

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

Rodrigo Führ de Oliveira

REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Raízes, identidade e crítica da teoria da dualidade de regimes contratuais à luz do
ordenamento jurídico brasileiro

Porto Alegre

2019

Rodrigo Führ de Oliveira

REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Raízes, identidade e crítica da teoria da dualidade de regimes contratuais à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Dissertação apresentada como requisito parcial para 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: Professor Doutor Rafael Da Cás Maffini.

Porto Alegre

2019

Rodrigo Führ de Oliveira

REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Raízes, identidade e crítica da teoria da dualidade de regimes contratuais à luz do ordenamento jurídico brasileiro

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

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Rafael Da Cás Maffini (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Martín Périus Haeberlin
Universidade Ritter dos Reis

Conceito: _____ **A** _____

Porto Alegre, 2019.

AGRADECIMENTOS

Encerrar um ciclo, olhar para trás e ver com nostalgia o caminho percorrido é sinal de que a estrada esteve repleta de bons momentos, vivências edificantes e, sobretudo, pessoas importantes. É a essas pessoas, agora, que devo meus sinceros agradecimentos.

A viagem teve início já no dia seguinte à cerimônia de graduação na Faculdade de Direito da UFRGS. Durante festa de formatura, tive a sorte de conversar sobre planos futuros com a Professora Raquel Scalcon, que me recomendou a aventura do mestrado em Direito Administrativo a partir de considerações enfáticas não só a respeito desse ramo, mas também do professor que estava a orientar na UFRGS. Pelo feliz aconselhamento, muito obrigado.

As considerações se mostraram em tudo verdadeiras. A convivência com o Professor Rafael Maffini foi prazerosa e instigante. Suas aulas e seminários empolgaram, sua abertura ao diálogo franco indicou que a direção correta é a da ciência, e não da vaidade, e sua compreensão com os atropelos e dificuldades deste orientando conferiu a tranquilidade necessária para o enfrentamento da tarefa. Pela disponibilidade, pela orientação e pelo auxílio, muito obrigado.

Em meio às aulas, seminários e desenvolvimento de artigos, contei com a amizade e ajuda de outros mestrandos e doutorandos. Juliano Heinen, Letícia Ayres Ramos e Gustavo Pedrollo, que ingressaram comigo e compartilharam do mesmo orientador, foram essenciais para que pudesse alcançar uma melhor compreensão a respeito do Direito Administrativo. Pelo companheirismo, muito obrigado.

A dedicação aos estudos acadêmicos foi compartilhada com a advocacia. Não obstante, nem o tempo na Universidade estremeceu as relações profissionais, nem o tempo no escritório me afastou do Direito Administrativo – ao contrário. Teoria e prática se mostraram complementares. Agradeço a todos os meus colegas na pessoa de Alexandre Curvelo. Pela compreensão e pelo suporte, muito obrigado.

Amigos de antes e de sempre também participaram dessa jornada, alentando e debatendo pelo caminho. Na impossibilidade de nominá-los todos, agradeço-os nas

peças de Luciano Piva, Eduardo Halperin e Gustavo Sanseverino, colegas por quem guardo a mais elevada admiração. Pela amizade, muito obrigado.

Minha família esteve, dessa como de outras vezes, presente a cada passo. Ter um porto seguro onde se abrigar dá ainda mais forças para seguir adiante. Meus pais, Azemor e Margarida; meus irmãos, Carlos Eduardo e Alexandre; e minha namorada, Luísa: pelo amor de sempre, muito obrigado.

Porto Alegre, verão de 2019.

“[...] il faut en Droit public des théories multiples, qu’il n’est pas bon qu’une seule soit suivie, parce que si elle n’est pas complètement vraie tout le monde se fourvoie et le progrès est arrêté pour longtemps.”
(Maurice Hauriou)

“[...] cualquier concepto del Derecho administrativo debe haber sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud, e, inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del Derecho administrativo.”
(Eduardo García de Enterría)

RESUMO

Neste trabalho, estuda-se o regime jurídico dos contratos da Administração Pública, em especial a adequação da teoria da dualidade dos seus regimes ao ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com referida teoria, os contratos celebrados no âmbito da Administração Pública podem ser tanto contratos administrativos – e então sujeitos ao regime jurídico-administrativo, inclusive com presunção de prerrogativas a favor da Administração – como contratos privados da Administração Pública – e então sujeitos ao regime jurídico-privado, com parciais derrogações por parte de normas de direito público. Para levar a efeito tal proposta, pesquisou-se na doutrina o contexto jurídico e cultural que envolveu a distinção entre atos públicos e privados praticados pelo Estado, acompanhando sua evolução até o aparecimento da teoria da divisão de regimes dos contratos da Administração Pública. Uma vez expostas as raízes dessa distinção, procurou-se remontar, sobretudo a partir da doutrina e da jurisprudência administrativa francesas, a identidade da teoria da divisão de regimes, apontando alguns dos seus aspectos de crise. Sobre essa base foi possível analisar, de forma crítica, a adequação da referida teoria à realidade jurídica brasileira, ousando-se, ao final, avançar breves notas sobre o que parecem ser diretrizes para a correta apreensão do fenômeno contratual administrativo. Como resultado, identificaram-se as origens da dicotomia já no direito romano, no instituto do *fiscus*, figura de direito privado diretamente ligada ao imperador. Sua influência na evolução do direito administrativo foi testemunhada pela teoria da dupla personalidade jurídica do Estado, pela teoria dos atos de império e de gestão e, finalmente, pela teoria da divisão de regimes jurídicos dos contratos da Administração Pública. A partir da compreensão desse contexto, verificou-se que, dada a unidade de jurisdição e o princípio da reserva legal próprios do nosso sistema, a teoria da divisão de regimes contratuais da Administração Pública não se afigura compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Isso posto, propõe-se que o fenômeno contratual administrativo seja estudado tendo como centro gravitacional os princípios jurídicos administrativos, parecendo proveitosa a construção de uma noção compreensiva de processo contratual administrativo.

Palavras chave: contratos da Administração Pública; contratos administrativos; contratos privados da Administração Pública; divisão e dualidade de regimes jurídicos.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to study the legal regime of public administration contracts, especially the adequacy of the duality of regimes theory to the Brazilian legal system. According to this theory, contracts concluded within the public administration may be either administrative contracts – which are subject to public law, including presumed prerogatives in favor of the administration – or private contracts – subject to private law, with partial exemptions made by public law rules. In order to carry out such proposal, the doctrine was searched for legal and cultural context involving the distinction between public and private acts practiced by the State, following its evolution until the emergence of the division of the public administration contractual regimes theory. Once the roots of this distinction were set out, the identity of the division of regimes theory especially was traced from French administrative doctrine and jurisprudence, pointing out some of its aspects of crisis. On this basis, it was possible to critically analyze the adequacy of this theory to the Brazilian legal reality, daring at the end to advance brief notes on what is seen as guidelines for the correct apprehension of the contractual administrative phenomenon. As a result, it was possible to identify the origin of the dichotomy in Roman law in the institute of the *fiscus*, a figure of private law directly linked to the emperor. Its influence on the evolution of administrative law was witnessed by the double personality of the State theory, the acts of empire and of management theory and, finally, by the division of legal contractual regimes theory. From the understanding of this context, it was found that, given the unity of jurisdiction and the legal reserve principle of our system, the division of contractual regimes of the public administration theory does not seem compatible with the Brazilian legal system. In account of this, it is proposed that the contractual administrative phenomenon be studied having the legal administrative principles as its gravitational center, assuming useful the construction a comprehensive notion of administrative contractual process.

Key words: public administration contracts; administrative contracts; private contracts of the public administration; division and duality of legal regimes.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. RAÍZES DA TEORIA DA DIVISÃO DE REGIMES CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	15
2.1. Origens remotas da cisão	15
2.1.1. A teoria do <i>fiscus</i> , herança do Direito Romano.....	15
2.1.2. A teoria da dupla personalidade jurídica do Estado.....	21
2.2. Origens próximas da cisão	29
2.2.1. A teoria dos atos de império e dos atos de gestão	30
2.2.2. Atos administrativos de submissão, bilaterais ou carentes de coadjuvante	37
3. IDENTIDADE E CRISE DA TEORIA DA DIVISÃO DOS REGIMES JURÍDICOS DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	43
3.1. A teoria da divisão dos regimes jurídicos dos contratos da Administração Pública	44
3.1.1. Contexto jurisprudencial francês.....	44
3.1.2. O surgimento da doutrina do contrato administrativo	47
3.2. A busca por critérios de identificação dos contratos administrativos (ou de distinção destes e dos contratos privados da Administração Pública)	51
3.2.1. Elencos apresentados pela doutrina.....	51
3.2.2. A crise dos critérios (ou da própria distinção)	53
4. CRÍTICA DA TEORIA DA DIVISÃO DE REGIMES CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	59
4.1. Os contratos celebrados pela Administração Pública estão sujeitos a distintas jurisdições? Uma primeira incompatibilidade da teoria da divisão de regimes contratuais	59
4.1.1. Traços gerais da justiça administrativa.....	60
4.1.2. Da unidade de jurisdição na República brasileira	66
4.2. Podem existir contratos celebrados pela Administração Pública fora do regime jurídico-administrativo? Uma segunda incompatibilidade da teoria da divisão de regimes contratuais	70

4.2.1. Da importância das sujeições administrativas para a caracterização dos contratos administrativos	73
4.2.2. Da igual submissão dos contratos da Administração Pública ao princípio da legalidade	78
5. REFLEXÕES SOBRE O TEMA – PROTOCOLO DE INTENÇÕES	83
5.1. Dos princípios de Direito Administrativo como centro gravitacional dos contratos da Administração Pública	85
5.2. Por um processo contratual administrativo: instrumento de formação de relações jurídicas administrativas com espectros de mais ou menos prerrogativas, mais ou menos sujeições	87
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
BIBLIOGRAFIA	95

1. INTRODUÇÃO

O Estado de Direito, desde o seu nascedouro com o triunfo do ideário iluminista no ocaso do século XVIII, cresceu em atividades, responsabilidades, ingerências e complexidade. Inicialmente pensado como mero assegurador da propriedade e da liberdade privadas, o Estado foi, paulatinamente, chamado a adotar posturas ativas e, sobretudo por meio da Administração Pública, entregar aos cidadãos as mais diversas prestações sociais na busca da realização dos direitos fundamentais.

Por maiores que sejam seus braços, contudo, não lhe é possível abraçar, direta e unilateralmente, toda a realidade – e, ainda que o fosse, tal abrangência de atividade direta, em sufocamento da iniciativa privada, surgiria contrária à ordem livre e democrática constitucionalmente estabelecida. Hoje em dia, considerável parcela da atividade estatal depende de atuação indireta, é dizer, da colaboração de agentes privados. Seja para o suprimento das suas próprias demandas internas, seja para a disponibilização de meios para a prestação de serviços públicos, seja, ainda, para a efetiva prestação desses serviços, a Administração Pública lança mão de inúmeros expedientes contratuais. É de suma importância, portanto, o estudo dos contratos firmados no âmbito da Administração Pública, cada dia mais relevantes no contexto econômico brasileiro.

Tal empreendimento é brindado, logo de início, com intrigante constatação, que vem a se tornar o mote deste estudo: é lugar comum entre os juristas do ramo a separação dos contratos da Administração Pública em dois grandes grupos, aos quais incidiriam diferentes regimes jurídicos. O entendimento amplamente predominante na doutrina administrativista brasileira reflete, com mais ou menos fidelidade, a teoria francesa da divisão entre contratos administrativos e contratos privados da Administração Pública. Os manuais de Direito Administrativo abordam o assunto, em geral, já partindo da ideia de que os “contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico”, essas “duas modalidades”,¹ concentrando esforços não no questionamento das suas premissas, mas na justificativa da sua conclusão.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 259.

A dicotomia está fortemente arraigada na cultura jurídico-administrativa brasileira. Manoel Ribeiro, citando a doutrina francesa, referiu que o poder público participaria “de contratos de direito privado e contratos de Direito Administrativo” e, assumindo a “idéia de que existem contratos de Direito Administrativo”, defendeu que “devem ter eles características peculiares que os separem dos contratos de direito privado.”²

No mesmo sentido, José Cretella Júnior reproduziu a noção de que a Administração Pública, ao celebrar acordos, pactuaria “ou contratos privados, contratos de direito comum, sujeitos às regras privatistas do direito civil ou comercial, ou, então, contratos públicos, contratos administrativos, submetidos a regras que *exorbitam* do âmbito do direito comum.” A divisão vai efetivamente calcada, portanto, no “regime jurídico a que se submetem.”³

Hely Lopes Meirelles, em conhecida obra sobre o tema, expôs que a “instituição do *contrato* é típica do direito privado, baseada na autonomia da vontade e na igualdade jurídica dos contratantes, mas é utilizada pela Administração Pública, na sua pureza originária (*contratos privados realizados pela Administração*), ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (*contratos administrativos propriamente ditos*).”⁴ Sua lição é, ainda hoje, das mais citadas nos manuais de Direito Administrativo.

Mesmo quando aponta para a necessidade de se “relativizar” a relevância da “dicotomia contrato administrativo e contrato privado da Administração”, a doutrina mais recente se mantém fiel a essa classificação, inclusive defendendo haver, em razão da ressalva final do art. 62, §3º, I, da Lei nº 8.666/93, “ampla margem de discricionariedade para as partes elegerem os contratos que, mesmo regidos predominantemente pelo direito privado, tenham como cabível o regime previsto no art. 58.” O regime jurídico administrativo aos ditos contratos privados da Administração

² RIBEIRO, Manoel. *Direito administrativo*, v. II (Coleção Jurídica Itapoã). Salvador: Itapoã, 1964, pp. 4 e 7.

³ CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: contratos administrativos*, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 15.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 192.

Pública seria, segundo esse entendimento, “opcional e decorreria do contrato em si e não imediatamente da lei.”⁵

Chega-se a defender até mesmo um “princípio de eleição entre o direito público e o direito privado nas relações negociais administrativas”, ideia permeada pela exaltação da negociação e do consenso e pela superação do dogma da indisponibilidade do interesse público. Nesse modelo, seria possível estabelecerem-se “contratos administrativos relacionais” em que “as prerrogativas aparecem fora da relação contratual, não a integram como ponto inicial”, sendo vistas como “cláusulas de aplicação episódica”.⁶ Veja-se que, mesmo nas formulações mais recentes, a dicotomia contrato administrativo-contrato privado permanece pressuposta.

Observar que a existência de contratos privados no âmbito da Administração Pública é admitida com tanta naturalidade pela doutrina causa inquietação. Sendo o direito público o campo próprio da transparência e das sujeições do Estado a controles jurídicos, a abertura de uma rota de “fuga para o direito privado”⁷ pode, potencialmente, fazer colidirem os meios disponibilizados com os fins públicos estabelecidos. Sobretudo em vista do contexto de fragilidade ética em que se encontra o País, e dada a relevância da doutrina para a modelagem dos institutos jurídicos, é

⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda. Universo dos Contratos Públicos. In: CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos* (Tratado de direito administrativo, v.6; coord. Maria Sylvania Zanella Di Pietro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 306-316.

⁶ Tal foi a instigante tese de doutoramento defendida no âmbito da Universidade Federal do Paraná por VALLE, Vivian Lima López. *Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na administração pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 162, 170, 171, 175 *et passim*. A autora trabalha uma superação do modelo tradicional de contratação administrativa – que, segundo afirma, tem nas prerrogativas de imposição unilateral (autoridade) seu eixo estruturante – por um novo modelo de contratualização, em ambiente de “igualdade assimétrica” e de “equilíbrio de posições jurídicas”, no qual a condição de autoridade tem aplicação subsidiária, inexistente um regime geral de prerrogativas e o contrato se torna um instrumento de desenvolvimento. Adverte, contudo, que “essa possibilidade somente é possível de ser pensada fora dos limites do direito administrativo tradicional.” Diz, mais, que “quem faz a escolha do regime é a lei”, regime esse que será densificado com as escolhas do administrador e da comissão de licitação. Ainda que concordemos com o que nos parece ser o ponto de partida da tese – de que as relações jurídicas administrativas não têm (ou não devem ter) na autoridade fundamento estruturante necessário –, divergimos quanto à elegibilidade do regime jurídico contratual (se público ou privado). As razões a tanto serão desenvolvidas no decorrer do trabalho.

