicação *imediate* desse dispositivo sobre concessões já existentes. Seja como for, os artigos podem ser tomados como uma manifestação de uma nova *postura* do Estado brasileiro — mais intervencionista, mais social, menos liberal — que era mais adequada à utilização da teoria da concessão como *contrato de direito público* do que a teoria da concessão como *contrato de direito privado*.

⁵⁷² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 284.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 182-3. Grifei.

contrato + *police powers* apenas para os contratos de concessão: ela ocupava ao lugar que passou a ser ocupado, no próprio sistema conceitual de Themístocles, pela concessão como contrato de direito público. Nós podemos ver essa manifestação como uma tentativa inicial, e ainda vacilante, de importar os conceitos franceses para o Brasil. Na edição de 1942 do seu *Tratado*, Themístocles corrigiria esse problema e adotaria a teoria de Jèze *tanto* para explicar a natureza jurídica da concessão *quanto* para definir o regime dos contratos administrativos.

Franco Sobrinho, em 1936, apresentaria a sua tese *Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo* no Primeiro Congresso Jurídico Universitário do Brasil⁵⁷⁴. Nas páginas iniciais de sua obra, ele situa o contexto no qual escrevia: o Direito Administrativo de seu tempo estava ligado "*às tendências de expansão do Direito Público*". Havia uma "*progressiva dilatação nos círculos de existência social, caracterizante da actividade do Estado por sobre a vida dos indivíduos que, de perto,*

⁵⁷⁴ Franco Sobrinho tenta identificar as razões da pouca difusão da técnica das concessões contratuais no Brasil. A sua manifestação é um meio conveniente para identificar a atitude que, na época, prevalecia contra os concessionários estrangeiros instalados no Brasil: "**O pouco desenvolvimento industrial do Brasil, o quasi abandono de nossas fontes de produção, a falta de sévora regulamentação da exploração de serviços públicos por particulares, a pouca garantia oferecida ao Estado pelas trez primeiras cartas constitucionaes do paiz, deixam claro a razão porque, o instituto juridico da 'concessão', não encontrou entre nós ainda, o estudo desinteressado e necessario.** Tudo quanto ahi temos, em materia de concessão de serviços publicos, ou está na mão de companhias estrangeiras, cujo fito unido é o lucro desmedido do capital applicado, ou na dependencia de particulares que se descuidam totalmente do seu desenvolvimento. **Para qualquer lado que nos viremos topamos contractos onerosos para o Estado. E a nossa economia, na maioria das vezes dependente dessas concessões, fica ao sabor da administração bastante exclusivista de companhias, cujo fim é sempre, e nem o pôde deixar de ser, o lucro particular da empresa.** Si conseguimos, com algumas empreitadas mais audazes, minorar os males da economia nacional, não a conseguimos livrar da influencia de companhias particulares, estrangeiras ou nacionaes, que exploram a força hydraulica, a energia electrica, grande numero de serviços de transporte, dominando os meios regulares de comunicação, encarecendo o producto do trabalho brasileiro mesmo dentro do Brasil. É facil justificar, a vantagem do monopolio exclusivo do Estado, até onde o Estado possa agir, no sentido do bem estar das populações. É preciso procurar não esquecer que a 'concessão' é um acto administrativo originador de direitos especiaes. Agindo anarchicamente, sem uma orientação firmada como fizemos até aqui, é facil de se prevêr o trabalho futuro do Estado, em revogar actos, que deram força e direitos a entidades particulares, de fazerem o que bem entenderem da terra, das aguas, dos ares, das minas, dos canaes, dos lagos, etc., etc. **A concessão, é um phenomeno juridico cuja utilidade social urge ser levada em conta, para que se não elaborem contractos como tantos por ahi, contractos verdadeiramente cerceadores não só da vontade creadora do governo como das populações, contractos escravizadores, inimigos até, do progresso technico, das conquistas da sciencia, da actividade natural do individuo.**" (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo*. Tese apresentada ao Primeiro Congresso Jurídico Universitário do Brasil. Curitiba: 1936. p. 10-11. Grifei).

*affecta o proprio sentido das n6rmas administrativas*⁵⁷⁵. O momento exigia do Direito Administrativo que "[observasse] *determinadas condi76es sociaes, [apegando-se] o mais poss6vel 6s tendencias actuaes do Direito Constitucional*". N6o "[era] *l6gico que, em face de tantas e t6o variadas transforma76es soffridas pelo Estado, permane7a ainda, debaixo daquellas velhissimas roupagens, indifferente 6 evolu76o formid6vel do pensamento jur6dico moderno*"⁵⁷⁶. O conceito de concess6o que ele oferece 6 elaborado dentro desse esfor7o de atualiza76o do Direito Administrativo aos "*processos sociaes evolutivos*"⁵⁷⁷: sob n6tida influ7encia da Escola do Servi7o P6blico, Franco Sobrinho define a concess6o com um contrato de direito p6blico.

O que vimos 6 que a concess6o luta por assegurar o funcionamento de um servi7o publico. Por esse motivo s6, ella sahe do plano privado para integrar-se no plano do Direito Publico. E, que existe um vinculo juridico entre as partes, vinculo esse contractual⁵⁷⁸. Dahi, parte a serie de obriga76es e direitos estipulado no acc6rdo de vontades existente, j6 anteriormente, 6 sua objectiva76o, o contracto tal qual elle existe. E vimos 'que a subordina76o do concession6rio ao Estado, a sua integra76o, emb6ra sob f6rma autonoma ao organismo administrativo, importa evidentemente em lhe conferir direitos e prerogativas, que s6 o Estado p6de gosar' "⁵⁷⁹.

Temos, nesses anos iniciais de Rep6blica Nova, uma consolida76o da teoria francesa da concess6o de servi7o p6blico no Brasil. J6 n6o se discute mais que a concess6o possa ser um contrato de direito privado: a sua conex6o com o servi7o p6blico serve de fundamento para a constru76o de um contrato de direito p6blico com cl6usulas modific6veis para atender 6s necessidades cambiantes desse servi7o. Faltava ainda construir o conceito de "contrato administrativo" associado a um regime de prerogativas inerentes 6 Administra76o — e abandonar a concep76o

⁵⁷⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Concess6o de Servi7os P6blicos em Direito Administrativo**. Tese apresentada ao Primeiro Congresso Juridico Universitario do Brasil. Curitiba: 1936. p. 5.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 5-6.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁷⁸ Franco Sobrinho critica acidamente a posi76o de Alcides Cruz — que, inspirado na doutrina alem6, via na concess6o apenas um ato unilateral. Franco Sobrinho espanta-se: "*6 de admirar a falta de melhor observa76o em Alcides Cruz. Qual ent6o a garantia do Estado e principalmente da pessoa concession6ria. Uma coisa, feita assim, sem mais nem menos, e dependente de um acto administrativo n6o oferece garantias.*" N6o teria ficado t6o espantado se houvesse compreendido a proced7encia dos conceitos empregados por Alcides Cruz e o contexto original de sua formula76o na Alemanha do s6culo XIX (*Ibidem*, p. 20).

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 24. Grifei.

que via em todos os demais contratos feitos pelo Estado instrumentos regidos pelo direito privado. A chave seria a doutrina de Gaston Jèze.

A discussão sobre a teoria dos contratos administrativos dá um salto de qualidade com a publicação de *Direito Administrativo e Ciencia da Administração* de Guimarães Menegale. Ao contrário do que dizia Themístocles Cavalcanti, Menegale entendia que decretos de emergência falseavam o princípio representativo "em flagrante conflicto com o preceito, incorporado no direito brasileiro, ao texto constitucional, segundo o qual *delegatus delegare non potest*"⁵⁸⁰. Menegale também apresenta a "administração como obra do direito"⁵⁸¹: baseando-se em Kelsen e Merkl, ele diria que "todas as faculdades administrativas se hierarchizam no sentido da Constituição, que a fundamenta, assim, na legalidade", e que "todas as intenções do agente administrativo remontam a esse principio fundamental de legalidade. Só é administração, nesse sentido, o que é legal. Só podemos reconhecer actos administrativos que se produzam por via de autoridade, e a autoridade é criação de lei"⁵⁸². Aduz, a seguir, que a regra é que "as leis contenham os princípios geraes, os preceitos fundamentaes, a enunciação da norma substantiva; na aplicação, o poder executivo tratará de 'adaptar a actividade humana ao texto". Sendo assim, "se infere que a faculdade regulamentaria do poder executivo é *stricta* — não é *ampliativa*, nem *restrictiva*". Essa maneira de apresentar o problema sugere uma relação *silogística* entre lei e regulamento. Mesmo assim, ao enunciar as condições necessárias ao respeito à lei pelo regulamento, Menegale repete aquilo que vinha sendo feito por nossa tradição desde o Império: repete a formulação de Pimenta Bueno⁵⁸³.

Ao examinar o instituto dos contratos administrativos, Menegale eleva a discussão a um nível ao qual ela ainda não havia chegado no Brasil. O problema essencial, ele explica, não era comparar a teoria alemã, a teoria francesa e a teoria americana para descobrir qual delas estava mais de acordo com a "realidade" das coisas. Dois outros elementos eram mais importantes para poder compreender o instituto: (a.) o *aumento das exigências* feitas aos concessionários durante o final do século XIX e o descontentamento do público com a falta de atualização de seus

⁵⁸⁰ MENECALE, J. Guimarães. **Direito Administrativo e Ciencia da Administração**. Rio de Janeiro: Metrópole Editora, 1938. t. 1, p. 100-1.

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 96 e ss.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 104.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 301-3.

serviços; e (b.) a necessidade, para a Administração, de construir uma outra teoria sobre a concessão — de modo que ela pudesse "exigir do concessionário o que não se encerrasse nas cláusulas estipuladas". A concessão, por isso, havia passado a ser compreendida como um contrato de direito público com cláusulas modificáveis. A citação é longa, mas crucial:

Desde que, ao andar dos tempos, a concessão de obras e serviços publicos se converteu em procedimento ordinario da administração, **passou-se a fazer aos concessionarios maiores exigencias, tanto mais quanto as facilitava a competição dos pretendentes a concessões**. Paralelamente, crescêra a imposição do publico, descontente com a deficiencia de serviços que, dada a situação privilegiada dos primeiros tempos, os concessionarios não se reputavam na obrigação de aperfeiçoar.

Vem desse conflicto de interesses a remota inspiração realista de negar ás relações juridicas da concessão o caracter contractual. Effectivamente, a administração, previda pela contingencia de reclamar o aperfeiçoamento dos serviços publicos, excusava-se com a alegação de que a concessão se subordinava a um contracto de obrigações recíprocas, não lhe sendo possível exigir o que não se encerrasse nas clausulas estipuladas. **Ora, entre a these que implicava em sacrificar os interesses collectivos, a commodidade e o conforto do publico, á observancia de um contracto, cuja celebração castrára a soberania do Estado, personificada na administração, e a convicção de que interesses particulares, comquanto respeitaveis, como os das empresas concessionarias, não podiam sobrepôr-se aos da comunidade, tinha de impôr-se, é claro, a these realista, á qual se accomodasse, fosse como fosse, uma nova concepção de direito administrativo**. Não podia (eis o que certamente se foi definindo na consciencia dos theoristas) não podia a rigidez da dogmatica juridica submeter uma fórmula elementar da vida social, — como era a actividade dos serviços publicos, — á plastica dos actos contractuaes, uma de cujas características é a escassa previsibilidade de evolução.

A reacção tinha de se operar pela espontanea tendencia a remontar á supremacia do Estado, no sentido de attribuir á administração publica a prioridade no estabelecimento das condições contractuaes e, mais do que isso, em reservar para o Estado a prerogativa de fazer valer, sempre que necessario, a sua inalienável e intransferivel autoridade, que, especificamente ou não, subsistia integra, ostensiva ou latente, na contextura do pacto de concessão.

Assim se espraiaram, com direcções divergentes, as concepções doutrinarias. Emquanto a certos autores pareceu não ser necessario abolir a figura do contracto, para outros a concessão cifrava-se em acto administrativo, affim com a licença, a autorização, a permissão de occupação, que não creava direito subjectivo para o concessionario. Antes de entrarmos em pormenores, é conveniente accentuar que, nesse torvelinho, não se subverteu a noção do contracto, que está de pé, embora combatida por outras theorias,

sendo de notar, contudo, que não merece já nenhuma consideração o conceito privatista do contrato de concessão⁵⁸⁴.

Deixando clara a influência da doutrina francesa do início do século XX, Menegale enuncia que "*o princípio elaborador do contrato administrativo é, em summa, o funcionamento de um serviço público*"⁵⁸⁵. A diferença em relação aos textos do início da década é significativa: não só a concessão seria um contrato administrativo, mas também "*a obra pública, o fornecimento, a locação de imóvel, a locação de serviço e o empréstimo público*"⁵⁸⁶. Em todos esses contratos, as obrigações criadas para o contratado privado seriam "*suscetíveis de modificação por parte da administração pública*"⁵⁸⁷.

Ao examinar a natureza jurídica dos contratos de direito privado da Administração, Menegale encontra um dilema: na França, a diferença entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração servia para distribuir-lhes entre a jurisdição administrativa e a judiciária. Ao procurar um fundamento jurídico que pudesse orientar essa distribuição, Menegale *não o encontra*: sua conclusão é de que isso ocorreu "*não sob as influências da política jurídica, a que estritamente incumbe determinar os fins que o direito deve realizar, antes sob a pressão da política social, ou seja, pelas contingências históricas da ocasião*"⁵⁸⁸. No início do século XIX, haviam sido deslocadas para a jurisdição administrativa os contratos sobre vendas de bens nacionais; no início do século XX, os contratos feitos para o funcionamento de um serviço público. Essa diferença de critérios mostrava a "*nenhuma inspiração jurídica*" da prática. Sua conclusão, a despeito de estar contra as práticas estabelecidas no Direito Administrativo, é absolutamente lógica:

A realidade, porém, é que, mesmo no systema de duplo contencioso, a caracterização do contrato de direito privado da administração é extremamente obscura e tenue. Como demonstrámos, a diversificação derivou de circunstancias políticas e o methodo inicial de caracterizar por legislação especial, e não geral, manteve-se através da involução que soffreu o contencioso civil dos

⁵⁸⁴ MENEGALE, J. Guimarães. **Direito Administrativo e Ciencia da Administração**. Rio de Janeiro: Metrópole Editora, 1939. t. 2, p. 162-4. Grifei.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 175.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 231.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 186.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 186.

contractos da administração: para determinados casos, cuja importancia e oportunidade são considerados eventualmente como caracterizantes, o fôro do contracto é o civil e não o administrativo. **Resumidamente: não é a theoria, não é a doutrina, é a tradição política**, interferindo na justiça, que revela a natureza privatista de certos contractos remetidos ao julgamento dos tribunales communs. **De sorte que não conseguimos deduzir a juridicidade dos contractos civis da administração; a conclusão a que vimos é a de serem de direito publico todos os contractos da administração, sem consideração de seu objecto, fórmula, volume ou finalidade.** Essa é, aliás, a conclusão accorde com a theoria dos contractos administrativos que temos explanado, e segundo a qual o acto contractual entre o Estado e o particular se funda, em substancia, no direito civil, cujos principios o informam; é de direito civil o seu arcabouço, a sua estrutura, mas dizemos que é de direito publico porque é de direito publico a matéria sobre a qual versa.⁵⁸⁹

A despeito dessa discussão, no início da década de 40 o binômio "contratos administrativos" e "contratos de direito privado da Administração" já está incorporado ao léxico dos nossos administrativistas. Tavares de Lyra Filho, em 1941, elabora o seu *Contratos Administrativos* e aduz que seu traço distintivo era "*seu objetivo de utilidade pública, destinando-se á prestação de um serviço público*"⁵⁹⁰; distinguiam-se, assim, dos demais contratos firmados pela administração, "*claramente civis quanto ao sujeito, objeto, fórmula e jurisdição*". Seriam contratos administrativos, sujeitos ao seu regime especial, contratos de locação de serviços, fornecimentos, execução de obras, empreitadas, concessões e empréstimos públicos⁵⁹¹. Ruben Rosa⁵⁹² e J. Rodrigues Vale⁵⁹³, escrevendo respectivamente em 1940 e em 1941,

⁵⁸⁹ MENEGALE, J. Guimarães. **Direito Administrativo e Ciencia da Administração**. Rio de Janeiro: Metrópole Editora, 1939. t. 2. p. 223-4. Grifei.

⁵⁹⁰ LYRA FILHO, Tavares. **Contratos Administrativos**. S.n., 1941. p. 77, para todas as citações efetuadas no parágrafo.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 139.

⁵⁹² ROSA, Ruben. **Direito e Administração**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1940. p. 49.

⁵⁹³ VALE, J. Rodrigues. **Técnica de Administração**. Rio de Janeiro: Coelho Branco Filho, 1941. p. 64. Rodrigues Vale corretamente ressalta os "inconvenientes" que a doutrina da concessão como contrato de direito privado estava produzindo: "*Antes da nossa atual Constituição haver preceituado a retroatividade, no caso das concessões de serviços públicos, já nossa legislação havia se insurgido contra certas cláusulas de contratos relativos ás mesmas as quais prejudicavam fundamentalmente os habitantes do nosso país. Tornou-se indispensável uma insurreição por parte do governo contra certos dispositivos de contratos de concessões de serviços públicos. O fornecimento de gaz, luz, energia eletrica, telefone, na cidade do Rio de Janeiro, pela 'clausula ouro', em consequencia da desvalorização da nossa moeda, tornou extremamente elevado o preço de utilidades indispensaveis á vida. O decreto n. 23.501, de 27-11-933 declarou nula qualquer estipulação em ouro ou em determinada moeda ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil réis. Não obstante reconhecermos a necessidade de, de séculos em séculos, insurgir-se o estado contra certas cláusulas dos contratos de concessões de serviços públicos, parece-nos inteiramente inconveniente, continue prevalecendo o artigo da nossa Constituição, ora comentado.*

admitem a existência de contratos administrativos, mas definem-os de acordo com as regras do decreto 15.783 e afirmam que eles são regulados pelos "mesmos princípios geraes que regem os contractos de direito commum".

Em 1942, Themístocles Brandão Cavalcanti lança o seu *Tratado de Direito Administrativo*. As explicações de cunho sócio-político incluídas na edição de 1936 das *Instituições* continuam presentes⁵⁹⁴. A diferença está em que, nessa nova edição, ele apresenta uma nova teoria sobre os contratos administrativos: recepcionando plenamente a teoria francesa, explica que "os contratos administrativos são, assim, uma espécie de contrato de âmbito de ação específico, destinado à execução ou exploração de serviços públicos"⁵⁹⁵:

Existem, portanto, relações, atos bilaterais que interessam propriamente à administração e que, aproximando-se da estrutura dos contratos civís, devem obedecer às normas peculiares ao direito administrativo. Estes contratos, conforme veremos, obedecem aos princípios gerais comuns a todos os atos bilaterais, contendo os mesmos elementos substanciais, mas satisfazendo exigências especiais para a sua vigência. A sua aplicação, e a sua interpretação devem, além do mais, atender a normas peculiares, dada a esfera mais ampla de sua influência e a finalidade pública que têm em vista. **Os contratos administrativos são, assim, uma espécie de contrato de âmbito de ação específico, destinado à execução ou exploração de serviços públicos.**

Logo, com apoio no mesmo, hajam sido sanados os inconvenientes dos contratos de concessões de serviços públicos, insta seja revogado tal artigo e quaesquer outros que consagrem a retroatividade das leis em sua aplicação às aludidas concessões." (p. 84. Grifei).

⁵⁹⁴ Por exemplo: "o direito administrativo é um ramo do direito, de desenvolvimento relativamente recente. Tomou importância maior com o movimento de estatização que se vem processando nestes últimos vinte anos, sob a influência de uma nova política social, em que o Estado se apresenta dentro de uma finalidade tutelar de inconfundível preponderância. O desequilíbrio e o desnivelamento econômico, o pauperismo, a luta de classes, colocaram o Estado na contingência de intervir, com o objetivo superior de restabelecer o equilíbrio, ou pelo menos de minorar os efeitos do desequilíbrio econômico e social, trazendo, para aqueles que não podem por si só, o apoio, o amparo, a proteção, suprindo às necessidades elementares da vida. O Estado, para isso, criou novos serviços, interveiu em uma esfera, destinada anteriormente à iniciativa privada; teve, portanto, de ampliar extraordinariamente os seus quadros administrativos"; e "não é preciso chegar ao extremo das organizações dos Estados totalitários, porque mesmo as organizações democráticas, embora com outro espírito, seguiram o caminho do intervencionismo estatal. Esta influência se fez sentir principalmente depois de 1914/1918. Surgem, então, tratados de direito administrativo sobre planos inteiramente novos ou se reeditam velhas edições adaptadas à nova estrutura das instituições do Estado. Na França, Hauriou, Berthelemy, Roger Bonnard, Waline, Roland e principalmente Gaston Jêze, publicam os seus tratados, contribuição enorme para o estudo do novo direito, sem falar nas inúmeras monografias publicadas sobre cada um dos capítulos do *Direito Administrativo*." (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1942. v. 2, p. 16 (primeira citação) e 20 (segunda citação)).

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 302. O grifo, na transcrição, é meu.

Dentro desses contratos, "*fica ao arbítrio do poder regulamentar, ou legislativo, modificar certas cláusulas contratuais*"⁵⁹⁶. Uma relação contratual "*destinada à execução de um serviço público [...] terá que se subordinar às normas que regulam a execução desse serviço: será, portanto, mero acessório da relação jurídica principal, a que se terá de submeter, porque o serviço público deve se considerar como a razão de ser do laço obrigacional*"⁵⁹⁷. Com isso, ele abandona totalmente a teoria do contrato administrativo exposta em sua obra de 1936 e filia-se à explicação oferecida pela doutrina francesa⁵⁹⁸.

Djacir Menezes, em 1943, confirmaria que "*o contrato administrativo é figura de direito público, em que intervém, como parte o Estado*"⁵⁹⁹: de acordo com a doutrina dominante, "*são de natureza pública os contratos celebrados com a administração, visando, direta ou indiretamente, aos serviços públicos*"^{600 601}. Francisco Campos, no mesmo ano, emitiu parecer onde registrava que "*as concessões de serviço público [constituíam] uma categoria à parte*". Embora fossem chamadas de "contrato", sua natureza era diferente: "*o instrumento em que se consubstancia a concessão constitui um regulamento de serviço, estabelecendo as suas condições, as suas tarifas, o estatuto da sua administração, os direitos do público em relação ao serviço e as vantagens atribuídas ao concessionário*"⁶⁰².

⁵⁹⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1942. v. 2, p. 300.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 310.

⁵⁹⁸ Themístocles Brandão Cavalcanti alegava que no artigo 766 do Código de Contabilidade é suficiente para caracterizar os contratos que ele abrange como "contratos administrativos." (*Ibidem*, p. 302-3). Ele estava errado: o Código de Contabilidade, como se explicou mais acima, insere-se em um paradigma conceitual diferente daquele que é fornecido pela teoria francesa do contrato administrativo.

⁵⁹⁹ MENEZES, Djacir. **Direito Administrativo Moderno**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fº, 1943. p. 161. Djacir Menezes incorre no mesmo erro de Themístocles Cavalcanti, e invoca o artigo 766 como suporte para demonstrar a existência da categoria dos contratos administrativos com direito a um regime diferenciado. Considerando que a obra de Djacir Menezes é de 1943 e de Themístocles Cavalcanti, de 1942, não é de se descartar a possibilidade de que Djacir tenha efetuado essa afirmação *por influência* da obra de Themístocles.

⁶⁰⁰ MENEZES, *op. cit.*, p. 162.

⁶⁰¹ Na obra de Tito Prates da Fonseca (FONSECA, Tito Prates da. **Lições de Direito Administrativo**. São Paulo: Freitas Bastos, 1943) não há capítulo sobre a teoria dos contratos administrativos. O manual examina as teorias apresentadas por Duguit, Jèze e Hauriou acerca do conceito de serviço público e decide que a melhor solução para sua caracterização seria aproximá-lo do conceito de órgão. Com isso, no entanto, ele acaba voltando à acepção de "serviço público" do século XIX (que não tinha a carga social que lhe foi agregada por Duguit) e faz com que "*todos os movimentos do Estado ou da Administração para uma prestação ao povo [sejam] serviços público.s*" (p. 39).

⁶⁰² CAMPOS, Francisco. Concessões ou contratos pra prestação de serviços públicos: multa moratória. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 862-867, out. 1945. p. 865.

Em 1945, José Saldanha Gama e Silva assevera que "*é claro que [o Estado pode contratar]*", e que era um "*bizantinismo*"⁶⁰³ insistir sobre isso. Sua conclusão, depois de explorar as diferentes teorias oferecidas pelos autores estrangeiros, é de que a teoria do contrato de direito público devia ser compreendida à luz das "*transformações vertiginosas e muitas vezes insuspeitáveis do potencial econômico*", em razão das quais "*é de todo imprescindível que a execução dos contratos administrativos fique sujeita àquela teoria da imprevisão que Jêze expõe no terceiro volume de sua obra clássica*"⁶⁰⁴. José Martins Rodrigues, em 1950, entendia, também citando Jêze, que a concessão era um contrato de direito público em que não prevalecia a doutrina da igualdade dos contratantes — e acusava que a teoria contratual defendida pelo Conselho de Estado havia caducado⁶⁰⁵. A igualdade entre o Estado e o particular valeria apenas "*quando se [tratasse] de um contrato comum, regulado pelo direito civil ou comercial, como se o Estado aluga um prédio, ou efetua compra de mercadorias para suprir os seus serviços*"⁶⁰⁶. Fernando H. Mendes de Almeida, em 1956, afirma que "*não há impedimento a que, na esfera do direito público, ocorram relações de direito oriundos do acordo de vontades*"⁶⁰⁷ e que a concessão era um contrato de Direito Administrativo: "*não havendo exemplo de que algum concessionário de serviços públicos tenha sido sub-rogado no exercício*

⁶⁰³ GAMA E SILVA, José Saldanha. Dos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 717-728, abr. 1945. p. 725.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 728.

⁶⁰⁵ RODRIGUES, José Martins. Concessão de Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 14-23, 1950. p. 14 e ss.

⁶⁰⁶ Insiro em rodapé referências a dois textos que, por um critério cronológico, poderiam estar no corpo do texto: (I.) Em 1954, uma tradução de um artigo de Laubadère é publicada na Revista de Direito Administrativo: depois de discussões sobre a legalidade da atribuição de poderes exorbitantes à Administração nos contratos "ancilares" à execução do serviço público, ele proporia uma nova maneira de fundamentá-los: "*O verdadeiro fundamento dos poderes da administração sendo, em todos os casos, sua competência exclusiva de organização dos serviços públicos, a administração poderá sempre, na primeira hipótese [participação direta no funcionamento do serviço público], impor alterações às obrigações de seu co-contratante, porquanto, nesse caso, ela apenas estará usando de seus poderes em relação ao próprio serviço público; na segunda hipótese, [assegurar meios de funcionamento a tais serviços], todavia, ela só poderá fazê-lo quando as alterações do contrato forem a consequência do exercício de suas competências para reorganizar o próprio serviço.*" LAUBADÈRE, André de. Do poder da administração para impor unilateralmente alterações nas cláusulas dos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 45-67, jul./set. 1954. O trecho transcrito está na página 67. (II.) Na obra de Onofre Mendes Júnior (**Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1955) não há capítulo sobre os contratos administrativos. O artigo de Laubadère não foi incluído no texto porque ele não integra a doutrina nacional e porque o texto publicado diz respeito apenas a uma discussão francesa; o texto de Mendes Júnior não foi mencionado em razão da ausência de referência direta ao tema que está sendo investigado.

⁶⁰⁷ ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Noções de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 168.

de tais serviços senão em vontade dele, não vemos razão para que se lhe recuse aquele momento fundamental da bilateralidade"^{608 609}.

2. Consolidação: 1964-1993

Os autores do período que denomino "consolidação" adotam um outro discurso em seu exame do contrato administrativo. Talvez por trabalharem sobre uma base conceitual já razoavelmente aclimatada ao meio jurídico brasileiro, talvez por já estarem acostumados a viver em uma economia dirigida, talvez por escreverem dentro de um contexto político autoritário e politicamente conservador que tornava desinteressante investigações materialistas sobre a estrutura dos institutos jurídicos, os comentaristas que se ocuparam do tema a partir da década de 60 *suprimiram de suas explicações a dimensão social-política-econômica* que estava presente nos textos da fase de "afirmação". Em um segundo momento, o conceito de "serviço público" foi trocado pelo conceito de "puissance publique" como conceito-chave que justificava a existência de um contrato submetido a regime especial. Com isso, a dogmática francesa termina de se instalar dentro de nosso sistema de Direito Administrativo e seus conceitos *naturalizam-se* aqui: em virtude das modificações realizadas durante esse período, nós não pensamos mais os contratos administrativos como "*uma necessidade de aperfeiçoamento introduzida a partir da evolução tecnológica e de uma mudança política*": nós os pensamos em termos *estritamente dogmáticos*, como sendo "*uma consequência lógica da posição privilegiada do Estado quando se projeta sobre os contratos que firma*".

Em 1964, surge a primeira edição do *Direito Administrativo Brasileiro* de Hely Lopes Meirelles: o seu capítulo sobre o instituto dos contratos administrativo está totalmente baseado na dogmática francesa. Contratos administrativos são definidos como "*ajustes que o Poder Público firma nessa qualidade*" com "*finalidade de [promover] um serviço de interesse coletivo ou obra pública*"⁶¹⁰. Importando o

⁶⁰⁸ ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Noções de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 116.

⁶⁰⁹ Na obra de Amílcar de Araújo Falcão (**Introdução ao Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: DASP – Serviço de Documentação, 1960) não há capítulo sobre contratos administrativos; também não há registro no *Compêndio de Direito Administrativo* de Carlos S. de Barros Jr. (1962).

⁶¹⁰ "*O ajuste que o Poder Público, nessa qualidade, firma com o particular, ou mesmo com outra entidade pública, é o que se denomina contrato administrativo. Tais contratos muito se*

binômio contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração, ele explicava que a simples presença da Administração em um contrato não o tornava administrativo: era preciso que ela atuasse "*como Poder Público, tendo por alvo um objeto de sua atividade, e para satisfazer a fins públicos, embora pactuando em forma de acôrdo privado*"⁶¹¹. Por trás desse contrato com formas privadas havia uma conexão com o *jus imperii* que tingia o contrato com uma coloração particular:

Exemplo típico dêsse contrato é o de concessão de serviço público, o qual, embora revestindo a forma instrumental das avenças comerciais, não perde as características de contrato público. Assim também quando a Administração contrata fornecimentos, obras e serviços próprios de sua atividade estatal, ela o faz sem se despir do *jus imperii*, do poder de impor a sua vontade sôbre o modo, forma, tempo e condições da execução da obra ou da prestação do serviço. Age, nesses casos, *publicae utilitatis causa*, e, por isso mesmo, contrata sob a égide do direito público⁶¹².

Em razão dessa conexão, nenhum particular que contratasse com a Administração teria adquirido um "*direito integral à execução do contrato [...] porque isto equivaleria a subordinar o interesse coletivo ao interesse privado*". O direito do particular, explicava Hely, estava restrito à indenização dos prejuízos que a rescisão, determinada por conveniência do Poder Público, pudesse lhe causar. Hely faz referência ao regulamento do Código de Contabilidade Pública de 1922 na sua construção de uma dogmática dos contratos administrativos. Essa referência não deveria ter sido utilizada, porque, como expliquei mais acima, ela estava baseada em premissas *diferentes* daquelas que Hely tentava trazer para o Brasil — o regulamento do Código de Contabilidade, por exemplo, permitia a rescisão *apenas quando contratualmente prevista*, enquanto Hely tornava o Poder Público o "*único juiz dos interesses da comunidade, e só êle pode convir em manter o contrato, ou em assumir a obra ou o serviço contratado, dispensando os préstimos do particular, quando julgar oportuno ou conveniente fazê-lo*"⁶¹³. Essa referência, todavia, tem uma razão de ser: Hely escrevia dentro de um sistema de Direito Administrativo

assemelham aos de direito privado (civil e comercial), mas com êles não se confundem, já porque uma das partes é sempre a Administração Pública, já porque a finalidade contratual é sempre um serviço de interesse coletivo ou uma obra pública." (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 227).

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 228-9.

⁶¹² *Ibidem*, p. 228-9.

⁶¹³ Para as duas citações do parágrafo: MEIRELLES, *op. cit.*, p. 229.

legislado. Na França, o Conselho de Estado, em virtude de sua posição no modelo institucional francês, conseguiu construir *jurisprudencialmente* a ideia de um contrato administrativo. Aqui, embora tenhamos importado a dogmática que se produziu em torno das decisões do Conselho de Estado, era preciso encontrar suporte no *direito positivo* para justificar a existência dos contratos administrativos. Isso explica a utilização, por Hely, do Código de Contabilidade Pública de 1922: *ainda não existia* um marco legal positivando a nova teoria do contrato administrativo. O próprio Hely, alguns anos mais tarde, se encarregaria de preencher essa lacuna.

Manoel Ribeiro, em 1966, modela sua teoria acerca dos contratos administrativos com base na teoria de Jèze — na qual ele vê uma "refutação vantajosa" da tese de Duguit⁶¹⁴ —, e por isso entende que "*a noção de serviço público implica a obrigação para a pessoa que se compromete por um contrato administrativo, de fazer prevalecer o funcionamento do serviço público sobre os seus próprios interesses*"⁶¹⁵. Repetindo a estratégia argumentativa de Hely, ele também encontra a fonte dos contratos de Direito Administrativo "*sobretudo no Regulamento Geral do Código de Contabilidade Pública da União*", mas esclarece — como se quisesse suprir as insuficiências desse regulamento — que cabia "*à jurisprudência papel importante como fonte do direito dos contratos administrativos*", que a doutrina "[forneceria] *à jurisprudência os princípios que a orientam*", e que a doutrina "*nasce, por sua vez, do estudo das decisões do Conselho de Estado da França*"⁶¹⁶. Uma maneira engenhosa de acoplar, a um regulamento elaborado durante a República Velha, diretrizes jurídicas que só haviam adquirido força no país a partir do final da década de 30⁶¹⁷. A partir disso, via nos contratos administrativos um regime em que o contratado não teria direito à *exceptio non adimpleti contractus* e onde a

⁶¹⁴ RIBEIRO, Manoel. **Direito Administrativo**. Salvador: Itapoã., 1966. v. 2.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 11-2.