⁷ Cfr. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 67: “Na verdade, é fácil imaginar que, por detrás deste tipo de fenómenos, existam por vezes objectivos velados e subreptícios, como sejam os de tentar ultrapassar as vinculações jurídico-públicas a que a Administração de outro modo estaria sujeita.”

de extrema importância avaliar, com o devido vagar, a teoria da divisão de regimes dos contratos da Administração Pública, em especial a sua adequação e congruência com o nosso ordenamento jurídico.

Antes de analisar a questão dos contratos na Administração Pública sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, inicia-se este estudo dando um passo atrás. De onde vem a teoria que divide os regimes contratuais da administração em administrativo e privado? Quais as suas raízes, os seus fundamentos? Que problemas pretende resolver? Busca-se, com tais questionamentos, colocar no aberto (*ins Offene stellen*⁸) o tema dos regimes contratuais da Administração Pública, de modo a permitir que as respostas surjam das coisas elas mesmas, evitando posicionamentos enviesados.

Tal empreitada convida à tentativa de manter a vista atenta à coisa (*den Blick auf die Sache... festzuhalten*⁹) – é dizer, ao fenômeno das contratações da Administração Pública – e a abordar-se a matéria, tanto quanto possível, sem ter como pressupostos indiscutíveis as opiniões prévias subjacentes (*bereiten Vormeinung*¹⁰) ao tema. O estudo tem, assim, em sua primeira parte, uma metodologia exploratória, que busca, nas fontes daqueles que expõem a teoria da divisão de regimes contratuais, e nas fontes das suas fontes, compreender a sua origem, a sua razão de ser, o seu sentido, a sua função.

Não se trata, contudo – é bom advertir desde logo –, de um estudo de história do contrato administrativo. A preocupação, aqui, é muito mais aquela de remontar, tanto quanto possível, contextos jurídico-culturais que permitam compreender as origens do fenômeno estudado do que a de propriamente reproduzir, em seus exatos termos, eventos históricos em uma narrativa minudente.

Uma vez caracterizados o contexto cultural, os fundamentos e a função da teoria da divisão dos regimes jurídicos dos contratos da Administração Pública, nosso estudo busca cotejá-la com o ordenamento jurídico vigente, a fim de contribuir para a

⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode: Gundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (Gesammelte Werke, Bd. 1). Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 369.

⁹ Idem, p. 271.

¹⁰ Idem, p. 272.

questão sobre se há, realmente, regimes administrativo e privado nas contratações da Administração Pública brasileira. O percurso planejado parte do questionamento das premissas da teoria analisada para, ao depois, valorar a sua conclusão.

As hipóteses formuladas, a receberem o devido escrutínio no decorrer do trabalho, são: (i) a teoria da dualidade dos regimes, ao equiparar o Estado a um particular para fins contratuais em certas relações, servia de instrumento de proteção dos direitos do particular (ou de limitação dos poderes do Estado, o que é igual), não sendo fiel representação da realidade; (ii) essa teoria da divisão dos regimes, fortemente ligada a razões de competência jurisdicional nos países da Europa continental, não tem, neste tocante, aderência à realidade jurídica brasileira; e (iii) a teoria da divisão dos regimes, destinada também a determinar a incidência ou não de prerrogativas e sujeições especiais em dado contrato, não cumpre tal função no ordenamento jurídico brasileiro, mostrando-se inadequada à nossa realidade.

Ao final, superados o resgate das raízes, a descrição da identidade e o cotejo da teoria da dualidade de regimes com o ordenamento jurídico brasileiro, ousamos avançar algumas breves notas a respeito do que consideramos deva, então, ser o centro gravitacional de todas as relações contratuais da administração pública, mesmo aquelas ditas de direito privado. Esboçamos, ao final, o início do que parece uma ferramenta útil para a compreensão unificada dos contratos da Administração Pública, a saber, o processo contratual administrativo.

2. RAÍZES DA TEORIA DA DIVISÃO DE REGIMES CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. Origens remotas da cisão

O Direito é, segundo o entendemos, produto da cultura. Enquanto empreendimento voltado a sujeitar a conduta humana ao governo de regras,¹ a construção do jurídico se vê determinada pelos valores reinantes em um dado período, pelas necessidades do seu tempo e pelos objetivos prevalentes. A sua realização, por outro lado, requer o emprego de variados instrumentos e técnicas, que devem ou ser reproduzidos do ferramental disponível, ou dele adaptados, ou então criados.²

Não seria diferente no Direito Administrativo. Como recorda Juan Carlos Cassagne, esse ramo do jurídico “chegou em seu atual estado de evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial por meio de um processo de acumulação e adaptação de técnicas e instituições provenientes de diversos períodos históricos”.³ É indispensável, portanto, voltar os olhos às origens, ao desenvolvimento, à transformação, para que, com isso, se possa lançar luz às formulações e aplicações dos nossos tempos.

2.1.1. A teoria do *fiscus*, herança do Direito Romano

Ao se estudar um pouco a história da administração na Europa continental, é possível perceber que a ciência do direito administrativo se valeu largamente da experiência do direito régio, sendo que esse, por sua vez, herdara significativas porções do direito romano. Não deve surpreender, portanto, encontrar institutos romanos na base do pensamento administrativo, compondo um caldo cultural que, inevitavelmente, determinaria grande parte do desenvolvimento científico posterior.

¹ FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 106: “law is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules.” (tradução livre: “o Direito é a empreendimento de sujeitar a conduta humana ao governo de regras”)

² Se bem que, também no Direito, parece ter aplicação a Lei de Lavoisier (“nada se perde, nada se cria, tudo se transforma”).

³ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, 6ª ed., reimpressão. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998 (Tomo I), p. 103: “ha llegado a su actual estado de evolución doctrinaria, legislativa y jurisprudencial a través de un proceso de acumulación y adaptación de técnicas e instituciones provenientes de diversos períodos históricos.”

Uma dessas influências diz respeito às vias de reparação, ainda que limitadas, dos súditos em face de atos danosos do soberano.

Para o fortalecimento do Estado Absolutista, com a centralização dos poderes nas mãos do rei, foi de extrema importância a elaboração da justificativa teórica do poder soberano de disposição sobre os bens e as pessoas, é dizer, sobre a propriedade e mesmo sobre a liberdade dos súditos.⁴ São forjadas nesse contexto as noções, ainda hoje utilizadas, de *dominium eminens* e de *potestas eminens* que, unidas, seriam resumidas no *ius eminens* do soberano. A formulação jusnaturalista de Christian Wolff (1679-1754), calcada na ideia de contrato social, teve nisso grande relevância:

§. DCCCCLXXV. Porque é da convenção, pela qual se constitui a sociedade, que nasce a obrigação, *cada um é obrigado em face de todos a avançar o tanto que possa o bem comum, e todos conjuntamente são obrigados em face de cada um a fornecer o que seja suficiente à vida, à tranquilidade e à sua segurança*; por consequência, ninguém deve fazer nada que seja contrário a essa obrigação, e assim todos conjuntamente têm o direito de constranger cada um a cumprir sua obrigação.

§. DCCCCLXXVI. Uma vez que não devemos fazer à sociedade civil nada que seja contrário à sua salvação, *a salvação pública é a lei suprema*, por consequência, *se a salvação pública exige que se disponha de uma certa maneira das coisas dos cidadãos, e mesmo de qualquer um dos cidadãos, todos conjuntamente, ou o povo, têm o direito de deles assim dispor*.⁵

⁴ Cfr. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Trad. Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 40-41, “La cuestión de si el soberano podía disponer sobre el orden de bienes, especialmente sobre la propiedad, fue uno de los problemas esenciales del absolutismo en la primera fase de su desarrollo, desempeñando un gran papel en la literatura jusnaturalista de principios del siglo XVII.” (tradução livre: “A questão de se o o soberano podia dispor sobre a ordem dos bens, especialmente sobre a propriedade, foi um dos problemas essenciais do absolutismo na primeira fase do seu desenvolvimento, desempenhando um grande papel na literatura jusnaturalista do começo do século XVII.”)

⁵ WOLFF, Christian. *Institutions du droit de la nature et des gens*. Trad. Elie Luzac. Leiden, 1772, p. 141: “§. DCCCCLXXV. Puisque c’est de la convention, par laquelle on constitue la société, que nait l’obligation, *chacun est obligé envers tous d’avancer autant qu’il le peut le bien commun, & tous conjointement sont obligés envers chacun, de pourvoir à ce qui suffit à la vie, à la tranquillité, & à leur sécurité* ; par conséquent *personne ne doit rien faire qui soit contraire à cette obligation, & ainsi tous conjointement ont le droit de contraindre chacun à remplir sont obligation*. §. DCCCCLXXVI. Puis donc qu’on ne doit rien faire dans la société civile, qui soit contraire à son salut, *le salut public en est la loi suprême*, par conséquent, *si le salut public exige qu’on dispose d’une certaine maniere des choses des citoyens, & meme de quelques-uns des citoyens, tous conjointement, ou le peuple, ont droit d’en disposer ainsi*.”

O *ius eminens* conferia ao soberano iguais direitos sobre a propriedade e a liberdade que aqueles do seu titular,⁶ o que deixava os súditos, na prática, à mercê da vontade do monarca. Como o poder absoluto não estava sujeito a limitações jurídicas – não havia direito público como hoje o conhecemos –, “era ‘vanum disputare de potestate’”,⁷ ou seja, inútil contestar, juridicamente, o controle. Não poder impedir um ato praticado pelo soberano, contudo, não significava necessariamente ter de suportar todos os danos dele decorrentes.

Segundo a doutrina, em especial a alemã, como forma de não restar de todo desvinculada do direito a ação estatal, os juristas de então se valeram de um conceito oriundo do direito romano: o fisco. Não se podendo responsabilizar o soberano, pessoalmente, pelos efeitos decorrentes das suas ordens (raciocínio que seria próprio da responsabilidade civil), era necessária uma cisão conceitual – fazia falta alguém ou algo que pudesse ser responsabilizado no lugar do soberano:

Como a ordem pode fazer nascer, ao mesmo tempo, frente ao Estado, direitos de caráter privado, ficaria sem explicação. Apenas a antiga doutrina do fisco permitiu atribuir, sem prejuízo da lógica, alguns efeitos de direito civil aos atos do poder público. Ora, não é sobre o mesmo Estado que recaem esses efeitos: é sobre o fisco, que está colocado ao seu lado; o fisco não figura no ato que ordena; não existe, pois, contradição em obrigá-lo civilmente.⁸

O fisco incorporava, então, “o sujeito do patrimônio estatal e dos direitos econômicos, ao qual se considerava como uma pessoa ao lado do soberano e do Estado”.⁹ É dizer, em outras palavras, que a responsabilidade pela reparação de danos causados – uma responsabilidade patrimonial – era reclamada não do causador do dano, mas do seu patrimônio, como se pessoa fosse, fictamente apartada do seu titular. De acordo com essa teoria, portanto, o patrimônio público não pertencia

⁶ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 41.

⁷ MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*, 10ª ed. Lecce: Editori Laterza, 2018, p. 164.

⁸ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán: parte general* (Tomo I). Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 64: “Cómo la orden puede hacer nacer al mismo tiempo frente al Estado, derechos de carácter privado, quedaría sin explicación. Sólo la antigua doctrina del fisco ha permitido atribuir, sin desmedro de la lógica, algunos efectos de derecho civil a los actos del poder público. Por supuesto, no es sobre el mismo Estado que recaen esos efectos: es sobre el fisco que está colocado a su lado; el fisco no figura en el acto que ordena; no existe, pues, contradicción en hacerlo obligar civilmente.”

⁹ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 51: “el sujeto del patrimonio estatal y de los derechos económicos, al que se consideraba como una persona al lado del soberano y del Estado.”

nem à pessoa do soberano, nem ao Estado, mas a uma entidade deles distinta – o Fisco.¹⁰

Sendo o fisco uma entidade patrimonial, afigurada ao direito privado, tornava-se possível o manejo, contra ele, de instrumentos jurídicos de responsabilização civil por danos, sujeitando-se-lhe à jurisdição dos tribunais civis. Foi esse o modo encontrado para submeter, de alguma forma, o Estado ao direito mesmo antes do Estado de Direito:

A única mediação com o mundo do direito, operada em um Estado onipotente, acostumado ao comando mas não à norma, se a poderia rastrear no direito civil, onde o Estado abandonava espontaneamente a própria veste soberana e o príncipe se fazia “grande privado”, colocando-se sob o guarda-chuva de uma outra e diversa personalidade jurídica: não mais aquela pública do Estado, mas aquela ulterior e integralmente privada do Fisco. O Estado expropriava, o Fisco indenizava, e o súdito devia adequar-se ao princípio “dulde und liquidiere”, “suporta e liquida o dano”.¹¹

Se o *fiscus* constituía, realmente, uma pessoa jurídica no direito romano, é tema sobre o qual não há unanimidade entre os romanistas.¹² Juristas do peso de Savigny sustentavam que sim,¹³ sendo essa a visão que predominou entre os

¹⁰ FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. Sabino A. Gendin. Labor: Barcelona, 1933, p. 29.

¹¹ MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 164: “L’unica mediazione con il mondo del diritto, operata da un Stato onnipotente, uso al comando ma non alla norma, la si poteva rintracciare nel diritto civile, dove lo Stato abbandonava spontaneamente la propria veste sovrana e il principe si faceva ‘grande privato’, ponendosi sotto l’ombrello di un’altra e diversa personalità giuridica: non più quella pubblica dello Stato, ma quella ulteriore e integralmente privata del Fisco. Lo Stato espropriava, il Fisco indennizzava, e il suddito doveva adeguarsi al principio ‘dulde und liquidiere’, ‘subisci e liquida il danno’.”

¹² ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1968, pp. 75-76, parece concluir que o *fiscus* seria um bem de propriedade do Império, destacando que, já no fim desse período, “nel linguaggio della giurisprudenza e delle costituzioni, il fisco sembra considerato come un ente a sè, e non è più messo in relazione nè col *populus* nè con l’imperatore: si parla di *ius fisci*, di *debitores fisci*, di *stationes fisci*. È però assai discutibile se questa terminologia debba considerarsi come l’espressione di una vera personificazione; anzi non è affatto da escludere che essa abbia un valore meramente approssimativo e di comodo, e che pertanto il fisco imperiale non sia altro, anche nel pensiero giuridico del tempo, se non il patrimonio della persona giuridica Impero”. (tradução livre: na linguagem da jurisprudência e das constituições, o fisco parece considerado como um ente em si, e não é mais posto em relação nem com o *populus* nem com o imperador: se fala de *ius fisci*, de *debitores fisci*, de *stationes fisci*. É, contudo, assaz discutível se essa terminologia deve ser considerada como a expressão de uma verdadeira personificação; assim, não é de se excluir que ela tenha um valor meramente aproximativo e de comodidade e que, portanto, o fisco imperial não seja outra coisa, mesmo no pensamento jurídico daquele tempo, que não o patrimônio da pessoa jurídica Império”)

¹³ Para SAVIGNY, F. C. von. *Traité de droit romain*. Trad. M. Ch. Guenoux (Tomo II). Paris : Firmin Didot Frères, 1855, pp. 349-352, o fisco é sim tratado como pessoa jurídica, dotada de privilégios especiais em relação às pessoas privadas. Savigny argumenta que, como todo o direito emanava do *populus*, não se lhe poderia opor qualquer espécie de incapacidade – e esse princípio, de “tous les

administrativistas alemães que o sucederam. Para outros estudiosos do direito romano, contudo, a figura parece mais bem afeita a um corpo destacado de bens, de titularidade do Imperador,¹⁴ sujeito a relações jurídicas regidas pelo direito privado ligeiramente distintas daquelas a que sujeitos os seus bens pessoais (*patrimonium*). Verdadeira pessoa ou apenas massa patrimonial destacada, o certo é que o *fiscus* descia ao nível do jurídico, protagonizando relações tidas como de direito privado.¹⁵