⁶¹⁷ A necessidade de encontrar um diploma no qual pudesse ancorar sua construção faz com que Manoel Ribeiro defina o "particularismo" dos contratos de Direito Administrativo nas suas normas de "estipulação, aprovação e execução"— usando a linguagem do Código de Contabilidade Pública de 1922 e indicando que essa definição era a que decorria do nosso direito positivo. "**O particularismo dos contratos de Direito Administrativo estará, segundo o nosso direito positivo, nas normas de estipulação, aprovação e execução. Tais normas especiais decorrem de que a Administração Pública, ao contratar, não se despoja das suas prerrogativas de poder público, mormente na fase da execução dos contratos. Devemos insistir em que, nos contratos de Direito Administrativo, a Administração usa processos de poder público: prerrogativas e sujeições. É que ela procura satisfazer o interesse público ou coletivo. Por isso, a posição das partes nos contratos administrativos não é igualitária. Há o primado do interesse geral pelo qual deve velar o poder público e fazer com que prevaleça sobre o interesse do particular na hipótese de conflito.**" (*Ibidem*. Grifei).

Administração dispunha, além de poderes de controle e poderes gerais de polícia "tanto em relação aos co-contratantes como em relação aos administrados em geral", da possibilidade de promover a alteração unilateral do contrato. Os termos em que ele descreve esse direito mostram que os seus fundamentos dogmáticos não estavam no Decreto nº 15.783: era a *doutrina francesa* que inspirava seu posicionamento.

A intervenção da Administração não se limita ao controle e direção da execução do contrato. **Assume também a forma de modificação unilateral do contrato.** A modificação unilateral do contrato, durante a fase da execução, **sòmente pode versar sobre sua duração, sobre o volume e quantidade das prestações e sobre as condições da execução.** É lícito que a Administração ponha fim à concessão antes do prazo estipulado e à execução de sua obra antes da sua conclusão; poderá igualmente estender um serviço concedido, aumentar ou diminuir a massa das obras ou dos fornecimentos convencionados, e poderá substituir a técnica a ser utilizada. **A modificação unilateral pressupõe determinadas condições: mudanças das circunstâncias e uso desse poder em benefício do serviço público. O poder de modificação não tem o mesmo sentido de aplicação em todos os contratos administrativos. É que estes não implicam o mesmo grau de participação no serviço público.** Quanto mais íntima a participação do co-contratante no serviço público, mais acentuado o poder de modificação unilateral: concessão de serviço público, concessão de obras públicas e contrato de pessoal⁶¹⁸.

A seguir, Ribeiro descrevia como as decisões do Conselho de Estado da França, no início do século, haviam levado à consolidação da teoria do contrato administrativo. Sua explicação, quanto a essas decisões, é precisa. Está ausente, todavia, a identificação da posição *anterior* do meio jurídico francês: a compreensão de que os contratos firmados pela Administração eram *privados*, que poderes derogatórios poderiam existir na medida em que previstos em cadernos de encargos e, sobretudo, as decisões em que o Conselho de Estado analisou litígios envolvendo concessões à luz do *pacta sunt servanda* antes de decidir modificar-lhes a natureza. A doutrina dos anos 30 e 40 preocupava-se em justificar a necessidade de um modelo contratual especial com base nas transformações econômicas e tecnológicas que estava percebendo. Manoel Ribeiro, escrevendo na metade da década de 60, já não se preocupa mais com esse tipo de explicação: ao trabalhar

⁶¹⁸ RICHER, Laurent. **Droit des contrats administratifs**. 7. ed. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 38. Grifei. Em seu texto, Manoel Ribeiro faz expressa referência ao posicionamento de Laubadère e de Jèze.

apenas com os conceitos da tradição francesa, ele apresenta o problema como se ele envolvesse a descoberta, a partir de certo momento, de que o Estado "naturalmente" tinha direito a um regime especial nos contratos que firmava em razão da relevância dos serviços que prestava. Esse tipo de explicação — que predomina nos nossos manuais até hoje — *elimina* da história do instituto o seu caráter contingente e torna mais difícil a percepção de toda a carga política a ele associada.

Sobre a matéria, é esclarecedora a jurisprudência do Conselho de Estado, em França. São célebres os casos das companhias de gás e da companhia de bondes, de Marselha. Pelo primeiro caso, a cláusula dita de privilégio foi transformada num direito de preferência, pelo qual as companhias de gás teriam a faculdade de explorar a iluminação elétrica. Se não aceitassem a determinação das autoridades municipais para substituir a iluminação a gás pela elétrica, perderiam a concessão. Pelo segundo caso, foi a companhia concessionária obrigada a estender os seus serviços em determinado bairro contra disposição expressa da cláusula contratual. É que aquele bairro crescera, de modo que o número de veículos e ramais se tornou insuficiente. Em ambas as hipóteses, houve circunstâncias novas: numa, elas foram atendidas por interpretação; noutra, por imposição de encargos. Mas as circunstâncias novas não são apenas motivo e ocasião de obrigações que se impõem ao co-contratante. Podem também constituir ocasião de obrigações do poder público. Retrata bem a hipótese o caso em que companhias de gás, também em França, tinham que fornecer o produto por um preço máximo fixado no contrato. Sobrevindo, porém, a guerra de 1914-18, a matéria prima (carvão do Norte da França) não pôde mais ser fornecida. Teve que ser importada da Inglaterra com as dificuldades da guerra submarina. Daí a necessidade de aumentar o preço do gás, com o que não concordavam as cidades. No affaire gás de Bordéus, o Conselho de Estado decidiu que as cidades deveriam conceder indenização às companhias, para que elas continuassem a fornecer o serviço⁶¹⁹.

José Cretella Júnior, em 1967, apresenta uma teoria contratual totalmente construída sobre o conceito de serviço público. Ele emprega vários elementos da doutrina francesa em sua formulação: (a.) inaplicabilidade dos artigos do Código Civil aos contratos administrativos (apenas das ideias gerais que os justificam); (b.) conexão entre as necessidades do serviço público e o contrato como fundamento para a presença de poderes exorbitantes; (c.) diferença entre contratos de direito privado da Administração e contratos administrativos de acordo com (c.1.) sua

⁶¹⁹ RICHER, Laurent. **Droit des contrats administratifs**. 7. ed. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 40.

conexão com um serviço público e (c.2.) deliberação das partes em sujeitar-se a um regime jurídico que exorbita do campo do Direito Civil^{620 621}.

Valmir Pontes, em 1968, definia contrato administrativo como "*aquele que, celebrado entre a administração pública e um particular ou outra entidade pública, tem por fim a execução de obras ou serviços de interesse público, mediante condições estabelecidas pela própria administração*"⁶²², e distinguia os contratos administrativos dos meros contratos de direito privado — em que a "*administração nivela-se ao particular com quem contrata*". Os contratos administrativos eram regidos por um quadro especial: eram instáveis, e a Administração poderia rescindi-los ou alterá-los a qualquer momento, desde que preservadas as suas cláusulas econômico-financeiras. A mutabilidade das cláusulas regulamentares era "*irrenunciável e [independia] de cláusula expressa*"⁶²³. Luiz Delgado, em 1970, cita Laubadère e diferencia contratos administrativos propriamente ditos e contratos de direito comum. Nos contratos propriamente administrativos, a Administração funcionaria ao mesmo tempo como contratante e "*Poder Público, destinado a*

⁶²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**: Contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3, p. 17-8.

⁶²¹ As manifestações desses autores sobre o princípio da legalidade mostram quão longe estávamos da tradição norte-americana. Para Cretella Júnior, "*não [havia] diferença substancial entre o regulamento e a lei, porque ambos [eram] pronunciamentos de natureza normativa*" (CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 308.). O campo reservado à lei e ao regulamento estava demarcado (i.) por uma reserva legislativa expressa e (ii.) por limites genéricos, decorrentes das "*limitações decorrentes da natureza das normas regulamentares*". Um regulamento, assim, seria constitucional não se desse adequada execução a um *standard* previsto na lei, mas se "*não perdesse de vista a lei em sua letra e espírito*", sem criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações — de acordo com a doutrina de Pimenta Bueno. Com isso, uma relação que deveria ser de *conformidade* se transforma em algo muito próximo a *não contrariedade*. Na visão de Manoel Ribeiro, "*não [havia], entre nós, cabimento para que se [dissesse] que é matéria de lei aquilo que a tradição republicana o indicar, como é corrente em França*", e que só era reservado à lei "aquilo que a Constituição Federal disser que sómente pode ser tratado" por seu intermédio (RIBEIRO, Manoel. **Direito Administrativo**. Salvador: Itapoã, 1964. v. 1, p. 38.). Hely Lopes Meirelles, enquanto isso, afirmava que "*na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*" (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 56-7.). A compreensão do significado da expressão "*aquilo que a lei autoriza*", todavia, é diferente em um modelo onde a relação entre lei e administração é compreendida como envolvendo (a.) reserva legal e uma relação silogística entre lei e ato administrativo, ou em um modelo que (b.) fale mais frouxamente em não contrariedade entre regulamento e as diretrizes da lei. O *discurso* de Hely, nessa parte, está fundamentado na doutrina norte-americana. A *prática* da legalidade, contudo, continuava a ser concebida de acordo com espaços de vinculação mais frouxos e que, como percebido por Victor Nunes Leal, haviam sido construídos a partir da doutrina francesa.

⁶²² PONTES, Valmir. **Programa de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 105.

⁶²³ *Ibidem*, p. 107.

*promover o bem-geral e não podendo exonerar-se de tal encargo" e que "o contrato, em tais hipóteses, [era] apenas um meio de realização do serviço público"*⁶²⁴.

Hely Lopes Meirelles, em 1973, publica a primeira edição do seu *Licitação e Contrato Administrativo*, onde modifica partes da estrutura dogmática que havia apresentado no seu *Curso*. Distanciando-se da Escola do Serviço Público e aproximando o contrato administrativo das teorias que viam no exercício da *puissance* o conceito-chave do Direito Administrativo, Hely afirmou que o traço distintivo do contrato administrativo era "*a presença da Administração com privilégio administrativo na relação contratual*". Era dessa "posição privilegiada", não mais da conexão com um serviço público, que surgiam "*as chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum e a faculdade implícita de alteração e de rescisão unilateral do contrato, nos limites exigidos pelo interesse público*"⁶²⁵. Na contramão do direito francês, o elemento central de sua teoria deixava de ser o serviço público para ser a cláusula exorbitante.

Não é o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do direito privado [...] e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa. Com efeito, não se pode admitir que a Administração realize contratos sem finalidade pública, ou contra o interesse público. Se isto ocorrer, o ajuste será nulo por desvio de finalidade⁶²⁶.

A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é perfeitamente lícita no contrato administrativo, por visar precisamente a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. Tais cláusulas podem consignar as mais diversas prerrogativas, desde que estabelecidas no interesse do serviço público e com o propósito de caracterizar o ajuste como contrato administrativo, imprimindo-lhe o que os franceses denominam 'la marque du droit publique'. **Essa marca de direito público é que coloca o contrato em regime administrativo especial, bem diferente do direito comum, quer na sua elaboração, quer na sua execução. Tais contratos ficam sujeitos a princípios específicos e a interpretação própria do direito**

⁶²⁴ DELGADO, Luiz. **Compêndio Elementar do Direito Administrativo Brasileiro**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1970. p. 148-9.

⁶²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 182-3.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 184-5. Grifei.

público para pleno atendimento de seus objetivos de interesse coletivo⁶²⁷.

No momento em que os contratos administrativos passam a ser justificados *pela opção do Estado em utilizar um regime exorbitante em uma relação contratual*, o seu regime especial deixa de ser justificado a partir das *necessidades cambiantes do serviço* e passa a ser visto como *pura projeção da puissance* sobre as relações contratuais. Hely tinha uma boa razão para dizer isso: enquanto Secretário de Justiça do Estado de São Paulo, ele havia coordenado as atividades de uma comissão que elaborou um projeto de lei sobre contratos administrativos. Esse projeto deu origem à Lei Estadual nº 10.395, de 17 de dezembro de 1970, que regulava "*obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica*" do Estado e organizava, na forma de lei positiva, o quadro de princípios e institutos que até então a doutrina importava da tradição francesa e tentava tornar compatível com o antigo Código de Contabilidade Pública de 1922. Ela é a primeira organização legislativa, entre nós, de um regime de contrato administrativo à moda francesa⁶²⁸. Em seu artigo 1º, essa lei indicava que o regime por ela previsto deveria ser aplicado a "*todas as obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica*"⁶²⁹.

Nós podemos tentar justificar essa redação a partir de duas perspectivas: (a.) ou entendemos que todos os contratos mencionados no artigo 1º são administrativos em razão da sua "conexão" com um serviço público, ou (b.) entendemos que todos esses contratos são administrativos *em virtude de uma deliberação de Estado*. Como a Administração, naquilo que dizia respeito à sua *gestão patrimonial*, ainda era pensada como o *État propriétaire* (e por isso ela podia ainda elaborar *contratos de direito privado*, como reconhecia a doutrina), o critério do serviço público abrangeria *alguns* desses contratos, mas não todos: nem *toda* a aquisição de serviços ou de materiais feita pela Administração possuía um grau suficiente de conexão com o serviço público para justificar a aplicação de um regime exorbitante.

⁶²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 184-5. Grifei.

⁶²⁸ Essa afirmação não leva em consideração os diferentes regimes de *concessão* empregados ao longo do século XX: ela tem por objeto apenas o contrato administrativo *stricto sensu*.

⁶²⁹ Artigo 1º - Todas as obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica do Estado de São Paulo serão realizadas segundo as normas desta lei.

Por isso, para entender que *quaisquer* contratos pudessem ser considerados como contratos administrativos, Hely precisava abandonar o serviço público como critério-chave e adotar o critério das cláusulas exorbitantes. Foi o que ele fez. A outra face desse critério voluntarista está na construção também defendida por Hely de que sociedades de economia mista e empresas públicas "*atuavam como se particulares fossem*" — e então poderiam fazer contratos de direito privado. Caberia em última análise ao Estado *escolher* como queria atuar: sob as vestes de direito público (Estado ou autarquias, usando contratos administrativos) ou sob as vestes de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista, fazendo contratos de direito privado). A doutrina poderia utilizar o critério do serviço público tanto quanto desejasse: mas, enquanto a *lei* utilizasse um critério *mais amplo* do que aquele, a efetividade dessa doutrina (e o seu potencial de explicar a realidade) seria prejudicada.

A doutrina, de modo geral, continuaria utilizando o conceito de serviço público como peça-chave nas suas construções sobre o instituto. Em 1976, Diogo de Figueiredo Moreira Neto via na "*existência do interesse público o traço característico que faz com que a Administração se [colocasse]*" em uma situação especial nos contratos administrativos. Contratos de locação em que a Administração figurasse como locatária, por isso, seriam regidos "*exclusivamente pelo Direito Privado, pois nenhuma das prestações tem natureza pública: o uso, garantido pela relação locatícia, é uma prestação privada, como privada, a renda auferida a título de aluguel*"⁶³⁰. Estava-se, ainda que com uma terminologia um pouco diferente, dentro do modelo da Escola do Serviço Público: o direito de alteração unilateral do contrato era justificado na impossibilidade de "*renunciar ou alienar seu poder-dever de decidir livre e amplamente tudo o que se refira a seus serviços públicos e a suas obras públicas*"⁶³¹. Caio Tácito, em 1971, esclarecia que, para que um contrato fosse administrativo, era preciso que ele (a.) tivesse um objeto correspondente a um fim de interesse público, e que (b.) o regime do contrato contivesse cláusulas especiais, que "[assegurassem] à Administração Pública prerrogativas próprias e exorbitantes

⁶³⁰ Para as duas citações do parágrafo: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed, 3. tir.rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 123.

⁶³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. 129.

do direito comum"⁶³². Rosah Russomano e Nailê Mendonça Lima, em 1972, defendem a mesma conclusão⁶³³

Franco Sobrinho, revisitando o tema em 1981, reclama que o Direito Administrativo "*exigia positividade*", e que não era possível "*continuar repetindo sempre o que disseram os grandes mestres do passado, teimando em não enxergar que tudo mudou e com as mudanças havidas é outra a vida dos direitos nas relações entre Administração e administrados*". Ele identifica que o contrato administrativo "*não [apresentava] mais sequer dificuldades conceituais*": "*o instituto [estava consagrado] na doutrina, alcançando estável posição no quadro das relações administrativas*"⁶³⁴. Seu elemento distintivo, para Franco Sobrinho, deveria continuar a ser a *finalidade* pretendida pela Administração⁶³⁵:

Não há, basta verificar, nos contratos administrativos, objeto que não venha determinado. Não havendo indeterminação, os elementos, que neles atuam, criam situações jurídicas com as mesmas exigências dos contratos de Direito Privado. Dois pontos merecem destaque para uma realística compreensão da problemática: — 'entre a Administração e o particular firma-se um contrato, acordo das partes com objeto determinado e recíproca constituição de direitos e obrigações'; — **'simplesmente, a execução desse contrato, porque respeita a realização de um fim de interesse público, fica sujeita à disciplina deste fim.'** Os critérios, na formalização dos contratos públicos, conduzem a finalidades administrativas. **Embora o regime jurídico fique sensibilizado pela natureza do serviço**, no seu conceito o contrato administrativo faz relações estáveis, que decorrem necessariamente de precisas condições regradas⁶³⁶.

A noção de serviço público, o seu conhecimento na prática da atividade administrativa, explica e justifica o contrato

⁶³² TÁCITO, Caio. Contratos Administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 18, p. 44-47, 1971. p. 44-5.

⁶³³ "*Em última análise, pois, as características básicas do contrato administrativo traduzem-se: 1º — na presença da administração pública, simbolizando um dos pólos da relação jurídica; 2º — na finalidade do contrato, que deve visar, obrigatoriamente, a prestações de interesse público, ou à concretização de obras ou serviços marcados pelo interesse público; 3º — na incidência sobre o mesmo — face a essa finalidade — das normas de Direito Público. Para que se verifique esta incidência, mister se torna que as características referidas em primeiro e segundo lugar sejam convergentes. Que, portanto, coexistam. A simples intervenção do Poder Público (sem a finalidade do interesse comum) não defere ao vínculo o cunho de contrato administrativo.*" (RUSSOMANO, Rosah; MENDONÇA LIMA, Nailê Russomano de. **Lições de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972. p. 229).

⁶³⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981.p. 3.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 8. Grifei.

administrativo. Sem dúvida, a amplitude da noção não prejudica, na diversidade das circunstâncias, os critérios materiais e formais⁶³⁷.

Sérgio d'Andréa Ferreira, em 1985, também mantinha a distinção entre contratos de direito privado da Administração e contratos administrativos, e dizia que administrativos eram apenas os contratos cujo objeto visasse "*à execução de uma atividade administrativa*": (a.) obra pública, (b.) adjudicação de serviços, (c.) fornecimentos, (d.) os relativos ao domínio público, (e.) a concessão de serviços públicos e (f.) os contratos relativos à função pública⁶³⁸.

A discussão sobre o assunto, entretanto, estava prestes a sair da esfera puramente doutrinária, e nossa maneira de compreender os contratos administrativos começaria a tomar uma forma mais definida em 1986. Depois de introduzir um regime especial para obras e serviços de engenharia por meio de um decreto⁶³⁹, o Governo Federal *baseia-se* na Lei Estadual nº 10.395 e elabora um *regime geral* para os contratos administrativos federais: o Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, responsável pela introdução de um regime legislativo aplicável aos contratos administrativos federais. Seguindo a tendência da Lei Estadual nº 10.395, o artigo 1º do Decreto-lei afirma que suas regras são aplicáveis a *todas as "obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica"*⁶⁴⁰. Em 1993, o conjunto de artigos contido no Decreto-lei nº 2.300 seria aperfeiçoado e daria origem à Lei nº 8.666^{iv}. Seu artigo 1º, na mesma linha, indicava que seu regime era aplicável a *todas as "obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios"*.

Deixando claro que o critério do serviço público havia sido totalmente substituído pelo critério da cláusula exorbitante, o artigo 62, §3º da Lei nº 8.666 indica que o rol de prerrogativas exorbitantes que constituem o regime típico do contrato administrativo aplicam-se "*aos contratos de seguro, de financiamento, de*

⁶³⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 11. Grifei.

⁶³⁸ FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Direito Administrativo Didático**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 216-7.

⁶³⁹ Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1974, que regulamenta as licitações e contratos relativos a obras e serviços de engenharia.

⁶⁴⁰ Art 1º Este decreto-lei institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica.

locação em que o Poder Público seja locatário e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado". Os contratos aos quais ele se refere, por certo, *não são mais contratos de direito privado*: são contratos que, utilizando a estrutura cognitiva associada à utilização do conceito de serviço público como critério-chave do Direito Administrativo, nós tradicionalmente compreenderíamos como estando localizados na zona em que o Estado "*pode agir como se um particular fosse*", mas que, *por decisão legislativa*, devem ser agora considerados como contratos administrativos. O estranhamento que isso nos causa decorre do fato de que, *doutrinariamente*, nós temos uma tendência a continuar pensando nos contratos firmados pela Administração com base nos termos da teoria francesa que importamos para o Brasil ao longo do século XX^v. A continuar pensando que a Administração dispõe de uma área em que ela pode "*agir como se um particular fosse*" e que o conceito de serviço público delimita os contratos que deveriam legitimamente ser considerados como administrativos. A continuar *não pensando* na relação dos contratos firmados pela Administração com a lei, como se estivéssemos na França do início do século XX com seu Direito Administrativo desconectado de suas bases constitucionais.

Como dizia Foucault: "*em um certo sentido, não somos nada além do que aquilo que foi dito há séculos, meses, semanas*"⁶⁴¹.

⁶⁴¹ FOUCAULT, Michel. Diálogo sobre o Poder. In: **Estratégia, Poder-Saber**. 2. ed. Trad. de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (Ditos e Escritos, v. 4). p. 258.

CONCLUSÕES

Depois de conhecer a história da formação do conceito de contrato administrativo, existem três séries de conclusões que nós podemos estabelecer. A primeira é uma crítica inicial à caracterização do contrato administrativo feita tradicionalmente pela nossa dogmática. A segunda diz respeito à maneira pela qual nosso Direito Administrativo está estruturado e ao tipo de relação que existe entre os seus conceitos. A terceira procura estabelecer quais são as razões pelas quais nossos Tribunais possuem tantas dificuldades para pensar a relação entre o contrato administrativo e o princípio da legalidade. Essas três séries de conclusões convergem rumo a uma quarta, onde é feita uma crítica mais profunda à dogmática tradicional e onde são indicadas bases para a construção de uma nova dogmática dos contratos administrativos.

1. Conhecer a história que levou ao aparecimento do contrato administrativo permite-nos ver tudo o que há de simplista e contingente na afirmação de que "*contrato administrativo é aquele em que a Administração faz uso de poderes exorbitantes*". Para compreender o alcance dessa definição, nós temos que estar cientes de que: (a.) durante a maior parte do período que vai de 1789 a 2012, os contratos firmados pela Administração possuíam regime *privado* e ela, via de regra, era *equiparada a um particular nos contratos que firmasse*; (b.) se nós fizemos uma "história longa" do Direito Administrativo e retornarmos até as suas raízes romanas, veremos que a teoria dos contratos administrativos é uma criação relativamente *recente* da doutrina, tendo sua origem na renovação do Direito Administrativo conduzida na França no início do século XX; (c.) o diferencial dessa doutrina não é propriamente a atribuição à Administração de posições derogatórias do regime de direito comum: isso já era reconhecido pela doutrina e pela prática do século XIX. O diferencial é atribuir à Administração um conjunto de poderes *não-escritos* e que ela poderá utilizar para modificar *substancialmente* um contrato que tenha firmado; (d.) esse diferencial equivale a deslocar uma parte dos contratos antes firmados pelo *État propriétaire* e reconectá-los na figura do *État puissance* — que não se despe das suas prerrogativas de autoridade nem mesmo quando contrata.

Conhecer a história do contrato administrativo também nos permite compreender que a discussão acerca da "natureza" desse contrato é *pouco frutífera*.

Não há uma "natureza" do contrato que deva ser descoberta: há *regimes jurídicos* construídos pela doutrina em situações diferentes e em momentos diferentes para atingir resultados preordenados. A teoria de Duguit não é intrinsecamente melhor que a teoria de Hauriou; a teoria de Otto Mayer não é intrinsecamente melhor do que a teoria francesa do século XIX. Não existe um critério de verdade que permita dizer que uma construção teórica é intrinsecamente melhor do que a outra. Todas essas teorias são tentativas humanas de explicar e organizar um instituto jurídico com vistas à produção de determinados resultados: o tom descritivo com que eventualmente podem se apresentar oculta o caráter *prescritivo* que está nelas embutido. O essencial, por isso, não é sustentar que a natureza "meio regulamentar, meio contratual" do contrato de concessão seja a maneira "mais correta" de compreendê-lo: o essencial é compreender que essa maneira de explicá-lo *decorreu de uma particular conjunção de fatores sociais, econômicos e políticos* — que, em dado momento, encontrou voz na doutrina e na decisão *Compagnie générale française des tramways* do Conselho de Estado francês e produziu uma modificação parcial no discurso jurídico existente à época. A seguir, devido a outra conjunção de fatores sociais, econômicos e políticos, essa teoria foi recepcionada no Brasil.

2. Influenciados pela ideia de que o Direito forma um todo coerente de regras, nós tendemos a pensar que os fundamentos de nosso Direito Constitucional determinam logicamente os fundamentos do nosso Direito Administrativo e, a partir daí, a configuração dos nossos institutos de Direito Administrativo — que, nessa visão, seriam projeções desses fundamentos de Direito Constitucional e Administrativo. Essa visão é totalmente *prescritiva*: ela não funciona para descrever como o nosso sistema de direito público está *efetivamente* articulado.

Nós não temos, hoje, um todo coerente de ideias estruturado em torno de princípios que conformam, com força determinante, institutos. O nosso Direito Administrativo é uma *soma* de estruturas conceituais elaboradas em épocas diferentes, lugares diferentes, obedecendo a pressupostos epistemológicos diferentes, em razão de interesses diferentes, e que deslizam de uma época a outra de maneira relativamente autônoma. Essas estruturas permanecem existindo porque são consideradas pelos publicistas como verdadeiras e/ou intrinsecamente corretas mesmo depois que os fundamentos que houverem determinado sua criação, no passado, deixam de existir. Elas permanecem existindo mesmo quando esses

fundamentos desaparecem e são substituídos por outros fundamentos que seriam *incompatíveis* com elas.

É assim que a legalidade liberal concebida por Pimenta Bueno, onde a lei funciona como limite ao Poder Público e defesa dos direitos naturais do cidadão, ultrapassa o Império e é apropriada pela doutrina da República para explicar quais são as projeções concretas da ideia de que "*o Estado só pode agir quando autorizado por lei*". Os conceitos de poder regulamentar e poder discricionário construídos durante o Império, de maneira similar, são apropriados pela República Velha — que, com a intenção de produzir um amplo campo de ação em favor do Executivo, preserva-os. A ideia de que o Estado poderia "*contratar como se um particular fosse*", justificável dentro do sistema de direito público do Império, sobrevive por inércia dentro das mentes dos publicistas: ela continua a existir mesmo depois que o Estado passa a se ver como um ente inteiramente controlado pela lei. Mais: ela continua a existir mesmo quando, como hoje, o Estado está vinculado constitucionalmente por princípios que devem (ou deveriam) ser aplicados a *todas* as suas instâncias de atuação.

As evidências que foram obtidas em relação à história do contrato administrativo sugerem que o nosso Direito Administrativo não é um conjunto de princípios e institutos no qual a conformação dos institutos é determinada pela força desses princípios. Os institutos possuem uma *história própria* e uma *vida própria* que é a maior responsável pela conformação do seu perfil. A história da evolução do princípio da legalidade é diferente da história da evolução do contrato administrativo: os fatores conceituais são diferentes, os interesses envolvidos são diferentes, as relações são diferentes e — diria Foucault — as *lutas de poder* que os envolvem também são diferentes. A ideia de que o Direito é um todo harmônico de princípios fornece à doutrina uma ferramenta poderosa para fazer com que os princípios efetivamente *atuem* sobre os institutos: esse ajustamento, contudo, *não é feito de maneira automática*. É preciso *forçar* a sua realização. Sem esse ajuste forçado, cada instituto e cada camada conceitual tenderão a viver suas próprias vidas, sendo determinados por suas próprias histórias e pelos jogos de poder imediatamente envolvidos neles — até que, eventualmente, seja necessário ou conveniente a alguém reformá-los. Como esta dissertação não analisou *todos* os institutos que compõem o nosso Direito Administrativo, esta conclusão deve ser vistas com

reservas — o que se apurou aqui fornece sustentação a ela, mas a comprovação de sua correção em relação a diferentes institutos deve ser feita caso a caso.

3. A partir dessas séries de conclusões, nós podemos começar a analisar o problema que foi exposto na introdução desta dissertação. Afinal de contas, por qual razão os nossos Tribunais possuem tantas dificuldades em pensar na relação entre os contratos administrativos e o princípio da legalidade? Por qual razão eles ora dizem que, quando contrata, o Estado está "*estritamente submetido à lei*", ora que, quando contrata, o Estado pode "*negociar como se qualquer particular fosse*"?

Essa dificuldade decorre do fato de que nossos Tribunais **estão pensando com um instrumental teórico inadequado às nossas bases constitucionais**. Eles não sabem se os contratos firmados pelo Estado devem ser acoplados à categoria dos "atos de gestão" (e, portanto, o Estado pode negociar como se qualquer particular fosse) ou se eles devem ser acoplados à categoria dos "atos privativos de Estado", seja a extensão dessa categoria determinada pelo exercício de *puissance* ou pela prestação de serviço público (onde o Estado está estritamente vinculado à lei.)⁶⁴². A parcela de culpa dos Tribunais, nisso, é relativa: o problema maior está em que **a teoria dos contratos administrativos jamais se preocupou em esclarecer esse problema** — pelo contrário.

Todos os contratos firmados pelo Estado eram originariamente contratos privados. A sua relação com a legalidade se dava como a relação entre qualquer esfera de autonomia privada e a legalidade: mera *supremacia*, geralmente com o objetivo de permitir ao Estado usufruir de um conjunto de prerrogativas derogatórias do direito comum. A teoria do contrato administrativo foi desenvolvida pela doutrina francesa com o objetivo específico de permitir ao Estado **fugir das dificuldades** que a teoria do contrato de direito privado lhe impunha — demonstradas nas decisões do

⁶⁴² Um sintoma dessa indefinição aparece no REsp nº 606.345/RS (v. comentários nas notas de rodapé nº 33 e seguintes, *supra*). Ela parece ter sido responsável pelo fato de que o Superior Tribunal de Justiça (a.) não prestou atenção na condição da CEEE como prestadora de serviço público; e (b.) estabeleceu um binômio que opunha "atividade industrial" e "poder de império" da Administração. Tivesse o Tribunal pensado nos termos da doutrina (ou: segundo os *modelos mentais* associados à doutrina) que opõe "serviço público" e "atividade privada do Estado", o Tribunal teria *começado* o seu processo decisório estabelecendo que os contratos firmados pela CEEE deveriam estar submetidos ao regime associado ao artigo 175 da Constituição, não ao artigo 173. Ele também não falaria que apenas "*quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal [decorressem] do poder de império da Administração Pública*" a arbitragem seria impossível.

Conselho de Estado do final do século XIX e do início do século XX. A solução que ela encontra vai na direção de construir um conjunto de prerrogativas exorbitantes disponíveis ao Estado **ainda elas que não estivessem previstas em lei**. Tudo ocorre *na contramão* do princípio da legalidade. Também na contramão do princípio da legalidade está o "resíduo" da teoria do contrato administrativo: a doutrina atualiza uma parte dos contratos do Estado e, adaptando-a às necessidades dos tempos, cria a teoria dos contratos administrativos. Deixa intocados todos os outros contratos que eram firmados pelo Estado e que permanecem, sob regime de direito privado, integrando a categoria dos "atos de gestão".

Que esses conceitos tenham permanecido intocados foi favorecido por duas circunstâncias próprias do Direito Administrativo francês: (a.) o fato de que, durante a maior parte do século XX, o Direito Administrativo e o Direito Constitucional francês não se comunicavam intensamente; e (b.) o fato de que o Direito Administrativo francês foi projetado, pelo amplo papel que reservou ao Conselho de Estado, para ser *fragmentário* e *adaptável* às peculiares necessidades que a Administração poderia enfrentar nos diferentes campos em que atuasse. A doutrina francesa demorou trinta anos para perceber que ela não tinha uma teoria geral do contrato administrativo: ela estava mais preocupada em resolver *problemas concretos* do que em oferecer sistematizações que conferissem maior coerência teórica às ferramentas teóricas adotadas nessas soluções.

Quando nós importamos para cá a teoria francesa do contrato administrativo, importamos implicitamente todo esse seu entorno. Embora as bases constitucionais do nosso sistema falassem já em "*submissão integral do Estado à lei*", a teoria francesa foi utilizada aqui durante mais de meio século para permitir à Administração Pública dispor de poderes exorbitantes **ainda que eles não estivessem escritos** (e ainda que **não houvesse lei** que os previsse — a primeira *lei* federal sobre isso é de 1986). Além disso, como a França reconhecia a categoria dos "contratos de direito privado" da Administração, a nossa doutrina acolheu-a e utilizou-a entre nós (ou *preservou* a categoria que, afinal, também já estava presente no nosso direito imperial). A elaboração de uma lei geral de contratos administrativos não resolveu o problema: há vários trechos dessa lei, como indiquei na introdução, que pressupõem que a Administração Pública dispõe de uma autonomia contratual *estruturalmente* semelhante à autonomia privada. A Lei nº 8.666/1993 posiciona-se em relação a essa autonomia assim como os cadernos de encargos franceses do século XIX

posicionavam-se em relação à autonomia da Administração — embora sua posição *devesse* ser outra.