Max Kaser mostra que, no Direito Romano, o *fiscus* constituía um património especial, titularizado pelo Princeps e afeito à sua função enquanto Imperador. “O *fiscus* (também *res privata*, *res familiaris*) torna-se património privado do Imperador e conserva-se em parte submetido ao direito privado.” Com o crescente acúmulo de

temps”, não teria sido jamais contestado. Seria, então, apenas porque essas “*déductions* semblaient aux juriconsultes tellement naturelles, tellement nécessaires, que jamais il ne leur est venu à l’esprit de les traduire par des règles et de signaler la différence essentielle existant entre le fisc et les corporations.” (tradução livre: “deduções pareciam aos juriconsultos de tal forma naturais, de tal forma necessárias, que jamais se lhes ocorreu traduzí-las em regras e assinalar a diferença essencial existente entre o fisco e as corporações”)

¹⁴ DUFF, P. W. *Personality in roman private law*, reimpr. Nova Iorque: Augustus M. Kelley, 1971, pp. 51-61, exprime a opinião de que o *fiscus* era, em verdade, uma espécie de património pessoal do Imperador, quem estaria moralmente (mas não juridicamente) obrigado a dele dispor em prol do Império. “It appears often in the texts as a subject of the private law, but it is very doubtful indeed if it was ever really a Person. The orthodox view, clearly explained and defined by Mommsen, is that the *fiscus* was owned by Caesar, and that where the *fiscus* appears in the courts, that is only a short way of saying that an action is brought by or against an agent of Caesar’s in connection with his fiscal property” (p. 51) (tradução livre: “Ele [o fisco] aparece seguidamente nos textos como um sujeito de direito privado, mas é muito duvidoso, de fato, se ele foi mesmo alguma vez uma Pessoa. A visão ortodoxa, claramente explicada e definida por Mommsen, é de que o *fiscus* era propriedade de César, e de que onde o *fiscus* se apresenta perante as cortes, isso é apenas um jeito simples de dizer que uma ação é proposta por ou contra um agente de César em conexão com a sua propriedade fiscal”). Assim também BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto pubblico romano*, 2ª ed. Torino: UTET, 1975, p. 175, “Il fisco risulta quindi originariamente indifferenziato dal patrimonio privato dell’imperatore, non di spettanza del *populus* nè costituente un soggetto giuridico a sè” (tradução livre: “o fisco se mostra, então, originalmente indiferenciado do património privado do imperador, não sendo de propriedade do *populus* nem constituindo um sujeito jurídico em si”) e SCHULZ, Friz. *Principios del derecho romano*. Trad. Manuel Abellán Velasco. Madri: Civitas, 1990, p. 200, nota de rodapé nº 72, “El fisco fue considerado desde el principio como patrimonio privado del *princeps*. (...) La prueba (...) es proporcionada por los textos en donde consta cuál fuera la situación jurídica antes de Claudio.” (tradução livre: “O fisco foi considerado desde o princípio como património privado do *princeps*. (...) A prova (...) é proporcionada pelos textos nos quais consta qual era a situação jurídica antes de Cláudio”)

¹⁵ Caracterizando o *fiscus* como “tesouro imperial” e referindo que, como outras partes da propriedade imperial, também estava sujeito a algumas regras públicas especiais, v. BUCKLAND, W. W. *A manual of roman private law*, 2ª ed. Cambridge University Press: 1957, p. 35. Exemplos dessas regras especiais, que faziam da relação entre o Fisco e os privados “tudo menos paritária”, eram as prerrogativas de presunção de solvibilidade (e a consequente isenção de caucionamento), de foro privilegiado, de preferência creditícia e de autoexecutoriedade. Cf. MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*, 10ª ed. Lecce: Editori Laterza, 2018, pp. 33-34. No mesmo sentido, SCHULZ, Friz. *Principios del derecho romano*, cit., p. 47, nota de rodapé nº 35, e p. 200.

poder nas mãos do Imperador, as antes distintas massas patrimoniais privadas¹⁶ acabam por confundir-se:

Na monarquia absoluta já não há distinção de direito privado entre as referidas massas patrimoniais. A classificação do *fiscus* como património do Estado, das *res privata* como bens do domínio do respectivo Imperador e do *patrimonium Caesaris* como património privado do Imperador, na medida em que continua a existir, tem apenas um significado administrativo; o Imperador poderia dispor livremente de todos estes patrimônios, mesmo que a razão de Estado lhe impusesse limites. Mantém-se a regra de que o fisco faz parte do direito privado.¹⁷

Dada essa tradição de ver no soberano alguém cujos atos não estavam sujeitos a limitações jurídicas, mas que titularizava património – esse sim – sujeito à responsabilização (ao direito privado), é coerente a relação que descreveram Otto Mayer e Ernst Forsthoff entre a teoria do fisco e a proteção jurídica dos súditos em assuntos administrativos no Estado Absolutista. A indenizabilidade dos danos eventualmente causados por atos do soberano dependia, nesse contexto, de interpretarem-se “como de direito civil as relações jurídicas de soberania que se achavam sempre no fundo das demandas contra o fisco. Esta interpretação era óbvia para o pensamento da Ilustração, determinado pelo Direito Natural, para o qual o contrato se revestia de uma significação fundamental.”¹⁸

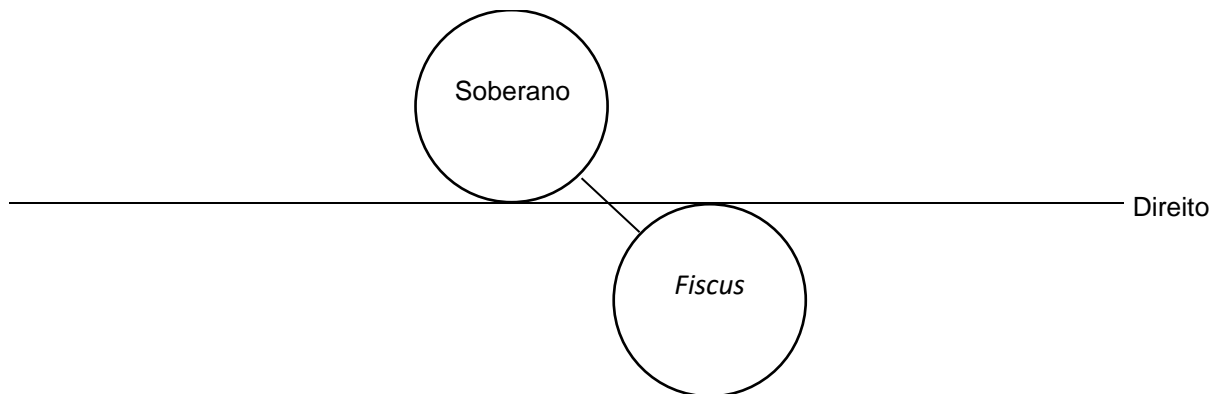
Se fôssemos representar, visualmente, o modo como a Teoria do *Fiscus* posicionava o soberano e o fisco relativamente ao Direito – e, naquele então, o Direito era, essencialmente, o direito privado –, teríamos algo no seguinte sentido:

¹⁶ *Cum granu salis*, é possível relacionar *fiscus* com bens funcionais e *patrimonium* com bens pessoais.

¹⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 117.

¹⁸ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 52: “como de Derecho civil las relaciones jurídicas de soberanía que se hallaban siempre en el fondo de las demandas contra el fisco. Esta interpretación era obvia para el pensamiento de la Ilustración, determinado por el Derecho Natural, para el cual el contrato revestía una significación fundamental.”

Teoria do *Fiscus*



O mais interessante é que, ainda quando a celebrada passagem do Estado Absolutista ao Estado de Direito tenha sujeitado a administração à lei, a teoria do fisco permaneceu exercendo forte influência no pensamento jurídico – agora não mais para tratá-lo como corpo ou pessoa apartada do Estado, mas para ver, dentro do próprio Estado, uma parcela que é também sujeito de direitos e deveres privados.¹⁹ Em outras palavras, a divisão romana entre a pessoa do Imperador e o *fiscus* acabou internalizada na ideia de um Estado que seria parte soberano, portanto sujeito ao direito público, parte privado, portanto sujeito ao direito civil. É o que propunha a teoria da dupla personalidade jurídica do Estado.

2.1.2. A teoria da dupla personalidade jurídica do Estado

O Estado é pessoa jurídica que se divide em duas personalidades: uma de direito público, quando pratica atos de mando; e outra de direito privado, quando gere seus interesses e negócios.²⁰ Essa seria, muito singelamente, a proposição da teoria da dupla personalidade jurídica.

¹⁹ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 52.

²⁰ Referindo-se às teorias sobre a personalidade jurídica do Estado, DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* (Tomo I), 2ª ed. Paris: Fontemoing, 1921: “Le plus ancien est celui qui distingue dans l’État deux personnalités, la personnalité de puissance publique et, d’autre part, la personnalité patrimoniale ou fiscale ou tout simplement le fisc.” (tradução livre: “A mais antiga é aquela que distingue dentro do Estado duas personalidades, a personalidade de poder público e, de outra parte, a personalidade patrimonial ou fiscal ou simplesmente o fisco”). Assim também MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A personalidade do Estado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Direito constitucional: teoria geral do Estado* (Coleção doutrinas essenciais; v. 2). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 377 (antes publicado na RDP 7/21, 1969): “Essa teoria talvez seja a primeira na ordem cronológica das doutrinas sobre a personalidade do Estado.”

Embora não seja de hoje, nem sempre a doutrina admitiu que o Estado fosse dotado de personalidade jurídica. Aliás, como lembra Clóvis Beviláqua,²¹ a noção mesma de personalidade jurídica foi largamente controvertida no direito civil, ramo do qual o direito público tomou de empréstimo a categoria.²² Para que se possa compreender a importância e a influência da teoria da dupla personalidade jurídica do Estado, cumpre, antes, trazer, ainda que de forma brevíssima, alguma notícia da discussão a respeito da própria personalidade jurídica,²³ aqui apresentada, sem qualquer pretensão de correspondência cronológica, pelas vozes de Léon Duguit (1859-1928), Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e Georg Jellinek (1851-1911).

Em um extremo se coloca a doutrina negativista, a rechaçar, como “crença mítica” ou “fórmula poética”,²⁴ a ideia de que o Estado pudesse ser uma pessoa. Pretendendo a construção de uma teoria jurídica fundada unicamente em dados empíricos, Duguit parte da premissa de que as únicas pessoas reais são os indivíduos. Afora isso, há sim organização social, exercício de mando dos mais fortes sobre os mais fracos, reunião de vontades e de interesses – tudo isso, porém, se reduz à organização dos indivíduos, ao exercício de poder pelos indivíduos, ao somatório de vontades e de interesses individuais.²⁵

O Estado, para essa doutrina, é um fato social, não uma pessoa distinta dos indivíduos que o compõem. Àqueles que veem no Estado “um ser vivo e organizado, pensante, dotado de vontade, distinto dos indivíduos que o compõem”, Duguit não poupou ironia: “[n]ós nunca o vimos.”²⁶

A meio caminho está a doutrina da ficção, que teve em Savigny ilustre defensor. Segundo essa visão, o exercício de direitos pressupõe, necessariamente, tanto a existência de vontade como de poder de ação, aptidões que seriam exclusivamente

²¹ *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 2001, pp. 166-185.

²² FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 616: “El concepto de persona jurídica de Derecho público está tomado del Derecho civil.” (tradução livre: “O conceito de pessoa jurídica de Direito público é tomado do Direito civil”)

²³ Para uma apresentação mais didática e completa, ver RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 762-770.

²⁴ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, cit., p. 10.

²⁵ Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A personalidade do Estado*, cit., p. 376.

²⁶ DUGUIT, Léon. *L'État, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Fontemoing, 1901, p. 7.

humanas. Considerando que a ordem jurídica confere direitos no intuito de que sejam (ou possam ser) exercidos, a própria dotação de direitos pressupõe, então, a existência de vontade e de poder de ação por parte do seu titular, sendo esta “a razão suprema pela qual só os homens podem ser *verdadeiros titulares* dos direitos – porque só os homens têm existência real, física e psíquica.”²⁷

O reconhecimento de direitos a pessoas não humanas (chamadas “pessoas fictícias”) decorre, segundo essa doutrina, de uma ficção legal, que supõe existir vontade e poder de ação onde, na realidade, nada existe. Assim, enquanto que ao ser humano, verdadeiramente dotado das aptidões necessárias ao exercício de direitos, há de se reconhecer capacidade plena como regra, às pessoas jurídicas, apenas fictamente aparelhadas, deve-se reconhecer tão somente as capacidades expressamente outorgadas pelo ordenamento jurídico. A regra, nesse caso, seria a incapacidade.

A definição de Savigny para a pessoa jurídica é a de “um sujeito de direito de bens criado artificialmente”,²⁸ à qual parte da capacidade própria dos indivíduos é estendida. Apenas parte da capacidade porque, como enfatiza, as relações jurídicas que sustentam as pessoas fictícias são, sobretudo, de direitos reais, de obrigações e de sucessões enquanto meio de aquisição – daí a locução “sujeito de direito de bens”. Percebe-se que a concepção de pessoa jurídica se faz inserida no âmbito do direito privado, marcado pela “capacidade de possuir”, e Savigny o diz explicitamente: “são apenas as relações de direito privado às quais se aplica a capacidade artificial da pessoa jurídica.”²⁹

Estender a noção de pessoa jurídica para o campo do direito público seria, segundo diz, “confundir todas as ideias”, desconhecer a distinção profunda entre os princípios de direito público e aqueles de direito privado, fundada na natureza das coisas.³⁰ Assim, no lugar de estender o conceito de personalidade para o direito

²⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, cit., p. 762.

²⁸ SAVIGNY, M. F. C. von. *Traité de droit romain*, cit., §LXXXV, p. 233, “Cela nous conduit à définir avec plus de précision la personne juridique, comme un sujet du droit des biens créé artificiellement.”

²⁹ SAVIGNY, M. F. C. de. *Traité de droit romain*, cit., 1855, §LXXXV, p. 230, “ce ne sont que les rapports du droit privé auxquels s’applique la capacité artificielle de la personne juridique.”

³⁰ Idem, §LXXXV, pp. 231-232.

público, Savigny admite a extensão artificial do Estado para o campo do direito privado, sendo dotado, por lei, apenas de uma personalidade civil necessária.³¹

As doutrinas negativista e da ficção encontraram forte contraponto nas ideias de Gierke, Gerber, Laband e Georg Jellinek.³² Este último trouxe luz à discussão ao esclarecer que o conceito de sujeito de direito (*Rechtssubjektes*) seria um conceito puramente jurídico³³ e, portanto, não se referiria a qualidades reais ligadas ao ser humano em si, mas às suas relações. Dizer que o homem é um sujeito de direitos significaria, pois, dizer que ele tem relações reguladas ou reconhecidas pelo Direito. Assim, no sentido jurídico, sujeito não é um ser ou uma substância, mas uma capacidade (*Fähigkeit*) conferida pelo ordenamento.³⁴

De acordo com essa visão, a personalidade do Estado seria uma realidade jurídica tanto quanto a personalidade do ser humano o é.³⁵ Para enfrentar diretamente a doutrina da ficção, que negava personalidade real ao Estado por não ver neste qualquer possível manifestação de vontade própria, Jellinek relaciona o conceito jurídico de vontade com os fins concretos aos quais ela se dirige. Partindo do

³¹ Cf. MICHOU, Léon. *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. Paris: LGDJ, 1906 (Parte I), p. 266.

³² V. aprofundada exposição da evolução das visões de Gerber, Laband e Jellinek em MACHETE, Rui Chancerelle de. A personalidade jurídica do estado, a relação jurídica e o direito subjectivo público em Gerber, Laband e Jellinek. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D (Org.). *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 295-327.

³³ Com isso, Jellinek pretende afastar a objeção de incongruência com a realidade, já que, como diz mais adiante, nenhum conceito jurídico corresponde objetivamente ao que é perceptível no mundo dos fatos: "(...) wie allen Rechtbegriffen, in der Welt der Tatsachen nichts objektiv Wahrnehmbares entspricht" (tradução livre: como todos os conceitos jurídicos, não corresponde objetivamente ao que é perceptível no mundo dos fatos"). JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed. Berlin: O. Häring, 1914, p. 183.

³⁴ "Der Begriff des Rechtssubjektes ist ein rein juristischer Begriff, bezeichnet daher keine dem Menschen anhaftende reale Qualität, sondern ist, wie alle Rechtsbegriffe, seinem Wesen nach eine Relation. Der Mensch ist Rechtssubjekt, heißt, daß er in bestimmten, vom Rechte normierten oder anerkannten Beziehungen zur Rechtsordnung steht. Subjekt im Rechtssinne ist daher kein Wesen, keine Substanz, sondern eine verliehene, durch den Willen der Rechtsordnung geschaffene Fähigkeit." (tradução livre: "O conceito de sujeito de direito é um conceito puramente jurídico e, portanto, não designa alguma qualidade real ligada ao homem, senão, como todos os conceitos jurídicos, o seu modo de ser em uma relação. Dizer que o homem é um sujeito de direito significa dizer que ele está em certas relações normatizadas ou reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Sujeito, no sentido jurídico, não é uma essência, não é uma substância, mas uma capacidade criada pela vontade do ordenamento jurídico.") JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 169-170.

³⁵ Aliás, Jellinek reputa o termo "pessoa física" uma *contraditio in adjecto*, já que "físico" só pode ser uma substância ou uma dada função sua, enquanto "pessoa" é uma relação, compreensível apenas psicologicamente, abstratamente. In: *System der subjektiven öffentlichen rechte*. Freiburg: J. C. B. Mohr, 1892, p. 27.

pressuposto de que o reconhecimento da unidade (*Einheit*) de uma pluralidade de pessoas decorre de uma necessidade de contingência lógica, diz que é corolário dessa mesma contingência o reconhecimento de que uma vontade constante e ativa dirigida aos fins de uma unidade constitui a vontade da unidade ela mesma, e não apenas a vontade individual daqueles que fisicamente a manifestam.³⁶

A personalidade jurídica do Estado recebe, na obra de Jellinek, a mesma importância já reconhecida à personalidade do homem. Sendo ambas resultantes da juridicização das relações humanas, as unidades coletivas (*Kollektiveinheiten*) – gênero do qual faz parte o Estado – não são menos capazes de subjetividade jurídica do que os indivíduos.³⁷ E, justamente porque as relações humanas reguladas ou reconhecidas pelo ordenamento só existem dentro de uma comunidade (*Gemeinwesen*), esta, e não o indivíduo, é o pressuposto da personalidade jurídica:

Explicar a comunidade como uma aparência [uma ficção] e reconhecer apenas os indivíduos como sujeitos de direito originais é como pegar as partes depois de haver rompido o vínculo espiritual que as unia.³⁸

À medida que ganha força e aceitação no meio científico a teoria da personalidade jurídica do Estado, consolidando-se em meados do século XIX,³⁹ torna-se possível a abstração dos poderes de soberania da pessoa do governante,

³⁶ “Mit derselben Denknöthwendigkeit, mit der wir die Vielheit zur Einheit zusammenfassen, erscheint uns der in ihr auf Erreichung ihrer Zwecke gerichtete constante aktive Wille als ihr Wille, nicht nur als Wille des physisch Wollenden.” (tradução livre: “Por meio da mesma contingência lógica com a qual nós agrupamos multiplicidade em unidade, a constante vontade ativa dirigida à realização dos seus fins aparece como a sua vontade, e não apenas como a vontade daqueles que fisicamente o manifestam”) In: *System der subjektiven öffentlichen rechte*, cit., p. 28.

³⁷ “(...) dann sind solche Kollektiveinheiten nicht minder der Rechtssubjektivität fähig als die menschlichen Individuen.” (tradução livre: “então essas unidades coletivas não são menos capazes de subjetividade jurídica que os indivíduos humanos.”) JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 170.

³⁸ “Das Gemeinwesen als einen Schein erklären und nur die Individuen als ursprüngliche Rechtssubjekte anerkennen, heisst die Theile in die Hand nehmen, nachdem man das geistige Band zwischen ihnen zerrissen hat.” JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen rechte*, cit., p. 28.

³⁹ Na lição de FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 617, nota de rodapé nº 51, “[l]a introducción de la persona jurídica em el Derecho público fué obra exclusiva de la teoria científica.” (tradução livre: “a introdução da pessoa jurídica no Direito público foi obra exclusiva da teoria científica.”) Citando Otto Mayer, afirma que “[l]os profesores alemanes, por su cuenta exclusiva, han nombrado al Estado persona jurídica.” (tradução livre: “os professores alemães, por sua conta exclusiva, nomearam ao Estado pessoa jurídica.”)

passando à titularidade pessoa jurídica Estado.⁴⁰ Tal abstração abre caminhos para o que antes era impensável: seria possível imaginar, agora em um mesmo nível, o exercício do poder de mando e a responsabilidade pelos danos decorrentes.

Como explicar, contudo, o concomitante exercício de direitos de soberania – marcados pela disparidade de posições jurídicas – e a responsabilização civil – marcada por uma maior igualdade de posições? Uma resposta possível partiria da cisão da personalidade do Estado: se a personalidade é um centro de imputação de direitos e obrigações, então o Estado teria dois desses centros. Assim é que estarem o poder de mando e a responsabilidade em um mesmo nível não significou, automaticamente, estarem integrados em uma mesma personalidade.

Importantes publicistas assumiram, sobretudo na segunda metade do século XIX, a posição de que o Estado seria detentor de duas personalidades jurídicas: uma de direito público, outra de direito privado ou civil.⁴¹ O posicionamento buscava equacionar a questão, verificada na prática, de que o Estado agia tanto com ares de soberano, portanto impositivamente, travando relações afeitas ao direito público, como com ares de particular, portanto negocialmente, travando relações afeitas ao direito privado.

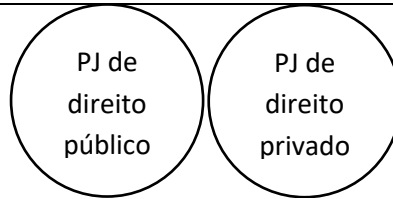
Em uma imagem simplificada, seria como trazer o *fiscus*, porção privada antes destacada do Estado, para dentro do próprio Estado, agregando a este capacidade civil:

⁴⁰ De acordo com JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 473-474, as bases que permitiram tal entendimento foram lançadas por Albrecht em resenha crítica à obra Maurenbrecher (*Staatsrechts*), publicada em 1837: “Volle Klarheit hat erst die neure deutsche Staatsrechtslehre gebracht, deren Grundlagen gerade in dem Streite um die Auffassung der Souveränität zuerst Albrecht in seiner epochemachenden Kritik des Maurenbrecherschen Staatsrechts verkündet hat.” (tradução livre: “Completa clareza foi trazida apenas pela nova doutrina alemã do direito do estado, cujas bases foram anunciadas, na disputa sobre o conceito de soberania, por primeiro por Albrecht na sua resenha crítica ao Direito do Estado de Maurenbrecher.”) Antes disso, conquanto tenham alguns juristas “usado o conceito de personalidade jurídica do Estado, (...) as ideias eram usadas de modo assistemático e impreciso, avultando a confusão entre a personalidade do Estado e a pessoa do monarca.” É com Albrecht que ganha relevo uma certa “degradação da posição do monarca”, fazendo do Estado “o único sujeito de todas as relações públicas.” Cf. MACHETE, Rui Chancerelle de. *A personalidade jurídica do estado...*, cit., pp. 295-296.

⁴¹ Citando, dentre os representantes dessa visão, Laband e Jellinek, v. RODRÍGUEZ, Arturo Alessandri; UNDURRAGA, Manuel Somarriva; HAKLICKA, Antonio Vodanovic. *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 518 e ss.

Teoria da dupla personalidade do Estado

Direito



Essa parece ter sido, mesmo, a interpretação dominante. As conclusões de Otto Mayer apontam justamente nesse sentido:

Assim se chega a ter duas personalidades jurídicas distintas, produto de uma divisão jurídica do Estado: de um lado, o antigo *fisco*, o Estado considerado como sociedade de interesses pecuniários ou pessoa jurídica de direito civil; de outro, o *Estado propriamente dito*, a associação política, a personalidade jurídica de direito público.⁴²

Percebe-se, então, que, mesmo se havendo submetido o Estado ao Direito, “a doutrina não soube, sempre, desprender-se dessa tradição do Fisco, incorrendo, por alguns, na desnecessária teoria da ‘dupla personalidade jurídica do Estado’.”⁴³ Relevante demonstração disso a encontramos ainda nas notas de Ernst Forsthoff sobre as pessoas jurídicas de direito público. Utilizando o termo “capacidade jurídica” no sentido do que tratamos, no Brasil, por personalidade,⁴⁴ o professor de Heidelberg pondera que, embora nem toda pessoa dotada de personalidade de direito privado

⁴² MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*: parte general, cit., p. 61: “Así se llega a tener dos personas jurídicas distintas, producto de una división jurídica del Estado: por una parte, el antiguo *fisco*, el Estado considerado como sociedad de intereses pecuniarios o persona jurídica de derecho civil; por otra parte el *Estado propriamente dicho*, la asociación política, la persona jurídica de derecho público.” Talvez por influência da interpretação de Savigny (cf. nota de rodapé nº 13, acima), que via no *fiscus* verdadeira pessoa, Otto Mayer refere a existência não de duas personalidades, mas de duas pessoas.

⁴³ FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*: parte general, 12ª ed. (v. I.). Madrid: Tecnos, 1994, p. 79: “la doctrina no ha sabido siempre desprenderse de esa tradición del Fisco, incurriéndose por algunos en la innecesaria teoría de la ‘doble personalidad jurídica del Estado’.”

⁴⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, cit., p. 683: “Os autores europeus costumam usar a expressão *capacidade jurídica* no sentido de aptidão para se ter direitos e obrigações, no sentido, isto é, de *personalidade* (e este uso repercutiu, excepcionalmente, na redação do art. 2º de nosso código de 1916) e chamam *capacidade de fato* a aptidão para o exercício dos próprios direitos, que nós costumamos denominar *capacidade*, pura e simplesmente.” A arguta observação de Vicente Ráo se confirma: “Por capacidad jurídica se entiende la capacidad de ser sujeto de derechos y deberes” (FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 618), isto é, a nossa *personalidade* (tradução livre: “Por capacidade jurídica se entende a capacidade de ser sujeito de direitos e deveres”)

tivesse também personalidade de direito público, “a capacidade jurídica no sentido do Direito público leva consigo, necessariamente, a de Direito privado.”⁴⁵

Essa tradição dual desenvolvida na Europa foi de certa forma replicada pela doutrina brasileira, por vezes afirmando um caráter tríplice da personalidade do Estado, vista, então, como “uma figura de três faces: a política (interna), a civil e a internacional”.⁴⁶ Em alguns poucos países da América Latina, como a Venezuela, por exemplo, ao expor-se a distinção entre direito público e direito privado, ainda hoje se assevera que “deve ter-se em conta que, hoje em dia, o Estado possui dupla personalidade e por meio de ambas atua ordinariamente”.⁴⁷

A teoria da dupla personalidade jurídica, contudo, não prevaleceu por grande período, e isso sobretudo em razão das incongruências que gerava na prática. A mais gritante talvez seja aquela que confronta o chamado princípio da relatividade, um dos postulados do direito privado. Ora, se *res inter alios acta, allis nec nocet nec prodest*, como explicar que atos do Estado pessoa jurídica de direito público teriam o condão de afetar a esfera de responsabilidade do Estado pessoa jurídica de direito privado? Levada às últimas consequências, a teoria da dupla personalidade teria de negar uma responsabilização que, na prática, já nem mais se punha em dúvida.

Para resolver essa questão, a doutrina não viu outra explicação satisfatória que não a unidade da personalidade do Estado.⁴⁸ Assim é que, a despeito da reconhecida utilidade da distinção das manifestações estatais, consolidou-se, como previu MICHOU, ⁴⁹ o entendimento “de que todos os atos do Estado devem ser considerados

⁴⁵ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 618: “la capacidad jurídica en el sentido del Derecho público lleva consigo necesariamente la del Derecho privado.”

⁴⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 116.

⁴⁷ ZERPA, Reinaldo Chalbaud. *Estado y política*, 2ª ed. Merida: Universidad de los Andes, 1978, p. 15: “debe tenerse en cuenta que hoy en día el Estado posee doble personalidad y bajo ambas actúa de ordinario”.

⁴⁸ MICHOU, Léon. *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, cit., p. 272: “(...) nous ne voyons pas qu'on ait pu donner aucune explication satisfaisante de cette règle en dehors de l'unité de la personnalité de l'Etat.” (tradução livre: não vemos como se possa dar alguma explicação satisfatória dessa regra a não ser pela unidade da personalidade do Estado”)

⁴⁹ Idem, p. 274: “(...) la jurisprudence (...) reconnaît de plus en plus l'unité de la personnalité de l'Etat dans les deux domaines du droit public et du droit privé; et il est permis de prévoir que cette opinion triomphera un jour d'une manière complète.” (tradução livre: “a jurisprudência reconhece cada vez mais a unidade da personalidade do Estado nos dois domínios do direito público e do direito privado; e é lícito prever que essa opinião triunfará um dia de uma maneira completa.”)

como de uma pessoa única, que tem órgãos vários e diferentes, com manifestações diversas.”⁵⁰

2.2. Origens próximas da cisão

Se é verdade que “o Estado poder público e o Estado pessoa jurídica de direito privado” passaram a ser vistos como “um só e mesmo sujeito de direito”,⁵¹ com o que se pregou inclusive o rechaço de “todo sistema que fez do fisco uma pessoa jurídica distinta do Estado”,⁵² disso não se pode concluir ter havido uma ruptura total com a tradição jurídica dominante até então. Aliás, ainda que pareça haver momentos em que a evolução da dogmática faça tábula rasa do passado, este sempre e sempre acaba condicionando o presente e o futuro.

Como bem anota Duguit, conquanto a teoria da dupla personalidade jurídica do Estado tenha se mostrado com mais força na Alemanha, também na França influenciou o pensamento jurídico posterior,⁵³ inculcando nos autores o costume de enxergar, nos fenômenos jurídicos de que participa o Estado, manifestações de capacidades públicas e de capacidades privadas – aquelas mais impositivas, estas mais negociais. Será possível verificar um certo *continuum* nessa linha de pensamento a partir da análise da teoria dos atos de império e dos atos de gestão e do pensamento jurídico que distinguia entre atos administrativos de sujeição, bilaterais ou carentes de coadjuvante, de um lado, e contratos privados, de outro, como fontes

⁵⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A personalidade do Estado, cit., p. 381.

⁵¹ MICHOU, Léon. *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, cit., p. 271: “L’Etat puissance publique, et l’Etat personne morale de droit privé, constituent en effet un seul et même sujet de droit.”

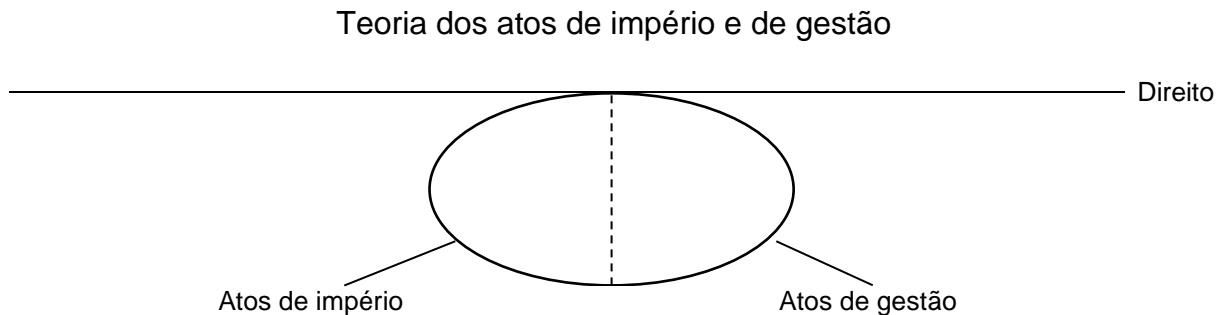
⁵² MICHOU, Léon. *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, cit., p. 271, nota de rodapé nº 1: “On doit en conséquence repousser tout système qui fait du fisco une personne morale distincte de l’Etat, une fondation créée par lui, ce qui est la notion imposée par le système de la fiction.” (tradução livre: Deve-se, em consequência, rejeitar qualquer sistema que faça do fisco uma pessoa moral distinta do Estado, uma fundação criada por ele, que é a noção imposta pelo sistema da ficção.)