4. Todas essas dificuldades estão relacionadas a uma razão mais abrangente. Pelos mesmos efeitos de inércia e deslocamento dos quais falava Foucault e que identifiquei como estando presentes no nosso Direito Administrativo, nós ainda tendemos a pensar que contratos administrativos são "*os contratos em que a Administração dispõe de poderes exorbitantes*". Dentro de um Estado de Direito com uma Constituição rígida que impõe uma série de **vinculações** à Administração Pública, contudo, essa maneira de conceber o instituto deve ser abandonada.

4.1. Quando nós adotamos as prerrogativas distintivas do contrato administrativo como seu traço diferencial, nós implicitamente fazemos duas coisas: (a.) admitimos também que o Estado possa fazer contratos de direito privado (o traço diferencial não seria útil se não existisse uma categoria onde ele *não* está presente); e (b.) *começamos* a pensar o contrato *a partir* desses poderes, sem prestar atenção para o *lugar*, dentro do ordenamento, em que ele está inserido. Um contrato administrativo é uma modalidade de *ação* administrativa. *Toda* a ação administrativa está vinculada pela Constituição: notadamente, pelos princípios do artigo 37 e pelos direitos fundamentais. O conjunto de vinculações constitucionais aplicáveis à Administração Pública faz com que seja impossível pensar que a Administração possa ter seu *dispor* uma área onde ela poderia "*agir como se um particular fosse*". *Toda* a ação da Administração é *ação pública* — em nenhuma instância de atuação ela pode deixar de ter mente o quadro de vinculações constitucionais aplicáveis a ela. Isso se aplica tanto aos "contratos de direito privado da Administração" quanto aos "contratos administrativos"⁶⁴³.

⁶⁴³ Como explica Eberhard Schmidt-Assmann na sua reconstrução sistemática do Direito Administrativo alemão: "*Se a teoria dos dois níveis tenta uma estruturação vertical das relações jurídicas, o Direito privado administrativo, pelo contrário, integra horizontalmente o modo de ação jurídico-privada e os mecanismos de proteção jurídico-públicos. Utilizamos aqui este conceito em um sentido amplo, que inclui tanto a atividade da Administração dirigida à satisfação das suas próprias necessidades, como sua atividade econômica dirigida à obtenção de ganhos ou atividade empresarial. As normas vinculantes básicas do art. 1, parágrafo 3, e art. 20, parágrafos 2 e 3 da GG são válidas para qualquer modo de administrar. O Direito privado não está capacitado para dispensar o Executivo do respeito às exigências próprias da ordem de distribuição de competências e dos requisitos básicos de legitimação. Também a ação da Administração com formas de Direito privado é ação do Estado e tem que responder como tal publicamente. Frequentemente critica-se o Direito privado administrativo dizendo que ele não*

"Contratos de direito privado da Administração" e "contratos administrativos", nessa perspectiva, são mais parecidos do que a terminologia herdada da tradição francesa sugere: ambos são modalidades de *ação pública*, e por isso estão submetidos a um conjunto comum de vinculações. Dentro desse contexto, as prerrogativas exorbitantes, usualmente tidas pela doutrina como *traço diferencial* (e portanto essencial), devem ser vistas como *um acessório*: uma modalidade especial de ação disponível à Administração em *alguns* dos contratos que firma⁶⁴⁴.

O que estou propondo com esse reenquadramento do instituto é o *abandono* da distinção que decorre da presença, entre nós, de restos da teoria romana do *Fiscus* — com a eliminação das categorias "contratos de direito privado da

proporciona critérios normativos suficientes, o que supõe esquecer que esta figura jurídica opera apenas naqueles campos em que o regime jurídico que seria aplicável na sua falta (o Direito privado) deixa uma margem de atuação ainda maior. É neste reduzido setor de atividades administrativas próximas ao mercado e com estas pretensões limitadas como intervém o Direito privado administrativo a fim de estabelecer os ajustes necessários entre os interesses públicos e os privados." A teoria contratual administrativa alemã não é idêntica à francesa (por influência da teoria contratual do século XIX sobre a qual se falou anteriormente; o Estado realiza *alguns* contratos e realiza *alguns* atos por sua face de direito privado, embora a *extensão* desse grupo de atos, e do conceito de "contrato", não seja a mesma extensão que esses conceito e grupo de atos possuem no Direito francês.), e portanto nem tudo o que sobre ela é dito pode ser aplicado entre nós. O problema que Schmidt-Assmann está apreciando, no entanto, envolve uma *base conceitual* que também está presente na teoria francesa e na brasileira: a ideia de que o Estado possui dois níveis, e o problema de compreender de qual maneira as vinculações que certamente afetam a face "pública" do Estado se projetam sobre a sua face "privada". Nesse sentido, a sua frase de que *"também a ação da Administração com formas de Direito privado é ação pública"* é perfeitamente aplicável, à luz da nossa Constituição, ao nosso ambiente jurídico. Eu adicionaria a seguinte crítica: falar-se que a Administração atua "sob regime de Direito privado" decorre de *inércia*. Ela, de fato, *já fez isso* no passado. Hoje, contudo, é preferível dizer que nós temos um *regime de ação pública* com marcos legislativos que conferem à Administração *maior* ou *menor* liberdade para tomar determinadas condutas. Marcos legislativos que confiram à Administração *mais* liberdade podem se inspirar no regime de Direito privado (e por isso podem ser descritos como "privatiformes"), mas *nunca serão de Direito privado* em razão da ação da base constitucional de valores que sempre condiciona e vincula a ação da Administração. Falar em "Direito privado administrativo" complica desnecessariamente o problema: falar em "Direito da Administração sob formas jurídico-privadas", ou "Direito da Administração sob formas inspiradas no Direito Privado" deixa mais claro qual é o lugar desse conjunto de normas no ordenamento. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: Objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Trad. para o espanhol de Mariano Bacigalupo *et al.* Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 2003. Traduzi e grifei.

⁶⁴⁴ Segue-se, novamente, a conclusão de Schmidt-Assmann: *"Damos aqui a denominação de contrato administrativo a todo contrato no qual pelo menos uma das partes é uma Administração pública. Os contratos administrativos podem ter natureza jurídico-pública ou jurídico-privada. Em todo caso, a Administração não celebra nenhum deles sob a base da autonomia privada. Esta é uma consequência da separação fundamental de liberdade e competência para o Direito administrativo, uma separação que para nada foi modificada pelo fato de que, junto ao modelo hierárquico tradicional colocou-se, com indiscutida legitimidade, um modelo de atuação baseado na negociação: a Administração atua sobre a base de uma competência juridicamente vinculante tanto no caso de conclusões de contratos como em todas as demais possibilidades de atuação. Precisamente sobre esta base o contrato administrativo é um instituto que não está reduzido em sua dignidade desde o ponto de vista do Estado de Direito em relação ao ato administrativo"*. *Ibidem*, p. 326. Traduzi e grifei.

Administração" e "contratos administrativos", e sua posterior unificação dentro da categoria mais abrangente dos "contratos públicos". Estou propondo que as bases constitucionais do nosso sistema se *imponham* sobre um dos nossos institutos de Direito Administrativo e provoquem sua *reforma* — de maneira a fazer com que esse instituto passe a funcionar em adequação com os fundamentos do sistema no qual ele está inserido. Não devemos pensar que o Estado é "mais" ou "menos" público de acordo com a natureza dos atos que pratica, e *depois* olhar para o quadro de restrições porventura aplicáveis a esses atos. Essa era a perspectiva da doutrina publicista do século XIX. No modelo jurídico em que estamos, devemos *primeiro* olhar para o quadro de vinculações constitucionais e *depois* pensar em como estruturar as modalidades de ação do Estado. Duguit queria abolir a distinção entre *puissance* e gestão em nome do serviço público. Hoje em dia, nós temos que abolir a distinção entre *puissance* e gestão em nome da Constituição. É a partir dela, informada pelo processo democrático de deliberação e decisão, que devemos definir os meios e regimes da ação pública.

4.2. Há manifestações doutrinárias, é verdade, que já criticaram a categoria dos contratos de direito privado da Administração e afirmaram que existe uma "base pública" que atua sobre eles⁶⁴⁵. Abandonar a terminologia herdada da tradição francesa possui, em relação a essas posições, uma vantagem *heurística*: esse movimento torna mais fácil a obtenção de decisões corretas por parte dos Tribunais. Nos exemplos que foram citados na introdução desta dissertação, o Superior Tribunal de Justiça agiu — como se demonstrou — de uma maneira *casuística*: ele *primeiro* identificou a conclusão que entendia ser mais justa, e *depois* buscou, no ordenamento e na doutrina, um argumento capaz de sustentar essa conclusão. Eliminar do repertório jurídico nacional um argumento, nesse contexto, pode causar mudanças relevantes: essa eliminação faz com que *certos resultados* não possam mais ser sustentados juridicamente, ainda que um Tribunal eventualmente entenda, em um primeiro momento, que eles poderiam ser "justos" ou "adequados" à solução de um litígio. A inexistência de um argumento jurídico que possa dar sustentação a uma solução inicialmente desejada por um Tribunal fará com que ele precise

⁶⁴⁵ Ver, especialmente: (a.) JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011; e (b.) SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94**. São Paulo: Malheiros, 1994.

repensar o caso — e procurar soluções *dentro daquele conjunto de resultados* que é legitimamente apoiado pela ordem jurídica vigente.

A permanência, no repertório jurídico nacional, da ideia de que existem situações em que o Estado pode "*atuar como se um particular fosse*" pode gerar, no ambiente contencioso em que se inserem os Tribunais, dois cenários: (a.) a rejeição da teoria da "base pública" em nome do argumento de que "*o Estado pode atuar como se um particular fosse*" (e vimos, na introdução, episódios em que isso aconteceu em uma das mais altas Cortes brasileiras); ou (b.) fazer com que o julgador de um caso *primeiro* estenda a ele o regime típico de atuação de um particular, e *depois* tente identificar quais os pontos em que as regras e princípios de direito público poderiam *limitar* essa autonomia. Isso também permite às partes envolvidas em litígios oferecer todo tipo de argumento em razão dos quais um determinado valor ou princípio constitucional não deveria, em um determinado caso concreto, ser aplicado — identifiquei, na introdução, que esse tipo de manobra tem sido utilizado para afastar inclusive o princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos. Partir *da Constituição* em qualquer cenário e enquadrar qualquer instância de atuação da Administração como *pública* torna essas manobras argumentativas muito mais difíceis. No limite, serão *as exceções* às regras que precisarão ser construídas por via argumentativa — mas o ônus de demonstrar uma exceção ao princípio da publicidade quando ele é aplicado à atividade de um ente público é maior do que o ônus envolvido na demonstração da necessidade de sua aplicação à atividade de um espaço de autonomia privada.

4.3. Falta, ainda, enfrentar a questão posta no início deste trabalho: qual deve ser a relação entre os contratos firmados pela Administração e o princípio da legalidade? Enquadrar todos os contratos firmados pela Administração dentro da categoria "ação pública" e submetê-los ao artigo 37 faz com que sua assinatura precise necessariamente ser *autorizada por lei*. Pelas razões que mencionei ao longo desta dissertação, contudo, isso ainda não resolve todo o problema: seria preciso saber *de qual legalidade* estamos falando quando, no artigo 37, estabelecemos uma conexão entre a ação pública e a lei.

A resposta completa para esse problema passaria por uma outra análise que está além do escopo desta dissertação: aqui, o objetivo era destacar as *estruturas conceituais* que condicionam a nossa compreensão do instituto dos contratos administrativos e indicar que, dentro do nosso Estado Democrático de Direito, é mais

correto conceber "contratos administrativos" e "contratos de direito privado da Administração" como *modalidades de ação pública* do que como "ação tipicamente pública" e "ação equiparável à de um ente privado". Para definir a relação entre a legalidade e os diferentes contratos da Administração, seria preciso, como medida preliminar, efetuar uma *genealogia do nosso modelo de legalidade*. Esse estudo seria desenvolvido em duas dimensões: (a.) uma dimensão histórica, baseada na evolução da ideia de legalidade no direito brasileiro, e (b.) uma dimensão comparada, baseada na ideia de legalidade no direito estrangeiro e mapeando sua evolução nos Estados Unidos, na França e na Alemanha.

Antecipa-se, provisoriamente, a seguinte hipótese de trabalho: no momento em que a legalidade deixou de ser vista como *limite* e passou a ser vista como *fundamento* necessário de toda ação pública⁶⁴⁶, ela também *modificou a sua densidade*. Ela deixou de precisar possuir a densidade reforçada das leis penais e tributárias e, na Europa, passou via de regra a ser definida de acordo com a *teoria da essencialidade*. Nos Estados Unidos, a versão atenuada da *non-delegation doctrine* parece ter produzido resultados semelhantes ao dizer que um critério possui densidade suficiente quando (i.) as decisões mais importantes são tomadas pelo Parlamento, não por Agências, e quando (ii.) esse critério é suficiente para permitir o controle judicial da ação administrativa. A razão por trás dessas modificações parece ser a crescente complexidade da ação administrativa: demandar uma densidade máxima para *todas* as leis aplicáveis à Administração aumentaria demais os ônus envolvidos na atividade legislativa. Compreender a lei como um conjunto de valores e ferramentas que encomendam ao administrador a execução de uma tarefa e indicam-lhe os meios que ele terá disponíveis para tanto permite uma divisão de tarefas mais racional entre Legislativo, Executivo e Judiciário⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ Sobre isso, ver, exemplificativamente: JESCH, Dietrich. **Ley y Administracion. Estudio de la evolución del principio de legalidad**. Trad. de Manuel Heredero. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1978. p. 219 e ss.; NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 86 e ss.; CABRAL DE MONCADA, Luís S. **Ensaio sobre a Lei**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002; AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Com a colaboração de Lino Torgal. 5. reim. da edição de 2001. Coimbra: Almedina, 2006. v. 2, p. 50-60 e 88 e ss.; PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no Acto Administrativo**. Lisboa: Edições Ática, 1962. p. 19 e ss.; MOREIRA, José Carlos. **O princípio da legalidade na Administração**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1951.v. 27, p. 385-408.

⁶⁴⁷ Carlos Ari Sunfeld recentemente identificou a existência de dois discursos sobre a legalidade no Direito Administrativo brasileiro (cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 132 e ss.) e concluiu que "carece de base a visão monista de

Se isso estiver certo, então nós devemos fazer reformas na nossa teoria da legalidade. Deveríamos exigir que o Congresso tomasse as decisões essenciais em relação às matérias que ele regula, e que essas decisões essenciais tivessem densidade mínima suficiente para permitir o controle judicial das ações da Administração Pública. Poderíamos exigir que o Congresso necessariamente elencasse, com densidade máxima, as ferramentas que ele outorgaria à Administração para atuar em cada um dos campos nos quais ela fosse incumbida de uma missão (e.g. poderes para promover desapropriações, poderes para a imposição de sanções, poderes para a edição de normas, etc.) e que também indicasse os parâmetros que deveriam orientar a ação da Administração nessas tarefas. Nós teríamos, com isso, uma teoria da legalidade mais *realista* do que a teoria da legalidade baseada no direito norte-americano da época da República Velha e, ao mesmo tempo, uma teoria da legalidade que permitiria aos administrados ter *mais controle* sobre a ação administrativa do que a teoria do amplo poder regulamentar defendida por nossa doutrina desde o início da República⁶⁴⁸.

Dentro desse marco conceitual, a relação entre os contratos firmados pela Administração e a lei poderia ocorrer ao longo dos seguintes eixos: a lei deveria sempre *autorizar* a Administração a firmar cada diferente tipo contratual. Essa lei autorizativa deveria sempre indicar um conjunto de valores que deveriam nortear a ação da Administração na elaboração das cláusulas dos contratos que viesse a firmar. Paralelamente, a lei deveria indicar, com densidade máxima, eventuais posições contratuais especiais que ela desejasse atribuir à Administração nesses contratos — como os "poderes exorbitantes" da atual teoria contratual. Em virtude da proibição de privilégio inserida no artigo 173, § 1º, II e §2º da Constituição, a lei não poderia permitir à Administração, quando ela executasse uma atividade econômica, utilizar nos seus contratos poderes exorbitantes. A lei precisaria também autorizar a Administração a proceder à utilização de arbitragem: como a

legalidade, de que a vinculação da Administração ao Parlamento ainda seja a alma do direito administrativo" (p. 144). As considerações de Sundfeld poderiam ser complementadas por um estudo *genealógico* dessas concepções divergentes sobre o significado da legalidade que demonstrasse suas origens (e, de maneira similar ao que se fez aqui, a sua contingência).

⁶⁴⁸ Esta, explica-se, seria apenas uma *proposta* de solução para o problema. A hipótese de trabalho que estou levantando é de que nós hoje *não temos* incorporada à Constituição uma teorização do princípio da legalidade adequada às nossas necessidades. Seria preciso detectar o problema, indicar possíveis sugestões, e remetê-lo de volta ao debate democrático — onde sua solução seria determinada.