⁵³ Cf. DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, cit., p. 470: “En France, quoiqu’elle [a teoria da dupla personalidade jurídica do Estado] ne fût pas expressément formulée et longuement développée, elle inspirait incontestablement, jusqu’à ces derniers temps, beaucoup de juristes et particulièrement les civilistes.” (tradução livre: Na França, embora ela não tenha sido expressamente formulada nem longamente desenvolvida, ela inspirou incontestavelmente, até os últimos tempos, muitos juristas e particularmente os civilistas.)

de relações de direitos e obrigações mútuas entre a Administração Pública e particulares.

2.2.1. A teoria dos atos de império e dos atos de gestão

Themístocles Brandão Cavalcanti afirmou, com boa dose de razão, que, “nos países onde o controle jurisdicional dos atos da administração verifica-se por meio de órgãos especiais, tomou a teoria da dupla personalidade do Estado caráter novo, pela diferenciação dos atos de *imperium* e de gestão.”⁵⁴ Fazendo uso, outra vez mais, de uma imagem simplificada, seria como se as antes separadas personalidades agora se fundissem em uma mesma pessoa, na qual encerradas capacidades e manifestações jurídicas de ordens distintas.



Na França imperial (1804-1815), o ato administrativo tinha na manifestação da autoridade o seu caráter diferencial, a sua essência. Quaisquer que fossem as suas espécies, eram reunidos em torno do critério subjetivo da autoridade instituidora – todos eram atos de poder público e, precisamente por isso, escapavam à apreciação dos tribunais judiciais. Posteriormente, a categoria do ato administrativo se despreendeu do critério subjetivo e passou a orbitar em torno do critério da finalidade, encontrando sua natureza no fato de ser emitido com vistas a um serviço público.⁵⁵ Tal evolução, que foi levada a efeito no transcurso do século XIX, teve como etapa intermediária “um esforço doutrinário muito curioso e muito interessante”:⁵⁶ aquele de distinguir os atos administrativos em atos de autoridade e atos de gestão.

⁵⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948 (v. II), p. 220.

⁵⁵ DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Colin, 1913, pp. 145-147.

⁵⁶ Idem, p. 147.

Esse esforço doutrinário se insere em um “duplo movimento”: de um lado, uma tendência mais radical de supressão do contencioso administrativo e de consequente remessa de todos os casos, mesmo os nascidos de atos administrativos, para os tribunais judiciais; de outro, uma visão mais moderada tendente a limitar o número de casos nascidos de atos administrativos que estariam sujeitos ao contencioso administrativo, transferindo-os, em parte, aos tribunais judiciais.⁵⁷⁻⁵⁸ O movimento afinal exitoso na França foi este último, que se valeu de nova cisão conceitual, agora no interior da categoria dos atos administrativos.

Isso não é de menor importância. Como muitas das transformações ocorridas no Direito, a teorização a respeito dos atos administrativos e suas categorias foi impulsionada por um ideal de liberdade, de redução do arbítrio e de racionalização do exercício do poder. Duguit anota, nesse sentido, que foi “o desejo de limitar a extensão da competência contenciosa da administração que inspirou essa distinção dos atos de autoridade e dos atos de gestão.”⁵⁹

Em importante monografia sobre o tema, publicada no ocaso do século XIX, Maurice Hauriou refere que a distinção dos atos administrativos entre atos de autoridade e de gestão nasceu de constatações feitas a partir de estudos sobre a teoria dos atos da administração e sobre as ações de indenização contra o Estado. Apercebendo-se a doutrina de uma aparente relação entre as características dos atos administrativos e o reconhecimento ou não de direitos indenizatórios, pouco a pouco formulou-se uma teoria que a pudesse explicar – ou seja, “o efeito foi conhecido antes da causa”:⁶⁰

(...) percebeu-se também que, se a jurisprudência confere indenizações para os prejuízos causados pela gestão administrativa, ela se recusa a alocá-las para aqueles que são

⁵⁷ Nas palavras de ROMANO, Santi. *Principii di diritto amministrativo italiano*, 2ª ed. Milão: Società Editrice Libreria, 1906, p. 568, a dicotomia atos de império-atos de gestão “si tratta di una distinzione che si è venuta formulando e svolgendo (...) per separare, nel sistema del contenzioso amministrativo, la competenza giudiziaria da quella di quest’ultimo.” (tradução livre: “se trata de uma distinção que veio formulando e desenvolvendo para separar, no sistema do contencioso administrativo, a competência judiciária daquela deste último.”)

⁵⁸ DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*, cit., p. 149.

⁵⁹ Idem, p. 152: “(...) c’est le désir de limiter l’étendue de la compétence contentieuse de l’administration qui a inspiré cette distinction des actes d’autorité et des actes de gestion.”

⁶⁰ HAURIOU, Maurice. *La gestion administrative: étude théorique de droit administratif*. Paris: Larose, 1899, p. 33: “(...) l’effet était connu avant la cause”.

consequência de atos de autoridade; daí se concluiu que existem dois modos de atividade da administração, um que é a via da autoridade, outro que é a via da gestão.⁶¹

De fato, a distinção surge *a posteriori* como tentativa de justificar o texto da lei, organizar as decisões esparças e transformar cada vez mais em contencioso de plena jurisdição uma boa parte do contencioso de anulação.⁶² Conquanto estejam ambos os contenciosos inseridos no bojo da justiça administrativa, a profunda diferença dos seus efeitos é capaz de justificar os movimentos de restrição do âmbito de um e de alargamento do âmbito de outro.

O chamado contencioso de anulação tem caráter “puramente objetivo e formal”, em que “o papel do juiz é estritamente limitado à anulação do ato”, sendo-lhe vedado “estatuir sobre as consequências dessa anulação”. E o mais importante: no contencioso de anulação não se pode, “em caso algum, engajar a responsabilidade pecuniária das administrações públicas”.⁶³

Já o dito contencioso de plena jurisdição tem caráter “subjetivo”, e nele o juiz goza de poderes bem mais extensos, podendo não apenas anular as decisões da administração, como “modificá-las e reformá-las”. Pode, também, “condenar a administração a reparar os prejuízos causados pelos fatos da execução” do ato administrativo.⁶⁴

É interessante notar, aqui, que as teorias da competência do contencioso administrativo, dos atos administrativos e da responsabilidade da administração foram reciprocamente determinantes na França. Não seria exagero afirmar que a ideia que se tinha de como a competência e a responsabilidade deveriam ser influenciaram fortemente a imagem de como os atos administrativos eram – talvez mais fortemente do que a natureza dos atos eles mesmos.

⁶¹ HAURIU, Maurice. *La gestion administrative*, cit., p. 1: “(...) on s'est aperçu aussi que si la jurisprudence accorde des indemnités pour les préjudices causés dans la gestion administrative, elle refuse d'en allouer pour ceux qui sont la conséquence d'actes d'autorité; de là on a conclu qu'il existe deux modes d'activité de l'administration, l'un qui est la voie d'autorité, l'autre qui est la voie de gestion.”

⁶² Idem, p. 32.

⁶³ HAURIU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, 8^a ed. Paris: Recueil Sirey, 1914, p. 411.

⁶⁴ Idem, p. 411.

Hauriou teorizou a distinção dos atos administrativos de maneira bastante singular. Enxergando na administração “tanto um poder que se afirma como um trabalho que se realiza”,⁶⁵ o autor elegeu como critério identificador dos atos de gestão “a colaboração dos administrados à ação administrativa”,⁶⁶ a partir do qual ficaria claro que:

(...) há casos em que a vontade do administrador tende a se impor apenas pela sua energia, (...) há outros, pelo contrário, em que ela vai acompanhada por um concurso de vontade que facilita sua tarefa; (...) essa diferença das circunstâncias do ato é tal a implicar diferenças em seus efeitos jurídicos, pois as relações de comando ou de subordinação não são as mesmas que aquela de cooperação”.⁶⁷

As relações de cooperação, ensejadoras de uma *situação de gestão*, pareciam se mostrar muito mais afeitas ao direito privado que ao direito público. Como exemplo, Hauriou refere que o funcionário público, ao mesmo tempo em que seria um subordinado dentro da organização administrativa, seria um instrumento para a execução de um serviço público, para o que a sua colaboração fática e habitual no exercício de uma função pública seria imprescindível. Pois, enquanto colaborador, ao funcionário seriam por vezes reconhecidas determinadas garantias (como a inamovibilidade ou a impossibilidade de exoneração *ad nutum*), espécie de direitos de propriedade sobre determinados elementos funcionais, a justificar a submissão dos litígios deles decorrentes às normas do direito civil.⁶⁸

⁶⁵ HAURIOU, Maurice. *La gestion administrative*, cit., p. 6: “(...) il y a dans l’administration, tantôt un pouvoir qui s’affirme, tantôt un travail qui s’accomplit.”

⁶⁶ Idem, p. 7: “(...) le criterium de la gestion administrative est la collaboration des administrés à l’action administrative”.

⁶⁷ Idem, p. 8: “(...) il y a des cas où la volonté de l’administrateur tend à s’imposer par sa seule énergie, (...) il en est d’autres au contraire où elle est accompagnée d’un concours de volontés qui facilite sa tâche; (...) cette différence dans les circonstances de l’acte est de nature à entraîner des différences dans ses effets juridiques, car les relations de commandement ou de subordination ne sont point les mêmes que celle de coopération”.

⁶⁸ Idem, pp. 10-11: “Enfin, si des garanties lui sont concédées par la législation contre le déplacement ou la révocation, cela fait que ces garanties lui constituent un *état* et lui confèrent sur tel ou tel élément de sa fonction une sorte de propriété (propriété du grade de l’officier, du siège du magistrat, de la chaire du professeur, de l’office ministériel, etc.)” (tradução livre: “Enfim, se garantias lhe são concedidas pela legislação contra a remoção ou a exoneração, significa que essa garantias lhe constituem um *estado* e lhe conferem sobre tal ou qual elemento da sua função uma espécie de propriedade (propriedade do posto do oficial, da sede do magistrado, da cadeira do professor, do escritório ministerial etc.)”)

Mais genericamente, Hauriou ainda justificou a submissão de determinados litígios ao contencioso de plena jurisdição não a partir da relação jurídica do administrado com as suas garantias, mas da natureza da relação jurídica estabelecida entre a administração e o administrado em situações de gestão. Disse que, ao “aceitar a cooperação do administrado”, em vez de impor-lhe unilateralmente os efeitos desejados, a administração se colocaria, de certo modo, em uma relação *pro socio* com o particular, deixando “estabelecer-se esse compromisso que constitui o fundo de toda sociedade e que conduz a submeter à arbitragem de um juiz as dificuldades e os litígios que surgirem.”⁶⁹

Apoiando-se em premissas ligeiramente distintas, a formulação teórica de Henry Berthélemy foi tida como das mais precisas nesse campo.⁷⁰ O autor, partindo da ideia de que a separação das autoridades administrativas e judiciárias tinha como fundamento tanto a manutenção da autoridade daquelas como da independência destas, apresentou como consequência necessária a subtração dos litígios envolvendo ordens administrativas do conhecimento dos tribunais judiciais – “a independência dos administradores é uma condição da sua autoridade”,⁷¹ afirmava.

Como o fundamento dessa independência era a manutenção da autoridade – e, assim, da eficácia das ordens administrativas –, aqueles atos que não envolvessem o exercício de autoridade poderiam, sim, ser levados ao conhecimento dos tribunais judiciais. Cingiram-se, assim, a partir da possibilidade ou não de submeter dado litígio à apreciação do Judiciário, os atos administrativos em duas categorias:

(...) uns são *atos de poder público* pelos quais eles [os administradores] determinam ou proibem alguma coisa aos administrados. Os outros são *atos de gestão* que eles realizam na sua qualidade de representantes dos serviços públicos. (...) Não é como autoridade que a administração intervém; sua

⁶⁹ HAURIUO, Maurice. *La gestion administrative*, cit., p. 46: “L’administration a accepté la coopération de l’administré, elle est donc d’une certaine façon vis-à-vis de lui dans la situation *pro socio*; elle s’est compromise avec lui, c’est-à-dire qu’en fait elle a laissé s’établir ce compromis qui constitue le fond de toute Société et qui conduit à soumettre à l’arbitrage d’un juge les difficultés et les litiges qui s’élèveront.”

⁷⁰ Cfr. DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*, cit., p. 153, adjectivando de “brilhante” e “meritosa” a explanação de Berthélemy para, já no parágrafo seguinte, bem ao seu estilo, contestar-lhe duramente.

⁷¹ BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*, 3ª ed. Paris: Rousseau, 1905, p. 18: “l’indépendance des administrateurs est une condition de leur autorité.”

independência não corre risco algum e não há necessidade de ser salvaguardada.⁷²

Em síntese, para Berthélemy, a razão de ser da separação das autoridades administrativas e judiciais servia, também, para definir as esferas de independência, dando contornos às categorias de atos de império e atos de gestão. Enquanto a eficácia do ato de império, marcado pela ordem, pelo uso do poder público, repousaria na autoridade do administrador, a eficácia do ato de gestão estaria dela desvinculada – “o ato realizado se parece àquele que faz um particular para a gestão do seu patrimônio”;⁷³ seria, no fundo, um ato como outro qualquer que “todo mundo poderia praticar na administração de um patrimônio particular”.⁷⁴ A vinculação dos atos de gestão à administração patrimonial fez com que neles se visse o nascimento de relações de direito civil entre a pessoa jurídica Estado⁷⁵ e os administrados, de modo que, *naturalmente*,⁷⁶ os conflitos resultantes haveriam de se apresentar perante os tribunais civis, isto é, perante os tribunais judiciários.

O estudo das regras de competência da jurisdição administrativa francesa, entretanto, mostrou que inúmeras matérias atinentes a atos de gestão acabavam subtraídas do conhecimento dos tribunais judiciários e submetidas à jurisdição

⁷² BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*, cit., pp. 18-19: “(...) les uns sont des *actes de puissance publique* par lesquels ils commandent ou interdisent quelque chose aux administrés. Les autres sont des *actes de gestion* qu’ils accomplissent en leur qualité de représentants des services publics. (...) Ce n’est pas comme autorité que l’administration y intervient; son indépendance n’y court aucun risque et n’a pas besoin d’être sauvegardée.”

⁷³ Idem, p. 20: “L’acte accompli est pareil à celui que fait un particulier dans la gestion de son patrimoine.”

⁷⁴ Idem, p. 43: “(...) actes comme tout le monde en pourrait faire dans l’administration d’un patrimoine particulier (...)”.

⁷⁵ Vale assinalar que, para Berthélemy, o Estado pessoa jurídica (*État personne*) só se manifestaria na prática dos atos de gestão, portanto no estabelecimento de relações jurídicas de cunho privado. Os atos de império, a seu turno, decorreriam do exercício de uma função confiada ao Estado poder (*État puissance*), que não deveria ser considerado uma pessoa jurídica. Nesse contexto, a sua teoria dos atos de império e dos atos de gestão se aproxima, e muito, da antiga noção de soberano irresponsável e *fiscus* responsável. Vai ao encontro, também, da doutrina de Savigny sobre a personalidade jurídica do Estado, considerado, como dito alhures, um “sujeito de direito de bens”, detentor de capacidade jurídica tão somente para estabelecer relações de direito privado. Vide *Traité élémentaire de droit administratif*, cit., pp. 42-45.

⁷⁶ Como não fosse possível formular, de forma coerente, uma teoria dos atos administrativos que explicasse toda a complexa distribuição das competências contenciosas administrativa e judicial, passou a ser comum fazer referência a matérias que estariam sujeitas a uma ou outra jurisdição *por natureza* e a matérias que, independentemente da sua natureza, estariam sujeitas a uma ou outra jurisdição *por determinação da lei*. V. BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*, cit., p. 22. O mesmo expediente será usado, adiante, na formulação da teoria dos contratos administrativos.

administrativa. Aquilo que, de acordo com a teoria dos atos de império e dos atos de gestão, deveria ser a regra, viu-se desestabilizado por numerosas disposições legais em contrário – e, “como as exceções possuem quase tanta importância como a regra, elas acabaram por violar a regra ao ponto de esvaecer o seu senso jurídico.”⁷⁷ Ao final, a realidade normativa venceu a dogmática, e a teoria elaborada perdeu a pretendida utilidade.

O enfraquecimento da teoria dos atos de império e dos atos de gestão foi acompanhado por uma gradual virada de paradigma no direito administrativo. O conceito de poder público (*puissance public*), que marcava o núcleo desse ramo jurídico, deu espaço ao serviço público (*service public*), conceito capaz de unificar, de certa forma, a atuação administrativa. Essa “transormação profunda” tratou de alijar o quanto possível, do núcleo identificador do Direito Administrativo, as noções de “soberania”, de “comando”, de “relações desiguais”, substituindo-o pela noção de função de serviço público:

Da mesma forma que o direito privado deixa de se fundar sobre o direito subjetivo do indivíduo, sobre a autonomia da pessoa em si, e repousa agora sobre a noção de uma função social que se impõe a cada indivíduo, assim também o direito público não se funda mais sobre o direito subjetivo do Estado, sobre a soberania, mas repousa sobre a noção de uma função social dos governantes, tendo por objeto a organização e o funcionamento dos serviços públicos.⁷⁸

Os autores passaram, então, a estudar os atos administrativos tendo em conta mais aquilo que têm em comum do que a partir das diferenças na maneira de execução. Bartolome FIORINI explicita bem o ponto ao afirmar que “[l]as dos clases de actos – gestión y públicos – preséntanse como partes integrantes del proceso de la actividad administrativa y que siempre se relacionan entre sí”. A interligação das diferentes formas de atos utilizados na execução da função administrativa tornaria

⁷⁷ BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit adminsitratif*, cit., p. 22: “Et comme les exceptions ont presque autant d’importance que la règle, elles ont fini par voiler la règle au point d’en faire méconneitre le sens juridique.”

⁷⁸ DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*, cit., pp. 52-53: “De même que le droit privé cesse d’être fondé sur le droit subjectif de l’individu, sur l’autonomie de la personne même et repose maintenant sur la notion d’une fonction social s’imposant à chaque individu, de même le droit public n’est plus fondé sur le droit subjectif de l’État, sur la souveraineté, mais repose sur la notion d’une fonction sociale des gouvernants, ayant pour objet l’organisation et le fonctionnement des services publics.”

“difícil, casi imposible, encontrarlos completamente separados y sin relación o interferencia entre ellos.”⁷⁹

2.2.2. Atos administrativos de submissão, bilaterais ou carentes de coadjuvante

Seguida à risca a teoria dos atos de gestão e dos atos de império, todo e qualquer contrato firmado pela Administração Pública, “fuese cual fuese su materia”, seria enquadrável como um ato de gestão por natureza e, assim, um ato sujeito ao regime de direito privado. O fato de muitos dos litígios deles decorrentes estarem submetidos ao contencioso administrativo não infirmava essa conclusão, senão que era tido “como uma simple excepción pragmática determinada por la Ley, por simples razones prácticas de utilidad y no de naturaleza”⁸⁰.

Para que essa visão dogmática pudesse evoluir para a teoria dos contratos administrativos, antes mesmo da completa superação da *puissance public* pelo *service public* como paradigma do direito administrativo, parece-nos fundamental o acréscimo de outro ingrediente: a consideração de que certas relações jurídico-administrativas se estabeleciam não apenas a partir de um ato administrativo, mas da essencial participação do seu destinatário neste. Essa ideia permeou teorias como a do ato administrativo de submissão, do ato administrativo bilateral e do ato administrativo carente de coadjuvante. Estão nesse grupo de teorias, segundo nos consta, as primeiras exposições dogmáticas mais concretas de relações jurídicas bilaterais estabelecidas entre a Administração Pública e agentes privados sob o regime jurídico-administrativo, embora ainda sem a caracterização (ou ao menos sem o reconhecimento) dessa relação como contratual. O entendimento aqui subjacente – de que administrativo era aquilo que denotava imposição e privado aquilo que denotava igualdade – influenciou fortemente a doutrina posterior.

⁷⁹ FIORINI, Bartolome A. *Teoría de la justicia administrativa*. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1944, p. 105. (tradução livre: “as duas classes de atos – gestão e públicos – apresentam-se como partes integrantes do processo da atividade administrativa e que sempre se relacionam entre si. (...) difícil, quase impossível, encontrá-los completamente separados e sem relação ou interferência entre eles”)

⁸⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 41, Madrid, 1963, p. 101. (tradução livre: “fosse qual fosse sua matéria (...) como uma simples exceção pragmática determinada pela Lei, por simples razões práticas de utilidade e não de natureza.”)

Acostumados a ver o contrato, tradicionalmente vinculado ao direito civil, como instituto jurídico que pressupunha ampla liberdade e igualdade de situação jurídica das partes,⁸¹ os juristas, sobretudo os alemães, rechaçaram sua aplicação no âmbito de relações jurídicas cercadas de notas de superioridade da Administração Pública. Ao mesmo passo, não se podiam negar traços de bilateralidade em muitas dessas relações, a partir das quais direitos eram transferidos aos particulares e obrigações lhes eram tomadas. Exemplo típico dessas relações jurídicas o temos na concessão de serviço público, a partir de cujo tratamento melhor se evidencia a teoria dos atos bilaterais.

Um tal intercâmbio jurídico-econômico, travado entre pessoas em posições díspares, acabou alocado ao gênero “ato administrativo”, acrescido das mais diversas adjetivações (“de submissão”, “bilateral”, “carente de coadjuvante”). Com isso foi possível guardar coerência seja com a desigualdade de poderes manifestados pelas partes, seja com a inegável relevância do assentimento do particular.

Otto MAYER contribuiu enormemente à discussão sobre a natureza jurídica da concessão (*Verleihung*) ao defender se tratar de ato administrativo por meio do qual não apenas “se da poder a un individuo sobre una parte de Administración pública”,⁸² como se lhe tomam deveres especiais. A transferência de poderes administrativos a um particular (os direitos do concessionário) por ato unilateral não lhe trazia maiores perplexidades – desde que a Administração Pública fosse titular desses poderes e os pudesse delegar, a transferência seria juridicamente possível. Já a tomada de deveres especiais (as obrigações do concessionário) por ato unilateral da Administração Pública entraria em conflito com o direito geral de liberdade, excepcionável unicamente por disposição de lei. Vem daí a consideração do ato concessional,

⁸¹ A esse respeito, vale conferir ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 32-36, quem demonstra a estreita vinculação da teoria contratual do século XIX à ideologia burguesa da absoluta liberdade de contratar (“não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições”) e da igualdade jurídica formal (“nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa”), erigidos a verdadeiros “pilares” ou “pressupostos” do instituto do contrato.

⁸² MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*: parte especial, 2ª ed. (Tomo IV). Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 149. (tradução livre: “se dá poder a um indivíduo sobre uma parte da Administração pública”)

primeiramente, como um “ato administrativo de submissão” (*Verwaltungsakt auf Unterwerfung*):

Para crear derechos en favor del concesionario, ese poder de disponer basta, pero para imponerle *obligaciones*, haría falta aún una autorización de la ley o que la concesión se otorgue en la forma de un acto individual de la ley. Pero esto está reemplazado también aquí por la *sumisión voluntaria* del interesado, resultante de su solicitud o de la aceptación de la concesión. Es ésta un acto administrativo que se dicta sobre la base de la sumisión, exactamente como el nombramiento para el servicio del Estado; ella no es más contrato que el nombramiento. Las tratativas que preceden fijan las condiciones y la medida de esta sumisión: determinan así el contenido preciso del acto administrativo que se hace posible gracias a esta sumisión. Pero el efecto se produce exclusivamente por el acto administrativo.⁸³

WALTER JELLINEK (1885-1955) inaugurou posição ligeiramente distinta, conferindo ainda mais ênfase à participação (*Mitwirkung*) do particular. Se, para Otto MAYER, a ausência de pedido ou de consentimento por parte do destinatário constituiria causa para impugnação do ato administrativo – que, enquanto isso, produziria seus efeitos –, para WALTER JELLINEK a participação do particular seria verdadeira condição de eficácia do ato. Defendeu, assim, um conceito de “ato administrativo bilateral” (*zweiseitige Verwaltungsakt*), entendido como aquele que, para a sua eficácia (*Wirksamkeit*), exigiria a participação do particular, sendo, portanto, ineficaz sempre que tal participação se fizesse ausente.⁸⁴

A construção da teoria do ato administrativo bilateral ilustra a dificuldade que a doutrina ainda tinha em reconhecer a existência de contratos administrativos. Muito

⁸³ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*, cit., pp. 162-163. (tradução livre: “Para criar direitos em favor do concessionário, esse poder de disposição é suficiente, mas para impor-lhe *obrigações*, ainda seria necessária uma autorização da lei ou que a concessão seja outorgada na forma de um ato individual de lei. Mas aqui, também, isso é substituído pela *submissão voluntária* do interessado, resultante de sua solicitação ou aceitação da concessão. Trata-se de um ato administrativo que é emitido com base na submissão, exatamente como a nomeação para o serviço do Estado; não é mais contrato do que a nomeação. As tratativas que precedem fiam as condições e a medida dessa submissão: determinam, assim, o conteúdo preciso do ato administrativo possibilitado por essa submissão. Mas o efeito é produzido exclusivamente pelo ato administrativo.”)

⁸⁴ JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*, 2ª ed. Berlin: Springer-Verlag, 1929, p. 240, “(...) unter einem zweiseitigen Verwaltungsakt [verstehen wir] einem solchen, der zu seiner Wirksamkeit der Mitwirkung eines einzelnen bedarf, der also unwirksam ist, wenn die Mitwirkung fehlt.” (tradução livre: “(...) por ato administrativo bilateral [entendemos] aquele que requer a cooperação de um indivíduo para ser eficaz, ou seja, aquele que é ineficaz se não houver tal cooperação.”)

embora se dissesse que o contrato era a forma mais completa de bilateralidade,⁸⁵ advertia-se que, diferentemente desse, o ato administrativo bilateral seria composto por duas partes desiguais (*zwei ungleichen Stücken*): uma declaração de vontade de direito privado, sujeita às regras do direito civil, e uma declaração de vontade do Estado, sujeita às regras do direito público.⁸⁶ O contrato, enquanto instituto jurídico, só se verificaria, segundo essa visão, no encontro de duas declarações de vontade de direito privado – contrato privado – ou no encontro de duas declarações de vontade de direito público – o contrato público –, é dizer, apenas em se verificando uma equivalência ou uma igualdade nas declarações de vontade (*Gleichwertigkeit der Willenserklärungen*).⁸⁷

A teoria do ato administrativo bilateral foi objeto de forte controvérsia – talvez mais pelo nome do que pela ideia central.⁸⁸ Fritz FLEINER negou-se a concordar com que o ato administrativo em si seria bilateral. Uma vez que “la voluntad del Estado permanece como voluntad predominante”, procurou demonstrar que o ato administrativo se fazia existente pela só manifestação de vontade da Administração Pública – donde a sua unilateralidade –, de modo que o assentimento do particular deveria ser alocado não dentre os elementos de formação do ato, como fazia parecer a denominação proposta por WALTER JELLINEK, mas dentre seus requisitos de validade, cuja ausência “puede anular todo el acto”.⁸⁹ De forma curiosa, portanto, a

⁸⁵ JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 241-242, “In andern Entscheidungen kommt denn auch der Ausdruck ‘Vertrag’ vor, der doch die vollendete Form der Zweiseitigkeit darstellt.” (tradução livre: “Em outras decisões, é usado o termo ‘contrato’, que é a forma mais perfeita de bilateralismo.”)

⁸⁶ Idem, p. 241, “Der zweiseitige Verwaltungsakt besteht nämlich aus zwei ungleichen Sücken: einer privaten Willenserklärung des einzelnen, die im großen und ganzen der sinngemäßen Anwendung des bürgerlichen Rechts unterliegt, und der nach öffentlichem Rechte lebenden, also mindestens die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit in sich tragenden Willenserklärung des Staates.” (tradução livre: “O ato administrativo bilateral consiste em duas partes desiguais: uma declaração privada de intenção do indivíduo, que está amplamente sujeita à aplicação análoga do direito civil, e a declaração de intenção do Estado, que é regida pelo direito público e, portanto, carrega pelo menos a presunção de legalidade e validade.”)

⁸⁷ Idem, p. 243.

⁸⁸ “Esta denominación ha provocado, con razón, bastante extrañeza, pues se halla en contradicción con la naturaleza del acto administrativo, que necesariamente es unilateral.” FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, cit., pp. 296-297. (tradução livre: “Esta denominação provocou, com razão, bastante estranheza, pois está em contradição com a natureza do ato administrativo, que é necessariamente unilateral.”)

⁸⁹ FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*, cit., pp. 156-158. (tradução livre: “a vontade do Estado permanece como vontade predominante (...) pode anular todo o ato.”)

crítica conferiu ainda maior importância à declaração de vontade do particular, alocando-a mais precisamente ao plano da validade do ato jurídico.

Ernst FORSTHOFF, embora concordando quase que inteiramente com a matéria de fundo, fez coro à crítica da nomenclatura adotada por WALTER JELLINEK. Propôs, a seu turno, que se falasse em “actos administrativos necesitados de coadyuvante”. Segundo expôs, haveria casos em que o ordenamento jurídico atribuiria especial valor à participação do interessado na produção de um ato administrativo, seja por meio de solicitação, seja por meio de aceitação. Nesses, quando “falta la cooperación del interesado (solicitud o asentimiento en cualquier forma), se produce la nulidad”, sendo o caso, sobretudo, das permissões, autorizações, concessões e outras garantias.⁹⁰

Em comum, os autores tiveram a colocação em relevo da participação do administrado na produção de efeitos jurídico-administrativos. Independentemente das consequências aventadas para a ausência dessa participação – impugnabilidade, ineficácia ou nulidade –, o certo é que algumas relações jurídico-administrativas começaram a ganhar, gradualmente, caráter dialógico, com a inserção do interlocutor privado em campo antes exclusivo da Administração.

Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO (1908-1980) foi, no Brasil, das vozes que mais se aproximou da teoria germânica. Entendendo como “elementos que presidem o contrato” a liberdade das partes para a formação da relação jurídica e a mútua vinculatividade das cláusulas por elas livremente estabelecidas,⁹¹ o que entraria em conflito com a possibilidade de alteração unilateral do regime jurídico pela Administração Pública, opôs-se à corrente do contrato administrativo, a que denominou “criação cerebrina”.⁹² Para ele, poderia eventualmente reconhecer-se natureza contratual apenas quanto à equação econômico-financeira estipulada – justamente em razão da sua vinculatividade mútua –, mas não com relação ao regime de execução, por exemplo, dada sua mutabilidade unilateral. Tomando o objeto e o regime de execução como elementos principais da relação jurídica, termina por

⁹⁰ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, cit., pp. 297-298. (tradução livre: “atos administrativos carentes de coadjuvante (...) falta a cooperação do interessado (requerimento ou assentimento em qualquer forma), produz-se a nulidade”)

⁹¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007 (vol. I), pp. 452-453.

⁹² Idem, p. 693.

caracterizar a concessão de serviço público como ato administrativo, ao qual adereria, como elemento meramente complementar, o contrato a respeito da equação econômico-financeira. Essa faceta contratual da relação, contudo, em nada diferiria dos contratos de direito privado – donde a conclusão de que “inexiste o contrato de direito público, ou o contrato administrativo, com regime jurídico diferente do contrato de direito privado, ou de Direito Civil, quanto aos elementos que especificam sua natureza”.⁹³

Esse modo de pensar é ainda hoje abraçado por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. Assumindo o pressuposto de que o núcleo do instituto contrato estaria não apenas na consensualidade, mas na autoridade (isto é, na imutabilidade unilateral) dos seus termos, assevera o autor que a “qualificação ‘administrativo’ aposta à palavra ‘contrato’ parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido do substantivo”, sendo expressão “utilizada de maneira imprópria e muito infeliz, porque propiciadora de equívocos.”⁹⁴

⁹³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, cit., p. 692. No fundo, o autor separou, nos contratos administrativos, aquilo que lhe pareceu mais afeito ao regime dos atos administrativos daquilo que lhe pareceu mais afeito ao regime dos contratos privados, advogando pela existência de uma relação de acessoriedade destes últimos quanto à relação jurídica como um todo. Sua visão, portanto, se aproxima em muito da teoria dos atos mistos, a explicar os contratos administrativos como a junção de um contrato de direito privado com um ato administrativo. Cumpre contrapor, contudo, que a teoria de uma “*institución de derecho mixto*”, se bem guardasse coerência com a ideia de dupla personalidade jurídica do Estado, “ya no es factible desde que hemos fusionado al Estado propriamente dicho y al fisco en una sola y misma persona.” Cf. o próprio MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán: parte general*, cit., pp. 192-193. (tradução livre: “*instituição de direito misto (...)* já não é mais factível desde que fundimos o Estado propriamente dito e o fisco em uma só e mesma pessoa.”)