Administração, nesse modelo, *não atua como se um particular fosse*, ela não pode utilizar a Lei nº 9.307/1996 e precisa de uma autorização específica para isso.

4.4. Se, diferentemente, nós entendermos que a relação entre a autonomia contratual da Administração Pública e a legalidade deve ser estabelecida de acordo com a doutrina que se baseia na formulação da legalidade "à americana" e que a insere nos fundamentos do nosso Direito Administrativo (e que hoje é reforçada pela redação do artigo 37 da Constituição, que textualmente estende a influência da legalidade para *toda* a Administração), então teríamos o seguinte resultado: (a.) a Administração só poderia proceder à assinatura de um determinado tipo de contrato depois de ser previamente autorizada a isso por meio de lei. Essa lei autorizativa precisaria conter *standards* que permitissem aos administrados controlar a legitimidade do conteúdo das cláusulas incluídas pela Administração nesses contratos, e a Administração não poderia usar um espaço de "autonomia privada", livre de *standards* ou externa às cláusulas que lhe houvessem sido autorizadas por lei, para complementar o regime criado por lei para os seus contratos; e (b.) um raciocínio diferente seria aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista que executassem atividade econômica. A cláusula constitucional que determina a aplicação a essas entidades do "regime próprio das empresas privadas", interpretada de maneira conjunta com o artigo 37 na parte em que ele fala no princípio da legalidade, produziria em benefício delas o direito de não precisarem de autorizações legislativas dotadas de *standards* com tamanha densidade para que pudessem proceder à assinatura de contratos. Materialmente, contudo, seguiriam vinculadas pelos "princípios da administração pública", como afirma o art. 173, § 1º, III da Constituição e, como seus atos constituiriam modalidade de *ação pública*, precisariam de autorização legislativa para poder recorrer à arbitragem.

- ⁱ RÊGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed., *mais correcta e consideravelmente aumentada*. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C. , 1860. p. 7 ("*As funções das autoridades administrativas resumem-se em tres palavras: obrar, consultar, e deliberar; donde vêm a divisão da Administração em activa, ou complexo dos agentes administrativos; consultiva, ou complexo dos conselhos administrativos; e contenciosa, ou complexo dos tribunaes administrativos. A Administração é activa quando provê á execução da Lei, ou dá uma providencia de utilidade publica. A Administração consultiva é a que se colloca em cada um dos degraus da Administração activa para esclarecê-la com os seus conselhos. É um acertado expediente do legislador pôr o conselho ao lado da acção. Todavia as decisões dos corpos consultivos não obrigam, em geral, a Administração activa, que conserva sempre a sua independencia. A Administração é contenciosa, quando julga as questões d'interesse particular, que se ligam á sua acção.*"); OLIVEIRA, José Rubino de. **Epítome de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884. p. 218 ("**Assim, pois, a materia da jurisdição contenciosa administrativa pressupõe. 1º a preexistencia de um direito de ordem administrativa a favor do administrado; 2º a obrigação correspondente especial da parte da administração; 3º a existencia de um acto puramente administrativo, lesando ou offendendo a esse direito; 4º a reclamação da parte do administrado contra a administração, em razão da offensa ou lesão do mesmo direito.**"); URUGUAI, Visconde do. In: CARVALHO, José Murilo (org.) **Visconde do Uruguai**. São Paulo: Ed. 34, 2002. p. 132-3. Grifei ("**O poder administrativo ou a administração divide-se em poder administrativo gracioso e contencioso, ou em administração graciosa e contenciosa. A jurisdição, isto é, o modo de acção, que corresponde a cada um, é também gracioso ou contencioso. A administração é graciosa quando os seus actos, fundados em interesse geral, somente podem ferir ou ferem o interesse particular, dada a colisão entre esses dois interesses. É contenciosa quando fere direitos. Quando a autoridade exerce actos de administração graciosa, é a sua jurisdição graciosa. É contenciosa, quando exerce actos de administração contenciosa. Os recursos são graciosos quando se dão de actos graciosos. Contenciosos quando de actos contenciosos**").
- ⁱⁱ OLIVEIRA, José Rubino de. **Epítome de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884. p. 215. Grifei ("**A jurisdição administrativa, sendo o poder immanente na admnistração para ella decidir, como autoridade, as questões suscitadas pelos administrados, por ocasião do exercício de algum acto administrativo, divide-se naturalmente nas duas especies — graciosa e contenciosa — como, em outro lugar, já fizemos observar. Ora, d'estas duas especies, a primeira tem por objecto as reclamações levantadas sobre a offensa de simples interesses; a segunda, porém, é destinada a decidir as questões relativas a lesões de direito. Consequentemente, a jurisdição administrativa, quando em actividade, presuppõe a existencia de uma reclamação, levantada por administrado, em razão da offensa de um interesse, ou da lesão de um direito, por um acto praticado por agente da administração.**"); RÊGO, *op. cit.*, p. 15 ("**Há dous meios de recurso contra os actos do Governo: o meio gracioso e o contencioso. Pelo meio gracioso. Pelo meio gracioso dirige-se o cidadão ao mesmo Governo, para que reforme os seus actos, sem formulas solemnes, e por uma simples petição. Tem lugar o recurso gracioso, todas as vezes que não ha direito lesado, mas um simples interesse offendido. Se os direitos porém foram violados, se as formulas exigidas, não foram guardadas, tem lugar o meio contencioso**"); e p. 88-9. Grifei ("**Admitte-se que pertence á jurisdição graciosa a reclamação que se funda n'um simples interesse, e á contenciosa a que invoca um direito adquirido. Mas, quaes sejam os signaes d'um e d'outro; e quaes as circunstancias em que cada um d'elles se produz, e o que principalmente importa fixar. Ha simples interesse, se o acto ou facto contra o qual se reclama, não foi praticado em menoscabo d'uma obrigação legal da Administração. Ha porém direito adquirido no caso contrario. Para completar-se a mesma theoria basta indagar, quaes sejam as fontes das obrigações da Administração. Estas fontes são duas: a Lei e os contractos. Logo, todas as vezes que uma reclamação de natureza administrativa se fundar n'um texto de Lei ou Regulamento, ou n'uma disposição contractual, pertence á jurisdição contenciosa. N'outro qualquer caso entra na alçada da graciosa**").

- iii **VEIGA CABRAL, Prudêncio Giralde. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859. p. 74-5.** Grifei (*"Entretanto o poder de julgar administrativamente não pôde ser exercido indistinctamente sobre as reclamações, que se suscitarem por ocasião de todos os actos administrativos; porque a jurisdição administrativa repousa sobre o seguinte principio de toda a jurisdição, qual é, que as suas decisões se applicão a factos, e a direitos; o facto é o acto de Administração, o direito, cuja existencia, ou não existencia, se pretende declarar, é o que allega o interesse individual para fundar a sua reclamação: a Jurisdição Administrativa não pôde ser applicada a todas as reclamações, que se suscitarem por ocasião de actos administrativos que não se apoiarem senão sobre interesse de conveniencia, de utilidade, ou de melhoramento; ella tem por objecto sómente estatuir sobre reclamações, que allegarem direitos particulares, como direitos adquiridos, e preexistentes, aos quaes o acto administrativo possa prejudicar; consequentemente a competencia administrativa funda-se não só sobre a natureza do interesse, que reclama, mas tambem sobre a natureza do acto administrativo, contra o qual se reclama".*); **MENDONÇA, Francisco Maria de Souza Furtado de. Excerpto de Direito Administrativo Pátrio. São Paulo: Typographia Allemã de Henrique Schroeder, 1865. p. 37.** Grifei (*"Em relação aos individuos interesse é a ausencia do direito; nasce da vantagem que qualquer d'elles pôssa colher de uma medida administrativa, ou do desejo de obter uma gratificação ou favor especial, de um desmembramento da utilidade geral em proveito da particular. Direito é o interesse garantido por lei ou titulo — quer esse direito seja propriamente dito ou primitivo — inherente á qualidade de proprietario de bens moveis ou immoveis, corporeos, incorporeos, á de cidadão; quer adquirido — originado de actos puramente discretionarios, porque uma vez adquirido torna-se propriedade do administrado."*); **URUGUAI, Visconde do. In: CARVALHO, José Murilo (org.) Visconde do Uruguai. São Paulo: Ed. 34, 2002. p. 140.** (*"O interesse, quod interest, é o que é útil, o que importa, a vantagem que resulta para este ou aquele individuo de que seja ou não adotada esta ou aquela medida administrativa pela administração. É porém preciso, em direito administrativo, que esse interesse não seja reconhecido, e consagrado na lei ou por um ato administrativo. Aliás assumiria a categoria de direito"*). Também na p. 141 (*"O direito, em matéria administrativa, pode ser encarado ou como direito propriamente dito, chamado também primitivo, ou como direito adquirido. O direito propriamente dito é aquele que está inerente a alguém por virtude da lei. Tal é o que está inerente á qualidade de proprietario ou cidadão. Em todo o governo regular não deve a administração alterar ou modificar esses direitos, por via graciosa ou discricionária. E quando o faça, deve essa matéria ser considerada contenciosa, e ter lugar o recurso contencioso. Alguns desses direitos não podem ser, por modo e em caso algum, pelo governo alterados ou modificados. Tais são os políticos e individuais garantidos pela Constituição. Estão fora do alcance da administração, e não há portanto a respeito deles nem gracioso, nem contencioso. Somente deve pertencer ao poder Judicial decidir quaisquer contestações que os possam prejudicar. Chama-se direito adquirido, em matéria administrativa e em contraposição ao propriamente dito, aquele que tem sua origem em atos administrativos puramente discricionários. Feita uma concessão pela administração, o objeto concedido torna-se propriedade do outorgado. A violação ou revogação desse ato administrativo constitui a violação de um direito adquirido, e a reclamação e discussão torna-se então contenciosa. Esta distinção é de grande alcance. Os direitos propriamente ditos, ou primitivos, nascem da lei. Ora, em geral, as questões que se suscitam sobre a interpretação e applicação da lei são mais próximas dos tribunais ordinários. As que versam, porém sobre a interpretação ou applicação de atos administrativos não podem, sem gravíssimo inconveniente, deixar de ser da competência dos tribunais administrativos. Esta mesma distinção e a clareza de desenvolvimento que deu ao direito administrativo é moderna. Os primeiros escritores a conheceram mal e a confundiram"*).
- iv E, por isso, existe uma notável semelhança entre vários dispositivos da Lei Estadual nº 10.395 e a Lei nº 8.666 — o que serve como evidência do grau de importância que a primeira teve (e ainda tem) sobre a segunda. É na Lei nº 10.395 que está a formulação inicial, em lei positiva, de alguns conceitos que ainda atuam sobre a nossa maneira de pensar sobre os contratos administrativos. De seu conteúdo, destaco os seguintes dispositivos:
 Artigo 41 - Os contratos administrativos regem-se pelas normas desta lei e pelos preceitos do direito público, applicando-se-lhes, supletivamente, as disposições cabíveis do direito privado.
 Artigo 43 - São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...]

Artigo 44 - Os contratos regidos por esta lei não podem ter vigência superior a 5 (cinco) anos, contados da data de lavratura do respectivo instrumento salvo os de concessão de serviço público. § 1º - Os prazos de execução de obras, serviços ou compras admitem prorrogação a critério de Administração, mantidas as demais cláusulas do contrato, desde que ocorra algum dos seguintes motivos: 1. alteração do projeto ou especificação, pela Administração, que acarrete retardamento na sua execução; 2. superveniência de fato excepcional e imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; 3. interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; 4. aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta lei (artigo 51 - 1º); 5. impedimento de execução do contrato, por fato ou ato de terceiro, reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; 6. omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, do qual resulte diretamente impedimento ou retardamento na execução do contrato. § 2º - Toda prorrogação de prazo para execução do contrato deverá ser justificada por escrito, e previamente autorizada pelo Secretário de Estado ou dirigente da autarquia. § 3º - Quando o contrato não se formalizar por «termo de contrato» a autorização para prorrogação do prazo de execução caberá a quem autorizou a licitação.

Artigo 51 - Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei. II - bilateralmente por mútuo acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução ou do modo de fornecimento em fase de verificação técnica da inaplicabilidade nos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial; d) quando necessário o reajustamento de preço, nas condições e de acordo com os critérios estabelecidos. § 1º - O contratante fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial do contrato, e, no caso particular de reforma de edifícios, até o limite de 50%, para os seus acréscimos, excluída sempre desse cálculo a parcela de eventual reajustamento. § 2º - Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no parágrafo anterior. § 3º - No caso de supressão de obras ou serviços, se o contratante já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, deverão ser pagos pela Administração pelos preços de aquisição, regularmente comprovados. § 4º - Toda e qualquer alteração deverá ser justificada por escrito pela autoridade ou parte interessada e previamente autorizada pelo Secretário de Estado ou dirigente de autarquia, devendo constar, obrigatoriamente, de termo de aditamento lavrado no processo originário. Em se tratando de reajustamento de preços, é facultada a substituição do termo de aditamento pela demonstração dos respectivos cálculos.

Artigo 66 - A rescisão do contrato poderá ser: I - administrativa, por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XIV do artigo anterior. II - judicial nos termos da legislação processual. III - amigável, por acordo entre as partes, reduzido a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração. Parágrafo único - A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada do Secretário de Estado ou do dirigente da autarquia interessados.

Artigo 68 - Pela inexecução total ou parcial do contrato, independentemente de rescisão a Administração poderá aplicar ao inadimplente as seguintes penalidades: [...]

v Veja-se: (a.) CARVALHO, FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 160 (falando que "*quando a administração firma contratos de direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum. Na verdade, considera-se que, nesse caso, a Administração age no seu ius gestionis, com o que sua situação jurídica muito se aproxima da do particular*"); (b.) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed, 3. tir. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 184 (de um lado, Moreira Neto parece ficar em uma posição intermediária entre a teoria do serviço público e a teoria da escolha do regime exorbitante ao dizer que os contratos da Lei nº 8.666 devem ser compreendidos como cenários em que as "prestações

devidas à Administração são legalmente predefinidas como de interesse público". De outro, contudo, ele admite que a Administração possa ainda fazer contratos de direito privado quando *"nenhuma das prestações recíprocas estará endereçada a satisfação de qualquer interesse público específico definido por lei"*, como no caso de um contrato de locação onde a Administração seja locatária. Sua posição, diante disso, parece ser de admitir uma espécie de critério das cláusulas exorbitantes em relação aos contratos que a Lei nº 8.666 tipifica como administrativos e compreender que os contratos do art. 62, §3º, seriam de direito privado. Ambos, a meu ver, são tornados administrativos pelo critério das cláusulas exorbitantes — embora sejam contratos administrativos *com regimes diferentes.*); (c.) GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 643 (*"O conceito, por conseguinte, não abriga as convenções celebradas pela Administração Pública sob a égide do Direito Privado (RDA, 137:169), nem as que possam ser estabelecidas entre duas ou mais pessoas de Direito Público. As primeiras porque caracterizadas pela consensualidade na formação do vínculo e pela estabilidade de suas cláusulas (fazem lei entre as partes e não podem ser alteradas unilateralmente por qualquer dos contratantes). As segundas porque não se pode reconhecer a um dos contratantes qualquer supremacia. Os interesses das duas partes são do mesmo peso e natureza, ou seja, são públicos. Nesses ajustes não se tem como atribuir a uma das partes o poder para instabilizar ou extinguir o vínculo."*); (d.) DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 232 (*"A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão-somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público. Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade"* — mas com a ressalva de que Maria Sylvia vê no artigo 62, § 3º da Lei nº 8.666/93 uma *"evidente intenção de publicizar todos os contratos referidos. Com isso, ficaria inteiramente derogado o direito comum, porque o legislador preferiu, em praticamente todos os contratos de que a Administração é parte, manter a sua posição de supremacia sobre o particular"*. p. 241. O meu ponto é: nós não deveríamos pensar que o artigo 62, § 3º, *"deforma"* uma categoria jurídica: deveríamos *construir a categoria jurídica relevante a partir de uma interpretação global da Lei nº 8.666 que incluísse os efeitos do artigo 62, §3º e eliminar os "contratos de direito privado da Administração"* do nosso repertório jurídico.).

Contra, e corretamente: (a.) FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 429 (*"Ora, se os tradicionalmente denominados contratos de Direito privado, tais como seguro, financiamento, locação, etc., celebrados pela Administração estão subordinados aos artigos mencionados (art. 55 e 58 a 61), eles deixam de ser contratos de Direito privado e passam a apresentar a principal característica dos contratos administrativos: a presença de cláusulas exorbitantes. Nesses termos, se durante a execução ou formalização dos contratos indicados houver qualquer dúvida entre a aplicação das normas, regras ou dos princípios do Direito privado ou do Direito administrativo, deverão ser aplicados esses últimos, e, somente em caráter supletivo, serão aplicadas as regras e princípios do Direito privado."*); (b.) MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 232-3 (*"Além dos contratos norteados, na totalidade, pelo direito público, a Administração celebra contratos regidos parcialmente pelo direito privado. A presença da Administração na relação contratual torna difícil a aplicação plena do direito privado. Assim, o art. 62, § 3º, determina que aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o poder público seja locatário e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado aplicam-se as regras da Lei 8.666/93 referentes às cláusulas necessárias, às prerrogativas da Administração (cláusulas exorbitantes) e à formalização. A remissão feita pelo art. 62, na verdade, publiciza tais contratos, quando a Administração figura como parte, pois pouco resta ao direito privado, como bem nota Marcos Juruena Villela Souto."*); (c.) JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 562, identificando o problema a partir do quadro de vinculações constitucionais da Administração: *"É extremamente problemático estabelecer um critério diferencial entre os contratos privados praticados pela Administração e os contratos administrativos propriamente ditos. A diferenciação*

não pode fundar-se no grau de vinculação entre a avença e a promoção dos direitos fundamentais, pois o contrato de direito privado também é uma via para tanto. A melhor solução é reconhecer a impossibilidade de submissão integral de certos segmentos do mercado às regras de direito público. A questão reside não na natureza ou no objeto do contrato propriamente dito, mas no setor da iniciativa privada a que a contratação se relaciona. O fundamental não é o contrato isoladamente considerado, mas as atividades e as empresas que praticam essa contratação. As características da estruturação empresarial geram a impossibilidade de aplicar o regime de direito público, porque isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou o desequilíbrio econômico que inviabilizaria a empresa privada.”); (d.) MUKAI, Toshio. **Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 104. (“Verifica-se que os ‘contratos regidos predominantemente por normas de direito privado’ não podem ser contratos de direito privado puros, pela incidência sobre eles de tantas disposições e normas gerais típicas do direito público. Daí confirmar-se nossa posição, ou seja, que a administração brasileira celebra, tão-só, a partir do Decreto-lei n. 2.300/86, contratos de direito público: contratos administrativos puros e contratos administrativos de figuração privada.”); (e.) SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 199-200 (“Essa visão do problema é, a nosso ver, completamente imprópria, além de descompassada com o direito positivo brasileiro. Quanto a esse último aspecto, adiante se demonstrará que o estatuto nacional dos contratos administrativos (lei 8.666/93) considerou incidentes sobre todos os contratos dos entes públicos os mencionados poderes de autoridade. Logo, não existem, entre nós, contratos da Administração Pública que não sejam ‘administrativos’ no sentido em que normalmente definidos pela doutrina (isto é, como contratos em que ela dispõe de poderes de autoridade). Entretanto, a classificação em pauta contém vício mais sério, gerador de gravíssimas distorções: o de assimilar o conceito de direito administrativo ao de relação jurídica vertical. [...] O direito administrativo é definido a partir de um conjunto de princípios, não de um vetor solitário. Princípios como os da legalidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, motivação, publicidade, razoabilidade, entre outros, incidem nas relações de direito administrativo, e determinam uma série de exigências próprias desse ramo jurídico, independentemente de, nessas relações, o Estado desfrutar ou não de poderes de autoridade. Definir o contrato administrativo com aquele onde o Estado maneja poderes de autoridade e, em consequência disso, classificar como ‘privados’ os demais, na suposição de não serem regidos pelo direito administrativo, mas pelo privado, é ignorar que a Constituição da República — e, a partir dela, as leis — submete todos os atos e relações da Administração Pública a um sistema radicalmente diverso do privado. Por óbvio, é-lhe impossível, sob a justificativa de não estar travando ‘contratos administrativos’, colocar-se sob a égide do sistema do direito privado, assim escapando às exigências da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da motivação, etc.”).

REFERÊNCIAS

- ABREU, Marcelo de Paiva. **O Brasil no século XX: a Economia**. In: IBGE. Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2006.
- AGAMBEN, Giorgio. **Signatura rerum: sobre el método**. Trad. de Flavia Costa e Mercedes Ruvituso. Barcelona: Anagrama, 2010.
- ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Noções de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1956.
- ALONSO, Ângela. **Idéias em movimento: a geração 1870 na crise do Brasil- Império**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- AMAN JR., Alfred C.; MAYTON, William T. **Administrative Law**. 2. ed. St. Paul: West Group, 2001.
- APRILE, Sylvie. **La Révolution Inachevée: 1815-1870**. Coleção Histoire de France. sob direção de Joël Cornette. Paris: Editions Belin, 2010.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées**. Paris: Dunod, 1869. t. 1.
- _____. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Dunod, 1879. t. 2.
- BAKER, A. J. **Annotated Constitution of the United States**. Chicago: Callaghan and Company, 1891.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira: comentários**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992.
- BARBOSA, Ruy. **Natureza Contratual das Concessões Outorgadas pelo Poder Público**. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1912. (Obras Completas, v. 39, t. 2).
- BARROS, Henrique do Rego. **Apontamentos sobre o Contencioso Administrativo**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1874.

BASTOS, José Tavares. **Collectanea da Jurisprudencia dos Tribunaes e Juizes da Republica**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910. v. 1.

_____. **Repertório das Decisões do Supremo Tribunal Federal: 1896-1910**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1918. v. 1.

BATBIE, Anselme. **Traité Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif**. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'État, 1867. v. 5.

_____. **Traité Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif**. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1868. t. 7.

BEACH JR., Charles Fisk. **A Treatise on the Modern Law of Contracts**. Indianapolis e Kansas City: The Bowen-Merrill Company, 1897. v. 2.

BERGER, Adolf. **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**. reimp. Filadélfia: The American Philosophical Society, 1991. [Ed. original: 1952].

BESANÇON, Xavier. **Essai sur les Contrats de Travaux et de Services Publics: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique**. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 2001.

BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

BILLIER, Jean-Cassier; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Trad. de Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

BILLOUET, Pierre. **Foucault**. Trad. de Beatriz Sidou. São Paulo: Estação Liberdade, 2003.

BLONDEAU, Ange. **La concession de service public**. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1933.

BLUM, Léon. **Les congrès ouvriers et socialistes français**. Paris: Société Nouvelle de Librairie et d'Édition, 1901. 2 t.

_____. **Pour être socialiste** [e-book]. Paris: Editions Albin Michel, 2012.

BOIS, Victor. **Les Chemins de Fer Français**. Paris: Librairie de L. Hachette et Cie. 1853.

BONELLI, Régis. Nível de atividade e mudança estrutural. In: IBGE. **Estatísticas do século XX**. Rio de Janeiro: IBGE, 2006.

BONNARD, Roger. **Précis de Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Sirey, 1935.

BRASIL. **Consultas da Secção de Fazenda do Conselho de Estado, colligidas por ordem do Governo: anos 1866-1870**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1871. v. 6.

_____. **Consultas da Secção de Fazenda do Conselho de Estado, colligidas por ordem do Governo:** anos 1871-1873. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1874. v. 7.

_____. **Consultas do Extincto Conselho de Estado sobre assumptos da competência do Ministério da Justiça:** publicadas por ordem do Exm. Sr. Dr. Augusto Tavares de Lyra. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. t. 1.

BRAUDEL, Fernand; LABROUSSE, Ernest. **Histoire Économique et Sociale de la France, III:** 1789-années 1880. L'avènement de l'ère industrielle. Paris: Quadrige, 1993.

BRYANT, Edwin. **The Constitution of the United States.** Madison: The Democrat Printing Company, 1901.

BURDEAU, François. **Histoire du Droit Administratif** (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. **American Journal of Political Science**, v. 36, n. 3, 1992.

CAMPOS, Francisco. Concessões ou contratos pra prestação de serviços públicos: multa moratória. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 862-867, out. 1945.

CARBASSE, Jean-Marie. **Manuel d'introduction historique au droit.** 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

CARDOSO, Fernando Henrique *et al.* **O Brasil Republicano: estrutura de poder e economia (1889-1930).** 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997. v.1. (História geral da civilização brasileira, v. 8).

CAROATÁ, José Próspero Jehovah da Silva. **Imperiaes Resoluções tomadas sobre Consultas da Secção de Justiça do Conselho de Estado:** Parte II. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, Livreiro Editor, 1884.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Contribution à lá théorie générale de l'État.** Paris: Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920. t. 1.

_____. **Teoria General del Estado.** Trad. para o espanhol de José Lión Depetre. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1948.

CARVALHO, FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, José Murilo de (org.) **Visconde do Uruguai.** São Paulo: Ed. 34, 2002.

_____ (org.) **História do Brasil Nação: 1808-2010: A Construção Nacional.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. v. 2.

CASSESE, Sabino. **Las Bases del Derecho Administrativo**. Trad. de Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado de Ciencia da Administração e Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.

CASTRO, Edgardo. **Vocabulário de Foucault**: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Trad. de Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

_____. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1942. v. 2.

CHANTAGREL, Jean. **Droit Administratif Théorique et Pratique**. Paris: Masson, Éditeur, 1856.

CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1.

CHATIGNIER, Louis. **Commentaire des Clauses et Conditions Générales imposées aux Entrepreneurs pour L'exécution des Travaux des Ponts et Chaussées**. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1857.

CHAUVEAU, Adolphe. **Code d'instruction administrative**. 2. ed. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1860. v. 1.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2010.

CHRISTOPHLE, Albert. **Traité théorique et pratique des travaux publics**. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1862. t. 1.

_____. **Traité théorique et pratique des travaux publics**. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1862. t. 2.

COELHO, Henrique. **O Poder Legislativo e o Poder Executivo no Direito Publico Brasileiro**. São Paulo: Typographia do Diario Oficial, 1905.

COHEN, Jean; ARATO, Andrew. **Civil Society and Political Theory**. Massachusetts: MIT Press, 1994.

COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Constitutional Limitations**. 6. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1890.

_____. The Federal Supreme Court - Its Place in the American Constitutional System. In: **Constitutional History of the United States**. Nova York: G.P. Putnam's Sons, 1890.

_____. **The General Principles of Constitutional Law**. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1891.

CORMENIN, Louis Marie de la Haye. **Questions de Droit Administratif**. Paris: M. Ridler, 1822. t. 2.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Almedina: Coimbra, 1987.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 9. ed. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2008.

COSTA, Pietro. The Rule of Law: a Critical Introduction. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). **The Rule of Law: History, Theory, and Criticism**. Springer: Dordrecht, 2010.

COTELLE, Toussaint-Ange. **Cours de Droit Administratif Appliqué aux Travaux Publics**. 3. ed. Paris: Dalmont et Dunod, Éditeurs, 1860. t. 3.

COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público "à Brasileira"? **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., dez. 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo: Contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3.

CRUZ, Alcides. **Direito Administrativo Brasileiro: Exposição Summaria e Abreviada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1914.

D'ALBERTI, Marco. **Poteri pubblici, mercati e globalizzazione**. Bologna: Il Mulino, 2008.

DAVIS, Kenneth Culp. **Administrative Law and Government**. St. Paul: West Publishing, 1960.

DE BLIGNIÈRES, André Le Barbier. **Des Rapports Financiers existant en France entre les Chemins de Fer et L'État**. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence, 1900.

DE COLQUHOUN, Patric MacChombaich. **A summary of the Roman Civil Law**. Londres: V. and R. Stevens and Sons, 1851. v. 1.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Trad. de Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 2005.

DELGADO, Luiz. **Compêndio Elementar do Direito Administrativo Brasileiro**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1970.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DJABALLAH, Marc. *Kant, Foucault, and Forms of Experience*. Nova York: Routledge, 2008.

DOSSE, François. **História do Estruturalismo**. Trad. de Álvaro Cabral. Bauru: Edusc, 2007. 2 v.

DOUSSAUD, Alfred. **Les nouvelles clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des ponts et chaussées** (Cahier du 16 février 1892). Paris: A. Chevalier-Maresq & Cie., Éditeurs, 1903.

DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Carneiro. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DU BOYS, Ch. **Étude sur les Privilèges et Hypothèques accordés a l'État, aux communes et aux établissements publics sur les biens de leurs comptables, précédée d'un essai sur le privilège du fisc dans la législation romaine**. Paris: Imprimerie de la Société de Typographie, 1883.

DUBY, Georges (org.). **Histoire de la France: des Origines à nos Jours**. Paris: Larousse, 2006.

DUCHÉNE, Georges. **L'Empire Industriel: Histoire Critique des Concessions Financières et Industrielles du Second Empire**. Paris: Librairie Centrale, 1869.

DUCLERT, Vincent. **La République Imaginée: 1870-1914**. Paris: Éditions Bélin, 2010. (Coleção Histoire de France, sob a direção de Joël Cornette).

DUCROCQ, Théophile. **Cours de Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Ernest Thorin, 1868.

_____. **Cours de Droit Administratif**. 6. ed. Paris: Ernest Thorin, 1884. t. 1.

DUFF, Patrick William. **Personality in Roman Private Law**. Cambridge: The University Press, 1938.

DUFOUR, Gabriel. **Traité Général de Droit Administratif Appliqué**. Paris: Cotillon, 1856. t. 1.

_____. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1856. t. 5.

_____. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Cotillon: Paris, 1854. t. 2.

DUFOUR, Gabriel. **Traité Général du Droit Administratif Appliqué**. 2. ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1857. t. 7.

DUGUIT, Léon. De la situation des particuliers a l'égard des services publics. **Revue du Droit Public**, Paris, 1907.

_____. **Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)**. Tradução para o espanhol de A. Posada, R. Jaen y C. Posada. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

_____. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Paris: Albert Fontemoing, 1907.

_____. **Traité de Droit Constitutionnel**. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1927. t. 1.

_____. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2 ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923. t. 3.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECKERT, Gabriel. Droit Administratif et Droit Civil. *In*: GONOD, Pascale, MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (orgs.). **Traité de Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 2011. t. 1.

EISENMANN, Charles. La théorie des "Bases Constitutionnelles" du Droit Administratif. **Revue du Droit Public**, Paris, n. 6, p. 1345-1422, 1972.

ELIACHEVICH, Basile. **La Personnalité Juridique en Droit Privé Romain**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942.

ESMEIN, Adhémar. **Éléments de Droit Constitutionnel**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1896. t. 1.

ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um Olhar Português**. Coimbra: Almedina, 2006.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Da proteção do indivíduo contra o ato administrativo injusto. **Revista do Serviço Público**, ano 6, vol. 4, n. 2, separata, nov. 1943.

FAVOREU, Louis *et al.* **Droit constitutionnel**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2009.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Direito Administrativo Didático**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FISHER, H.A.L. (org.). **The Collected Papers of Frederic William Maitland**. Cambridge: The University Press, 1911. v. 3.

FLEINER, Fritz. **Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand**. Trad. de Charles Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Tito Prates da. **Lições de Direito Administrativo**. São Paulo: Freitas Bastos, 1943.

FOUCART, Emmile Victor. **Éléments de Droit Public et Administratif**. 4. ed. Paris: A. Marescq et E. Dujardin, 1855. t. 1.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Trad. de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Machado e Eduardo Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

_____. **As Palavras e as Coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. 9. ed. Trad. de Salma Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Diálogo sobre o Poder. *In: Estratégia, Poder-Saber*. 2. ed. Trad. de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (Ditos e Escritos, v. 4).

_____. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Estruturalismo e pós-estruturalismo. *In: Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento: Ditos e Escritos*. 2. ed. Trad. de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. v. 2.

_____. *Foucault*, [verbete escrito por Michel Foucault, sob o pseudônimo Maurice Florence, para o *Dictionnaire des Philosophes* editado por Denis Huisman em 1984]. *In: Ética, Sexualidade, Política: Ditos e Escritos*. 2. e.d. Trad. de Elisa Monteiro e Inês Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. v. 5.

_____. **História da Loucura na Idade Clássica**. 9. ed. Trad. de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010.

_____. **História da Sexualidade: A vontade de saber**. 19. ed. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2009. v. 1.

_____. **História da Sexualidade: o cuidado de si**. 9. ed. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Edições Graal, 2007. v. 3.

_____. **História da Sexualidade: o uso dos prazeres**. 12. ed. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2007. v. 2.

_____. **Microfísica do Poder**. Org. e trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. Nietzsche, a Genealogia, a História. *In: Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento*. 2. ed. Trad. de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. (Ditos e Escritos, v. 2).

_____. **O nascimento da clínica**. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

_____. O que são as Luzes? *In: Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento*. 2. ed. Trad. de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. (Ditos e Escritos, v. 2).

_____. O Retorno da Moral. *In: Ética, Sexualidade, Política*. 2. ed. Trad. de Elisa Monteiro e Inês Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (Ditos e Escritos, v. 5).

_____. Poder e Saber. *In: Estratégia, Poder-Saber*. 2. ed. Trad. de Vera Lucia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (Ditos e Escritos, v. 4).

_____. Precisoões sobre o Poder. Respostas a Certas Críticas. *In: Estratégia, Poder-Saber*. 2. ed. Trad. de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. (Ditos e Escritos, v. 4).

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 19. ed. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANÇA, Ministério dos Trabalhos Públicos. **Loi et Règlements relatifs aux chemins de fer d'intérêt local et aux tramways**. Paris: Imprimerie Nationale, 1881.

_____, _____. **Recueil des arrêts du Conseil d'État**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1900.

_____, _____. **Recueil des Arrêts du Conseil d'État**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1903. 2. série, t. 73.

_____, _____. **Recueil des Arrêts du Conseil d'État**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1910. 2. série, t. 80.

_____, _____. **Recueil des Arrêts du Conseil d'État**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912. 2. série, t. 82.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo**. Tese apresentada ao Primeiro Congresso Jurídico Universitario do Brasil. Curitiba: 1936.