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 626, 628 e 630.

3. IDENTIDADE E CRISE DA TEORIA DA DIVISÃO DOS REGIMES JURÍDICOS DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A despeito dos obstáculos teóricos que se erigiram ao longo do tempo, a existência dos contratos administrativos é hoje reconhecida de maneira amplamente majoritária – e inclusive positivada no direito pátrio. Sua formulação doutrinária, tal qual adotada no Brasil, é de origem francesa¹ e veio à luz na primeira metade do século XX, depois da paulatina substituição da *puissance public* pelo *service public* como elemento central do Direito Administrativo. Sua operacionalidade, contudo, repetiu o velho cacoete herdado do *fiscus*, da dupla personalidade, dos atos de império e de gestão, dos atos bilaterais: a separação dos fenômenos jurídicos de que fazia parte o Estado em públicos e privados, de acordo com sua maior ou menor afinidade com o que se considerasse o elemento central do Direito Público. Pode-se dizer, portanto, que a teoria dos contratos administrativos é, primordialmente, uma teoria da divisão dos contratos da Administração Pública entre administrativos e privados e, em seguida, uma teoria das peculiaridades dos primeiros.

Cumprir adiantar que a teoria dos contratos administrativos sofreu, ao longo do século XX, importantes transformações e até mesmo cenários de crise, levando autores europeus a questionar sua adesão à realidade e, portanto, sua utilidade. Esse quadro de evolução e crise, contudo, parece ter passado ao largo de boa parte da doutrina administrativista brasileira, que segue replicando formulações iniciais. É importante, assim, ter em conta o contexto dessa teorização, seu amadurecimento, suas funções e seus questionamentos para que, de maneira esclarecida, seja possível repensarem-se as conclusões transpassadas ao direito brasileiro.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 628: “Foi a doutrina francesa que desenvolveu a teoria do ‘contrato administrativo’, fortemente embasada nos arestos do Conselho de Estado. No direito brasileiro os estudiosos se assentaram nos autores franceses. Como os administrativistas franceses pouco mais fazem – em sua maioria e já há muitos anos – senão sistematizar sua jurisprudência, os doutrinadores brasileiros, por vias indiretas, teorizam sobre a jurisprudência francesa na matéria.”

3.1. A teoria da divisão dos regimes jurídicos dos contratos da Administração Pública

3.1.1. Contexto jurisprudencial francês

Enquanto ainda adotada a teoria dos atos de império e de gestão, todo contrato celebrado pela Administração Pública, enquanto ato de gestão *par excellence*, permanecia sob o esquadro do direito privado, sendo os litígios deles decorrentes julgados pelos tribunais civis, “só escapando a esse regime aqueles – e eles eram, de resto, numerosos – para os quais os textos de lei atribuíssem o contencioso à jurisdição administrativa.”² A regra geral, portanto, era de que litígios envolvendo relações contratuais seriam julgados pela justiça civil.

Foi com a superação da dicotomia império-gestão que os tribunais administrativos passaram a ganhar protagonismo em matérias contratuais. Com efeito, André de LAUBADÈRE refere justamente que “a distinção entre contratos administrativos e contratos de direito comum data do abandono da teoria dos atos de autoridade e de gestão”.³

O caso que marcou essa superação, com a substituição da *puissance public* pelo *service public* como elemento nuclear do Direito Administrativo, foi o *affaire Blanco*, julgado em 1873 pelo Tribunal de Conflitos. Em suma, tratava-se de demanda indenizatória contra o Estado em decorrência do atropelamento da jovem Agnès Blanco por uma vagonete conduzida por funcionários do serviço estatal de manufatura de tabacos. Havendo impasse quanto à justiça competente para o caso, o Tribunal de Conflitos foi chamado a se pronunciar. Na ocasião, a Corte estimou que as necessidades especiais do serviço público justificariam a autonomia do direito administrativo frente ao direito civil, constituindo “um sistema próprio, com sua lógica e suas soluções”, excludente do regime de responsabilidade civil do direito comum, pelo que a causa seria de conhecimento da justiça administrativa. O serviço público,

² LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* (Tomo I). Paris : Pichon et Durand-Auzias, 1956, p. 30: “seuls échappaient à ce régime ceux – et ils étaient du reste nombreux – dont les textes de loi attribuaient le contentieux à la juridiction administrative”

³ Idem, p. 29 : “la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit commun date de l’abandon de la théorie des actes d’autorité et de gestion”.

então, cumpriu ao mesmo tempo as funções de delimitar a competência entre justiça civil e justiça administrativa e de fundamentar o próprio direito administrativo.⁴

A partir de então, diversos foram os casos de natureza contratual julgados no âmbito da justiça administrativa. Teve grande relevância, por primeiro, o curioso caso Terrier, julgado pelo Conselho de Estado em 1903. A administração local de Sona e Líger havia realizado oferta pública de recompensa àqueles que comprovassem haver destruído serpentes, e, por tê-lo realizado, o Sr. Terrier reivindicou seu pagamento. Diante da negativa administrativa, foi instaurado procedimento jurisdicional, cuja competência administrativa foi afirmada pelo Conselho de Estado.

O caso deu ao Conselho a oportunidade de especificar quais tipos de serviços públicos atrairiam a competência administrativa. Na oportunidade, considerou-se que ao direito administrativo corresponderiam tão somente aquelas atividades em que “a administração utiliza de procedimentos exorbitantes do direito comum”. Fez-se, portanto, uma distinção entre gestão administrativa e gestão privada de serviços públicos. Como regra geral, “tudo o que concerne à organização e ao funcionamento dos serviços públicos propriamente ditos, gerais ou locais, constitui uma operação administrativa, que é, *pela sua natureza*, do domínio da jurisdição administrativa”. A regra seria excepcionada, contudo, quando a atividade desenvolvida pela administração dissesse respeito apenas à gestão do seu domínio privado, ou mesmo quando a administração, embora desenvolvendo atividade de serviço público, “não invoca o benefício da sua situação de pessoa pública e se coloca voluntariamente sob as condições de um particular”. Caberia à jurisprudência determinar quais os casos em que os serviços públicos apresentariam caráter de gestão pública ou de gestão privada.⁵

⁴ LONG, Marceau *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^a ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 3: “Ainsi, le service public, qui est le critère de la compétence administrative, est en même temps le fondement du droit administratif. L’arrêt n’exclut pas toute idée de puissance (...). Néanmoins la considération du service public et de ses besoins paraît prédominer.” (tradução livre: “Assim, o serviço público, que é o critério da competência administrativa, é ao mesmo tempo a base do direito administrativo. A sentença não exclui toda ideia de poder (...). No entanto, a consideração do serviço público e de suas necessidades deve predominar.”)

⁵ Cfr. *Idem*, pp. 75-76. Mesmo naqueles casos enquadráveis na “exceção” (gestão privada pela administração pública), a doutrina anota que “la compétence administrative peut réapparaître à l’égard d’actes voire d’activités qui présentent un caractère administratif.” (tradução livre: “a jurisdição administrativa pode reaparecer em relação a atos ou atividades de natureza administrativa”). Trata-se da doutrina dos atos destacáveis. Cita, como exemplo, atos administrativos lavrados em meio a tais

Também o caso Thérond, de 1910, ganhou relevância na jurisprudência. Cuidava-se de contrato firmado entre a cidade de Montpellier e o Sr. Thérond para a captura de cães vira-latas, o recolhimento de cães mortos e a destinação final dos seus restos, assegurado o exercício exclusivo do serviço em estações de trem, em vias públicas e nos domicílios dos particulares. Em português coloquial, tratava-se de contrato para a prestação de serviços de carrocinha. A remuneração do Sr. Thérond adviria do pagamento de taxas pelos donos dos cães e do valor extraído dos restos abandonados. Sentindo-se prejudicado com a violação da exclusividade que lhe havia sido assegurada, o contratado demandou, perante o município, a resolução do contrato e o pagamento de indenização correspondente ao dano. O município negou o pedido, e o Sr. Thérond apelou ao Conselho de Estado, que deu provimento ao recurso para determinar a realização de prova pericial tendente à liquidação dos danos.

O relevante é que o Conselho de Estado interpretou como de natureza administrativa o contrato entabulado, ainda que suas cláusulas correspondessem ao contrato de prestação de serviços (*louage de service*) previsto no código civil – portanto um contrato formalmente de direito privado –, uma vez que, ao contratar o Sr. Thérond, “a cidade de Montpellier agiu em vista da higiene e da segurança da população e teve, portanto, por objetivo assegurar um serviço público”⁶ Considerou-se, assim, de forma mais genérica do que no caso Terrier, que “todo ato praticado com vistas a um objetivo de interesse geral pertence à competência administrativa”, anunciando-se, inclusive, que “todos os contratos concluídos pela administração com vistas a um tal objetivo são contratos administrativos”.⁷ Embora essa aplicação rígida do critério do serviço público seja considerada “um elemento heterogêneo” na

procedimentos privados e, em especial, a aplicação dos princípios do serviço público (continuidade, igualdade, mutabilidade) aos chamados “serviços públicos de caráter industrial e comercial”. LONG, Marceau *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^a ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 3.

⁶ Conclusões do comissário do governo Pichat, *apud* LONG, Marceau *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 132: “la ville de Montpellier a agi en vue de l’hygiène et de la sécurité de la population et a eu dès lors pour but d’assurer un service public”.

⁷ *Idem*, p. 132: “tout acte fait dans un but d’intérêt général relève de la compétence administrative; en particulier tous les contrats conclus par l’administration dans un tel but sont des contrats administratifs.”

jurisprudência administrativa, outras decisões voltaram, aqui e acolá, a fazer uso das conclusões expostas no caso Thérond.⁸

Uma tal noção abrangente da competência administrativa foi, em seguida, restringida pelo próprio Conselho de Estado. No caso *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, julgado em 1912, o Conselho se declarou incompetente para conhecer de litígio fundado sobre contrato estabelecido entre a Sociedade e a cidade de Lille para o fornecimento de pavimento (paralelepípedos), já que esse contrato teria sido estabelecido segundo as regras e condições dos contratos firmados entre particulares. Revigorou-se, então, a ideia de que “os contratos concluídos em vista do interesse de um serviço público poderiam ser ou contratos de direito comum, ou contratos administrativos.”⁹

Um novo elemento de precisão quanto ao serviço público veio a tona no caso do casal Bertin, de 1956. Por meio de contrato verbal, a administração encarregou-lhes da alimentação de cidadãos soviéticos que aguardavam retornar à Rússia em um centro de repatriação. Julgando ter recebido remuneração inferior à devida, o casal Bertin ingressou com demanda indenizatória. O Conselho de Estado se julgou competente por entender que tal avença teria caráter administrativo, já que “*teve por objeto confiar, a esse respeito, aos interessados a execução mesma do serviço público então encarregado de assegurar a repatriação dos refugiados*”, e que “*essa circunstância é suficiente, por si só, a imprimir ao contrato a característica de um contrato administrativo.*”¹⁰

3.1.2. O surgimento da doutrina do contrato administrativo

A teoria do contrato administrativo surge como resultado do esforço doutrinário por sistematizar a jurisprudência do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos, buscando “uma explicação substancial para o dualismo, até aí meramente processual, que havia sido imposto pelo legislador, em matéria de contratos da Administração

⁸ LONG, Marceau *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 133.

⁹ Idem, p. 156: “les contrats conclus dans l’intérêt d’un service public pouvaient être soit des contrats de droit commun, soit des contrats administratifs.”

¹⁰ Idem, p. 491: “*ledit contrat a eu pour objet de confier, à cet égard, aux intéressés l’exécution même du service public alors chargé d’assurer le repatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français; que cette circonstance suffit, à elle seule, à imprimer au contrat dont s’agit le caractère d’un contrat administratif.*”

Pública.”¹¹ Inicia, portanto, como uma teoria de divisão de tipos de contratos baseada nos recortes de competência jurisdicional, cuja “singularidad es vista en todo caso exclusivamente como una singularidad de régimen jurisdiccional”¹² – apenas ao depois busca-se uma substantivação do critério de distinção.

A primeira noção material coletada da jurisprudência para servir de elemento nuclear do contrato administrativo foi justamente a de serviço público, erigido a verdadeiro “principio fundamental desta nova teoria”.¹³ Ainda que controverso na doutrina o conceito mesmo de serviço público, para fins de polarização dos contratos da administração, a noção foi tomada no seu sentido “mais extensivo”, segundo o qual seria serviço público “toda atividade que uma coletividade pública decidiu assumir porque lhe pareceu que a realização dessa atividade era necessária ao interesse geral e que a iniciativa privada era insuficiente para realizá-la corretamente.”¹⁴

Atribui-se a Gastón JÈZE, nesse contexto, a formulação pioneira de uma verdadeira teoria do contrato administrativo. Segundo o autor, a Administração Pública concluiria contratos sempre para “asegurar el funcionamiento de los servicios públicos”,¹⁵ sendo que as regras aplicáveis à formação, ao desenvolvimento e à extinção desses contratos “se toman, siempre, del derecho privado, pero mientras a veces se trasladan pura y simplemente del derecho privado, otras veces, y és lo más

¹¹ ESTORNINHO, Maria João. *Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 135.

¹² ENTERRÍA, Eduardo García de. La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 41, Madrid, 1963, p. 103. (tradução livre: “singularidade é vista, de todo modo, exclusivamente como uma singularidade de regime jurisdiccional”)

¹³ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, cit., p. 36.

¹⁴ LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, cit., p. 60: “la notion de service public que retient la jurisprudence pour définir le contrat administratif correspond à la définition la plus extensive que l’on en donne, c’est-à-dire avec celle qui voit dans le service public toute activité qu’une collectivité publique a décidé d’assumer parce qu’il lui est apparu que la réalisation de cette activité était nécessaire à l’intérêt général et que l’initiative privée était insuffisante pour la réaliser correctement.” (tradução livre: “o conceito de serviço público utilizado pela jurisprudência para definir o contrato administrativo corresponde à definição mais ampla que lhe foi dada, ou seja, aquela que vê no serviço público toda atividade que uma coletividade pública decidiu assumir porque lhe pareceu que a realização dessa atividade era necessária ao interesse geral e que a iniciativa privada era insuficiente para realizá-la corretamente.”)

¹⁵ JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo: teoría general de los contratos de la administración*. Vol. IV. Trad. da 3ª ed. francesa (1934) por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 3. (tradução livre: “asegurar o funcionamento dos serviços públicos”)

frecuente, son más o menos modificadas.”¹⁶ Essas modificações teriam em conta “siempre una misma razón de ser: es preciso, mediante determinada regla, facilitar el *funcionamiento del servicio público*.”¹⁷

A depender da identidade ou não das regras aplicáveis ao contrato com aquelas existentes no direito privado, os contratos firmados pela Administração Pública se dividiriam em duas grandes categorias: os contratos administrativos, submetidos a regras especiais, e os contratos de direito privado, regulados pelo direito privado.¹⁸ Na doutrina de JÈZE, a execução dos contratos administrativos se diferencia daquela dos contratos privados por ser regida por “reglas *más estrictas*” e de “interpretación *más rigurosa*”.¹⁹ Seriam essas, fundamentalmente, as características elementares dos contratos administrativos:

[l]a colaboración de contratante en un servicio público, consentida *voluntariamente* en un *contrato administrativo propiamente dicho*, entraña para aquél la obligación de cumplir sus compromisos en forma que no comprometa el funcionamiento continuo y regular del servicio público, sino que, por el contrario, lo facilite. No se necesita para esto una *disposición legislativa* expresa, ni una *cláusula especial del contrato*; esta obligación deriva explícita, pero fatalmente, de la noción de servicio público. El contratante no sólo debe ejecutar las obligaciones contractuales como lo haría un particular respecto a outro particular. Debe interpretarse que las obligaciones se extienden a todo lo que es absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público en el cual aquél há aceptado colaborar.²⁰

¹⁶ JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*, cit., p. 8. (tradução livre: “são tomadas, sempre, do direito privado, mas enquanto por vezes são trasladadas pura e simplesmente do direito privado, outras vezes, e é o mais frequente, são mais ou menos modificadas.”)