_____. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAMA E SILVA, José Saldanha. Dos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 717-728, abr. 1945.

GARNIER, Léon; DAUVERT, Paul. **Les concessions de gaz et d'électricité devant la juridiction administrative**: Recueil d'arrêtés des Conseils de Préfecture et d'arrêts du Conseil d'État (1823-1894). Paris: Bureaux du Journal des Usines a Gaz, 1894.

_____; _____. **Les concessions de gaz et d'électricité devant la juridiction administrative**: Recueil d'arrêtés des Conseils de Préfecture et d'arrêts du Conseil d'État (1882-1896). Paris: Bureaux du Journal des Usines a Gaz, 1897. 2. série.

_____; _____. **Les concessions de gaz et d'électricité devant la juridiction administrative**: Recueil d'arrêtés des Conseils de Préfecture et d'arrêts du Conseil d'État (1878-1901). Paris: Bureaux du Journal des Usines a Gaz, 1910. 3. série.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAUDEMET, Paul Marie. Paul Laband et la Doctrine Française de Droit Public. **Revue du Droit Public**, Paris, n. 4, p. 957-979, jui./aout. 1989.

GAUDEMET, Yves. **Traité de Droit Administratif**: Droit Administratif Général. 16. ed. Paris: L.G.D.J., 2001. t. 1.

GÉRANDO, Joseph Marie, Baron de. **Institutes du Droit Administratif Français, ou Éléments du Code Administratif**. Paris: Nêve, Libraire de la Cour de Cassation, 1829. t. 1.

GIORDANENGO, Gérard. De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge. **Journal of Medieval and Humanistic Studies**, n. 7, 2000. Disponível em: <<http://crm.revues.org//index880.html>>. Acesso em: 09 jun. 2010.

GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel Élémentaire de Droit Romain**. 4. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1906.

GOMES, Ângela Maria de Castro *et al.* **O Brasil Republicano**: sociedade e política (1930-1964). 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. t. 3. (Coleção História Geral da Civilização Brasileira, v. 10).

GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

GOODNOW, Frank J. **The Principles of the Administrative Law of the United States**. Nova York: G.P. Putnam's Sons, 1905.

GOZZI, Gustavo. *Rechtstaat and Individual Rights in German Constitutional History*. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). **The Rule of Law: History, Theory, and Criticism**. Springer: Dordrecht, 2010.

GUETTIER, Christophe. **Droit des contrats administratifs**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

HARE, J. I. Clark. **American Constitutional Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1889. 2 t.

HAURIOU, Maurice. **La gestion administrative**. Étude théorique de droit administratif. Paris: Ancienne Maison L. Larose & Forcel, 1899.

_____. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**: Comentários a decisões do Conselho de Estado reunidos e organizados por André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. 3 t.

_____. La théorie de l'institution et de la fondation. In: **Aux Sources du Droit**: Le pouvoir, l'ordre et la liberté. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933.

_____. **Précis de Droit Administratif**. 4. ed. Paris: Ancienne Maison L. Larose et Forcel, 1900.

_____. **Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel**. 2. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1930.

_____. **Précis de droit administratif et de droit public**. 12. ed. rev. e atual. por André Hauriou. Originalmente publicada em 1933. Reedição: Paris: Éditions Dalloz, 2002.

HELLINGER, Daniel C. **Comparative Politics of Latin America**. Nova York: Routledge, 2011.

HENRION DE PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas. **De l'autorité judiciaire en France**. Paris: Théophile Barrois Père, 1818.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.

HEUSCHLING, Luc. **État de Droit, Rechtstaat, Rule of Law**. Paris: Dalloz, 2002.

HONNETH, Axel. *Crítica del Poder*: **Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad**. Trad. para o espanhol de Germán Cano. Madri: Machado Libros, 2009.

IGLÉZIAS, Paola D'Andretta. A legislação comercial e o movimento de codificação civil no Segundo Reinado. In: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes. **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (de 1850 a 1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

JÈZE, Gaston. **Les Principes Généraux du Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Marcel Giard, 1925-1936. 6 v.

_____. **Nature juridique de la concession de service public**. Paris: Revue du Droit Public, 1910.

_____. **Théorie Générale des Contrats de l'Administration**. Paris: Marcel Giard, 1931.

JOUANJAN, Olivier. La Constitution. *In*: GONOD, Pascale; MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (orgs.). **Traité de Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 2011. t. 1.

JOURDAN, Philippe. **La Formation du Concept de Service Public**. Paris: Revue de Droit Public, 1987.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand**. Ed. francesa, revisada pelo autor. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901. t. 2.

LAQUIÈZE, Alain. État de Droit and National Sovereignty in France. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). **The Rule of Law: History, Theory, and Criticism**. Springer: Dordrecht, 2010.

LAUBADÈRE, André de. Do poder da administração para impor unilateralmente alterações nas cláusulas dos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 45-67, jul./set. 1954.

LEAL, Victor Nunes. Delegações legislativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 378-390, jul. 1946.

_____. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 53, out./dez. 1948.

LECHALAS, Georges. **Manuel de Droit Administratif: Services des Ponts et Chaussées et Chemins Vicinaux**. Paris: Gauthier-Villars et fils, 1893. t. 2, fascículo 1.

_____. **Manuel de Droit Administratif: Services des Ponts et Chaussées et Chemins Vicinaux**. Paris: Gauthier-Villars et fils, 1898. t. 2, fascículo 2.

LEGOHÉREL, Henri. **Histoire du Droit Public Français: des origines à 1789**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

LESAFFER, Randall. **European Legal History: A Cultural and Political Perspective**. Trad. para o inglês por Jan Arriens. Nova York: Cambridge University Press, 2010.

LEYGUE, Léon. **Chemins de Fer. Notion Générales et Économiques**. Paris: Librairie Polytechnique, 1892.

LICHÈRE, François. **Droit des contrats publics**. Paris: Dalloz, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. **Preparação à dogmática jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1958.

LINS, Jair. Concessão privilegiada de serviço público. Conceito. Garantias. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 45, p. 6-10, jul./ago. 1925.

LONG, Marceau *et al.* **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2011.

_____ ; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy. **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative**. 2. ed. Paris: Sirey, 1958.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As Palavras e a Lei: Direito, Ordem e Justiça no Pensamento Moderno**. São Paulo: Editora 34, 2004.

_____. **O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil Império**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil: uma interpretação**. São Paulo: Senac São Paulo, 2008.

LOSANO, Mario. **Sistema e Estrutura no Direito**. Do século XX à pós-modernidade. Trad. Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. 3.

LYRA FILHO, Tavares. **Contratos Administrativos**. S.n., 1941.

MACAREL, Louis Antoine. **Cours d'Administration et de Droit Administratif**. 2. ed. Paris: Typographie de Plon Frères, 1852. t. 2.

_____. **Des Tribunaux Administratifs**. Paris: J.P. Roret, 1828.

_____. **Éléments de Droit Politique**. Paris: Néve, Libraire de la Cour de Cassation, 1833.

MAGALHÃES COLLAÇO, João Maria Tello de. **Concessões de serviços públicos**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1928. (reimpressão da primeira edição, de 1914).

MARCUS, Laure. **L'unité des contrats publics**. Paris: Dalloz, 2010.

MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand**. Paris: V. Girard & E. Brière, 1905. t. 3.

_____. **Le droit administratif allemand**. Paris: V. Girard & E. Brière, 1906. t. 4.

MCQUILLAN, Colin. Philosophical Archaeology in Kant, Foucault and Agamben. **Parrhesia**, n. 10, p. 39-49, 2010. Disponível em: <http://www.parrhesiajournal.org/parrhesia10/parrhesia10_mcquillan.pdf>. Acesso em: 02 maio 2012

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MENDONÇA, Francisco Maria de Souza Furtado de. **Excerpto de Direito Administrativo Pátrio**. São Paulo: Typographia Allemã de Henrique Schroeder, 1865.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações, ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito**. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908.

MENEGALE, J. Guimarães. **Direito Administrativo e Sciencia da Administração**. Rio de Janeiro: Metrópole Editora, 1938. t. 1.

_____. **Direito Administrativo e Sciencia da Administração**. Rio de Janeiro: Metrópole Editora, 1939. t. 2.

MENEZES, Djacir. **Direito Administrativo Moderno**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fº, 1943.

MESTRE, Jean-Louis, **L'arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir?**, Paris: RFDA, 2003.

_____. **Introduction Historique au Droit Administratif Français**. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.

MILLARD, Eric. Hauriou et la théorie de l'institution. **Droit et Société**, Paris, v. 30, 1995.

MILLER, James. **La pasión de Michel Foucault**. Trad. para o espanhol de Oscar Luis Molina. Santiago: Andrés Bello, 1996.

MOMMSEN, Théodore; MARQUARDT, Joachim. **Manuel des Antiquités Romaines: Le Droit Public Romain**. Trad. para o francês de Paul Frédéric Girard. Paris: Ernest Thorin, 1891. t. 7.

MORABITO, Marcel. **Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)**. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2010.

MORAES, Antão de. A Natureza das Concessões Administrativas. **Revista dos Tribunais**, v; 8. n; 25, mar./maio 1918.

_____. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 56, abr./jun. 1959.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. 11. ed.. Paris: Montchrestien, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed, 3. tir. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. Nova York: Routledge, 2007.

MUKAI, Toshio. **Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1990.

NIETO, Alejandro. **Estudios Historicos sobre Administración y Derecho Administrativo**. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1986.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: uma polêmica**. Trad., notas e posfácio de Paulo César de Souza. 10. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NIÑO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica**. 1. ed., 1. reimp. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

OKSALA, Johanna. **Como ler Foucault**. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

OLIVEIRA, José Rubino de. **Epítome de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884.

OLIVIER-MARTIN, François. **Histoire du droit français: Des origines à la Révolution**. 3, ed. Paris: CNRS, 2010.

ORTEGA, Luis. L'evoluzione delle basi costituzionali del diritto amministrativo. *In*: D'ALBERTI, Marco (org.). **Le nuove mete del diritto amministrativo**. Bologna: Il Mulino, 2010.

OSÓRIO, Helen. As elites econômicas e a arrematação dos contratos reais: o exemplo do Rio Grande do Sul (século XVIII). *In*: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (orgs.). **O Antigo Regime nos Trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

PACTEAU, Bernard. **Le Conseil d'État et la Fondation de la Justice Administrative Française au XIX^e Siècle**. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

PANHARD, M. A. **Jurisprudence du Conseil d'État. Recueil des Arrêts**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1930.

PASCALIS, Henri. **Droit Romain: Régime des Travaux Publics**; Droit Français: Détermination et Délimitation du Domaine Public en matière de routes et de chemins. Versailles: Imprimerie de E. Albert, 1881.

PÉQUIGNOT, Georges. **Théorie Générale du Contrat Administratif**. Paris: Éditions A. Pédone, 1945.

PICARD, Alfred. **Les Chemins de Fer Français**. Étude Historique sur la Constitution et le Régime du Réseau. Paris: J. Rothschild, 1884. 2 t.

PIERUCCI, Antônio Flavio de Oliveira, et *al.* **O Brasil Republicano: economia e cultura (1930-1964)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. t. 3. (Coleção História Geral da Civilização Brasileira, v. 11).

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

PINHEIRO, Paulo Sérgio *et al.* **O Brasil Republicano: sociedade e instituições (1889-1930)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990. t. 2. (História geral da civilização brasileira, v.9).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1937**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938. t. 1.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. 2.

PONTES, Valmir. **Programa de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

PORTELLA, Joaquim Pires Machado. **Constituição Política do Império do Brazil confrontada com outras Constituições**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1876.

PORTUGAL. **Constituição Política da Monarchia Portugueza**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1822.

POTTER, David S. (org.). **The Blackwell Companion to the Roman Empire**. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.

RAWLE, William. **A view of the Constitution**. 2. ed. Philadelphia: Philip H. Nicklin, 1829.

REDOR, Marie-Joelle. **De l'État légal à l'État de droit: l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française: 1879-1914**. Paris: Economica, 1992.

REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. mais correcta e consideravelmente aumentada. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860.

RÊGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed., mais correcta e consideravelmente aumentada. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860

RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866.

RIBEIRO, Manoel. **Direito Administrativo**. Salvador: Itapoã, 1964. v. 1.

_____. **Direito Administrativo**. Salvador: Itapoã., 1966. v. 2.

RICHER, Laurent. **Droit des contrats administratifs**. 7. ed. Paris: L.G.D.J., 2010.

RIPERT, Henri. Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles. **Revue de Droit Public**, Paris, v. 22, p. 5-39, 1905.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Michel Foucault e o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, José Martins. Concessão de Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 14-23, 1950.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: 1899-1910**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. t. 2.

ROLLAND, Louis. **Précis de Droit Administratif**. 9. ed. Paris: Dalloz, 1947.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA, Ruben. **Direito e Administração**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1940.

RUSSOMANO, Rosah; MENDONÇA LIMA, Nailê Russomano de. **Lições de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972.

SAINT-PAUL, Achille. **Des droits du fisc en droit romain**. Des obligations et des droits du trésor public en droit français. Paris: Typographie Lahure, 1875.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de Derecho Administrativo**. 3. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. v. 1.

SANTOS, Manuel Porfírio de Oliveira. **Direito Administrativo e Sciencia da Administração**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Traité de Droit Romain**. Trad. para o francês de Ch. Guenoux. Paris: Firmin Didot, 1841. t. 2.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: Objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Trad. para o espanhol de Mariano Bacigalupo *et al.* Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

SERRIGNY, Denis. **Droit Public et Administratif Romain**. Paris: Aug. Durand, 1862. 2 t.

_____. **Traité de l'Organisation de la Compétence et de la Procédure en matière Contentieuse Administrative**. Paris: Aug. Durand, 1865. v. 1.

SIREY, Jean-Baptiste. **Du Conseil d'État selon la Charte Constitutionnelle**. Paris: Cour du Harlay, n. 21, 1818.

SOLEIL, Sylvain. **Introduction Historique aux Institutions**. IV^e-XVIII^e siècle. 2. ed. Manchecourt: Flammarion, 2005.

SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Esboço de hum dicionario juridico, theoretico e practico**. Lisboa: Impressão Régia, 1825. v. 1.

SOUSA, Joaquim Rodrigues de. **Analyse e commentario da Constituição Politica do Imperio do Brazil**. São Luiz, 1867.

STIRN, Bernard. **Les sources constitutionnelles du droit administratif: Introduction au droit public**. 7. ed. Paris: L.G.D.J., 2011.

STOLLEIS, Michael. **Public Law in Germany: 1800-1914**. Nova York: Berghahn Books, 2001.

STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**. 4. ed. Atual. e comentada por Thomas Cooley. Boston: Little, Brown, and Company, 1873.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94**. São Paulo: Malheiros, 1994.

TÁCITO, Caio. Contratos Administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 18, p. 44-47, 1971.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. **Casuismo y Sistema: Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano**. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

THOMAZ, Manuel Fernandes. **Repertório geral, ou índice alphabetico das leis extravagantes**. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1815.

TIMBAL, Pierre-Clément; CASTALDO, André; MAUSEN, Yves. **Histoire des institutions et des faits sociaux**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2009.

TROLLEY, Alfred. **Traité de la Hiérarchie Administrative**. Paris: Typographie Plon Frères, 1854. v. 5.

TRUCHET, Didier. **Droit Administratif**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

TUCKER, St. George. **Blackstone's Commentaries**. Philadelphia: William Young Birch, and Abraham Small, 1803. v.1, apêndice, nota D, seção 16.

URUGUAI, Visconde do. *In*: CARVALHO, José Murilo (org.) **Visconde do Uruguai**. São Paulo: Ed. 34, 2002.

VALE, J.Rodrigues. **Técnica de Administração**. Rio de Janeiro: Coelho Branco Filho, 1941.

VASCONCELLOS, José Mattos de. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. v. 1.

VASSALLI, Filippo E. **Concetto e Natura del Fisco**. Turim: Fratelli Bocca, 1908.

VEDEL, Georges. **Les sources constitutionnelles du droit administratif**. Paris: E.D.C.E., 1954.

VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859.

VEYNE, Paul. **Foucault: seu pensamento, sua pessoa**. Trad. de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

VIGOUROUX, Eugène. **Législation et Jurisprudence des Chemins de Fer et des Tramways**. Paris: Ernest Thorin, 1886.

VILLAR PALASÍ, José Luis. **Técnicas Remotas del Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2001.

VIVIEN, Alexandre François Auguste. **Études Administratives**. 3. ed. Paris: Librairie de Guillaumin & Cie, 1859. t. 1.

WALINE, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, 1952.

WEIDENFELD, Katia. **Histoire du Droit Administratif: Du XIV^e siècle à nos jours**. Paris: Economica, 2010.

WEIL, Prosper. **Derecho Administrativo**. Trad. de Luis Rodríguez Zúñiga, adaptada à décima edição do original por Javier García de Enterría L.-Velázquez. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

WILLEMS, Pierre. **Droit Public Romain**. 5. ed. Paris: Louvain, 1883.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. **The Constitutional Law of the United States**. Nova York: Baker, Voorhis & Company, 1910. v. 1.