¹⁷ Idem, p. 9. (tradução livre: “sempre uma mesma razão de ser: é necessário, mediante determinada regra, facilitar o *funcionamento do serviço público*.”)

¹⁸ Idem, p. 5.

¹⁹ Idem, p. 193. (tradução livre: “reglas *mais estritas* (...) de interpretação *mais rigurosa*”)

²⁰ Idem, p. 194. (tradução livre: “[a] colaboração do contratante em um serviço público, consentida *voluntariamente* em um *contrato administrativo propiamente dito*, implica àquele a obrigação de cumprir seus compromissos de forma a não prejudicar o funcionamento contínuo e regular do serviço público, mas, ao contrário, facilitá-lo. Isso não requer uma disposição legislativa expressa ou uma cláusula especial no contrato. Isso não requer uma *disposição legislativa* expressa nem uma *cláusula especial do contrato*; essa obrigação deriva explícita, mas inevitavelmente, da noção de serviço público. O contratante não apenas deve cumprir as obrigações contratuais como um particular as cumpriria para outro particular. Deve-se interpretar que as obrigações se estendem a tudo o que é absolutamente necessário para garantir a operação regular e contínua do serviço público no qual aquele concordou em colaborar.”)

Sendo a colaboração em um serviço público erigida a fundamento da imposição mais rigorosa de obrigações, “el grado de participación del contratante en el funcionamiento del servicio público” daria também lugar a “modalidades”, ou nuances, na aplicação das regras próprias do direito público.²¹

Com o avanço da jurisprudência, contudo, a fundamentação dos contratos administrativos e seu regime mais estrito de obrigações unicamente sobre a noção de serviço público se mostrou insuficiente. Como visto, o Conselho de Estado se havia pronunciado, já em 1912, no caso *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, no sentido de que mesmo os contratos celebrados tendo por objeto um serviço público poderiam ser considerados privados quando ausentes cláusulas exorbitantes do direito comum. Não tardou a que o serviço público perdesse sua posição de elemento central do contrato administrativo, afirmando-se que “a insuficiência da conexão a um serviço público para qualificar o contrato administrativo está fora de discussão”.²²

Ganham relevância, na doutrina, considerações mais detalhadas sobre as cláusulas exorbitantes, entendidas, na proposição de LAUBADÈRE, como aquelas que incorporam, frequentemente, prerrogativas exorbitantes,²³ ilícitas ou não habituais nos contratos privados, invocando um princípio ou uma regra técnica do direito dos contratos administrativos e trazendo, consigo, a “marca do direito público”.²⁴ Para explicar a realidade dos julgamentos dos tribunais, a teoria defende que, mesmo aquelas hipóteses em que a jurisprudência considerara suficiente a participação do contratado na execução de serviços públicos (como no caso do casal Bertin) desvelariam, no fundo, a existência de uma cláusula exorbitante, já que o objeto “serviço público” seria coisa fora do mercado e, portanto, impossível de ser contratado sob regime de direito privado.²⁵

²¹ JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*, cit., p. 200. (tradução livre: “o grau de participação do contratante no funcionamento do serviço público”)

²² LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, cit., p. 70: “A l'heure actuelle, en tout cas, l'insuffisance du rattachement à un service public pour qualifier le contrat administratif est hors de discussion”.

²³ Exemplos de cláusulas exorbitantes seriam aquelas que permitem à administração contratante resilir, ela mesma, o contrato; dirigir, supervisionar ou controlar a sua execução. Cfr. LONG, Marceau *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., pp. 156-157.

²⁴ LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, cit., p. 91.

²⁵ Idem, pp. 70-76.

Por fim, cumpre referir que a elaboração da doutrina a respeito do conceito de cláusula exorbitante se mostrou tão alargada quanto a noção inicial de serviço público. Com efeito, a caracterização de um contrato administrativo prescindiria da previsão expressa, no instrumento contratual, de uma cláusula considerada exorbitante, bastando que “apareçam no contrato elementos exorbitantes, elementos de direito público, *estipulados* ou *impostos*, de origem contratual ou exterior às partes”.²⁶ Formou-se, então, uma noção de ambiente exorbitante ou mesmo de regime exorbitante, entendido como “tudo aquilo que aparece objetivamente como sendo ‘questão de direito público’”.²⁷ Em suma, o critério da cláusula exorbitante evoluiu para – ou melhor, se agregou a – o critério do regime exorbitante segundo o qual o contrato é concluído.²⁸

3.2. A busca por critérios de identificação dos contratos administrativos (ou de distinção destes e dos contratos privados da Administração Pública)

3.2.1. Elencos apresentados pela doutrina

Por mais que tenhamos buscado expor de forma clara e coerente o contexto jurisprudencial francês e as formulações doutrinárias que se fizeram a respeito da separação entre contratos administrativos e contratos privados da Administração Pública, o tema permanece envolto em uma densa névoa. Isso se deve, em parte, é verdade, à nossa pouca afinidade com o direito gaulês. Outra parte se deve, contudo, à confusão da própria doutrina e da jurisprudência.

Diante de inúmeras indas e vindas de decisões que pinçavam tal ou qual elemento como correspondendo à essência do contrato administrativo, a doutrina

²⁶ LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, cit., p. 83: “Il suffit qu’apparaissent dans le contrat des éléments exorbitants, des éléments de droit public, *stipulés* ou *imposés*, d’origine contractuelle ou extérieure aux parties, pour que soient justifiées la compétence du juge administratif et la qualification administrative du contrat.” (tradução livre: “É suficiente que apareçam no contrato elementos exorbitantes, elementos de direito público, *estipulados* ou *impostos*, de origem contratual ou exterior às partes, para que a jurisdição do juiz administrativo e a classificação administrativa do contrato sejam justificadas.”)

²⁷ Idem, p. 87: “En effet on tend à admettre aujourd’hui que relève en général de la compétence des tribunaux administratifs et de l’empire du droit administratif tout ce qui apparaît objectivement comme étant ‘question de droit public’, ‘matière de droit public’”. (tradução livre: “Atualmente, é geralmente aceito que está sob a jurisdição dos tribunais administrativos e dentro do âmbito do direito administrativo tudo aquilo que aparece objetivamente como sendo ‘questão de direito público’, ‘matéria de direito público’.”)

²⁸ LONG, Marceau *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 157.

procurou sistematizar critérios de distinção das avenças de modo a objetivar o exame da justiça competente, buscando aquilo que ESTORNINHO chamou de “o ‘mito’ do critério único”.²⁹

A sistematização de LAUBADÈRE põe o contrato administrativo em função de três grupos de atratores, a saber: a lei, a livre escolha das partes e o objeto do contrato.³⁰ Seriam contratos administrativos por determinação legal, independentemente de outra consideração a respeito da sua natureza, os *marchés de travaux publics* (contratos para a construção, reparação ou manutenção de uma obra pública), os contratos de ocupação do domínio público e os contratos de venda de imóveis do Estado.³¹ A escolha das partes por determinada cláusula contratual, a seu turno, denotaria uma intenção de submeter-se ao regime jurídico exorbitante do direito comum. Já o objeto do contrato poderia ter maior ou menor afinidade com o serviço público, sendo o campo por excelência da aplicação dos “critérios jurisprudenciais”.³²

A simplicidade do elenco apresentado por LAUBADÈRE é apenas aparente. Analisados mais detidamente, os critérios de distinção dos contratos se multiplicam. ESTORNINHO pode separá-los, com louvável precisão, em ao menos dez.³³ Seriam eles: a jurisdição competente, trazendo consigo, como que a reboque, o regime jurídico aplicável ao fundo; a forma e as formalidades, a indicar que, ali onde a celebração do contrato estivesse revestida de especiais exigências formais, estaria configurado o contrato administrativo; a natureza jurídica das partes, a tornar administrativo o contrato celebrado por ente administrativo; o fim de imediata utilidade

²⁹ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, cit., p. 69.

³⁰ LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, cit., p. 33-34.

³¹ Idem, pp. 39-52. Essa mesmíssima classificação de “contratos administrativos por determinação da lei” foi replicada pela doutrina brasileira: “Por vêzes, porém, não há necessidade de investigação para saber se um contrato é, ou não, de Direito Administrativo. Trata-se, em primeiro lugar, dos contratos de Direito Administrativo por determinação da lei. Ainda que não o sejam por natureza, formalmente o são, porque a lei assim o quer. Se o contrato é administrativo por determinação da lei e, pela natureza, é de direito comum, deverá haver conseqüências que não podem ser, entre nós, para atribuir o julgamento dos litígios surgidos da sua execução a uma justiça adminsitrativa que não a temos. Os efeitos devem ser para que a êle se apliquem regras de Direito Administrativo, quando se tiver de executá-lo e houver incidentes da execução.” RIBEIRO, Manoel. *Direito adminsitrativo*, v. II (Coleção Jurídica Itapoã). Salvador: Itapoã, 1964, p. 19.

³² LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, cit., p. 105 e ss.

³³ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, cit., pp. 71-110.

pública (este particularmente difundido na doutrina brasileira³⁴), a reservar a categoria de administrativo apenas aos contratos cujo objeto visasse ao suprimento direto do interesse geral; o serviço público; a sujeição, espécie de critério subjetivo ou voluntarista, em que a intenção das partes de se sujeitarem a um regime mais rigoroso de deveres contratuais atrairia o regime administrativo; as cláusulas exorbitantes, assim consideradas as disposições contratuais estranhas, ilícitas ou inabituais no direito privado; o critério misto da cláusula exorbitante e do serviço público; o regime jurídico exorbitante, decorrente da aplicação imediata de regras extracontratuais impositivas; e o ambiente exorbitante, em que ganham relevo menções vagas a marcas ou notas de direito público.

Na prática, apenas raramente um critério foi aplicado na sua forma pura. A fim de classificar um contrato como administrativo ou de direito privado, os tribunais franceses recorriam a dois ou mais critérios, aplicados em conjunto. Com isso, acabava-se por reconhecer a impossibilidade do estabelecimento de um critério único, optando-se “por cumular os diversos critérios, num exercício que, com alguma ironia, pode dizer-se que conduz a um verdadeiro *pot-pourri* à francesa”.³⁵

3.2.2. A crise dos critérios (ou da própria distinção)

Mesmo com os esforços de sistematização da doutrina, a alta complexidade dos critérios de distinção e das relações que entre si guardavam acabou por minar a própria diferenciação dos contratos pela sua natureza. Cada vez mais o regime jurídico foi estabelecido diretamente por lei, o que, se bem suprimiu boa parte da necessidade de aplicação dos critérios, tornou a distribuição de matérias entre as jurisdições civil e administrativa cada vez mais artificial. O legislador, portanto, foi um ator importante na crise da distinção.

³⁴ O critério do fim de imediata utilidade pública, aparentemente simples, enfrenta grandes percalços na sua aplicação prática, como observa MAFFINI, Rafael. *Elementos de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 201: “[...] a diferença determinante de tais espécies (satisfação direta ou indireta do interesse público pelo objeto contratual) nem sempre é de singela constatação, razão pela qual são comuns as dúvidas sobre a caracterização de um contrato da Administração Pública como sendo contrato administrativo ou como sendo contrato de direito privado celebrado pela Administração Pública.”

³⁵ ESTORNINHO, Maria João. *Direito europeu dos contratos públicos*, cit., pp. 152-153.

Outro ator de relevo foi a justiça administrativa. Além da presença de uma pessoa pública (requisito necessário, porém não suficiente), era comum que os tribunais avaliassem, cumulativamente, se o contrato estava inserido no âmbito da gestão pública (isto é, de serviços públicos administrativos) e se apresentava cláusulas exorbitantes ou regime exorbitante. Caso o contrato se inserisse no âmbito da gestão privada, só seria considerado administrativo se, contendo cláusulas exorbitantes ou regime exorbitante, não dissesse respeito ao domínio privado da administração. A exorbitância, contudo, não constituía requisito necessário para os casos em que o contrato envolvesse delegação de serviço público ou constituísse modalidade de execução de serviço público.³⁶

Ocorre que, em 1963, o Tribunal de Conflitos relativizou já a exigência primeira, de que um dos polos do contrato fosse pessoa pública. Ao julgar o caso *Société entreprise Peyrot*, considerou como administrativo um contrato de obra firmado entre a *Société de l'autoroute Esterel-Côte d'Azur*, uma sociedade de economia mista considerada, na França como no Brasil, pessoa de direito privado, e a construtora *Société entreprise Peyrot*, também pessoa jurídica de direito privado. O fundamento foi de que a construção de estradas teria caráter de obra pública e seria atividade pertencente, por sua natureza, ao Estado. Tal característica não mudaria pelo só fato de o contrato ser firmado entre pessoas jurídicas de direito privado: deu-se prevalência, portanto, ao objeto. Tais conclusões foram, posteriormente, adotadas em outros casos de obras de vias públicas, mesmo entre duas pessoas “inteiramente privadas”.³⁷

O critério do serviço público não se mostrou menos inseguro. Ao julgar o caso *Ministre de l'agriculture*, em 1956, o Conselho de Estado definiu o serviço público pela conjunção de três elementos cumulativos: uma missão de interesse geral, um órgão encarregado de a executar e a existência de prerrogativas especiais conferidas a esse órgão.³⁸ Com esses três elementos, se fizeram reunidas as duas noções fundamentais

³⁶ LONG, Marceau *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., pp. 158-160.

³⁷ *Idem*, p. 576.

³⁸ *Idem*, p. 498: “[e] service public est défini par la conjonction de trois éléments: *une mission d'intérêt général* (el l'espèce la reconstitution de la forêt française); *un organe chargé* de la mettre en oeuvre (administration des eaux et forêts); *des prérogatives spéciales* conférées à cet organisme (obligations pouvant être imposées au propriétaires par le règlement d'administration publique et perception de taxes pour alimenter le fonds forestier national)”.

utilizadas para a distinção entre matérias civis e administrativas: o serviço público e os procedimentos exorbitantes do direito comum. Nada obstante, esses mesmos elementos se mostraram dissociáveis em outras decisões, tendo sido afirmado que “pode haver serviço público sem prerrogativas de poder público”, bem como “prerrogativas de poder público sem serviço público”.³⁹

De outra banda, a noção de execução direta do objeto do serviço público também se mostrou turva. Ao comentar o caso casal Bertin, a doutrina referiu que, acaso a administração houvesse se reservado a direção do serviço de alimentação e contratado, separadamente, fornecedores de insumos alimentares e cozinheiros, ambos os contratos seriam considerados, “sem dúvida”, de direito privado. No entanto, como toda a tarefa de alimentação foi delegada ao casal Bertin, considerou-se que estes executavam diretamente o objeto do serviço público, incluída sua coordenação e direção, pelo que o seu contrato tinha caráter administrativo.⁴⁰

O critério das cláusulas exorbitantes não se mostrou mais claro que o seu predecessor: alguns julgados as tomaram como aquelas que não eram usuais nas relações entre privados (Tribunal de Conflitos, 1960, caso *Société agricole de stockage de la région d’Ablis*); outros as definiram como as cláusulas que tivessem por efeito conferir às partes direitos ou impor-lhes obrigações que fossem estranhos, por sua natureza, àqueles que eram suscetíveis de serem livremente consentidas por alguém no esquadro das leis civis e comerciais (Conselho de Estado, 1950, caso Stein, e 1958, caso *Compagnie des mines de Falimé-Gambie*). Uma terceira definição, ainda, as via como as cláusulas fundadas diretamente sobre motivos de interesse geral (caso Bertin).⁴¹

³⁹ LONG, Marceau *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 498: “il peut y avoir service public sans prérogatives de puissance publique (CE Sect. 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* – v. 53.4) et prérogatives de puissance publique sans service public (TC 9 déc. 1899, *Association syndicale du cana de Gignac*, avec nos obs.)”

⁴⁰ Idem, p. 498: “Le ministre des anciens combattants avait pris en charge l’hébergement des sujets alliés en instance de rapatriement et créé à Meaux un centre pour les ressortissants soviétiques. Il aurait pu en conserver la Direction total et faire appel, pour le revêtement des hébergés, d’une part à des fournisseurs qui auraient assuré l’approvisionnement en produits alimentaires et d’autre part à des salariés qui auraient préparé la nourriture: les contrats passés avec les uns et les autres auraient sans doute eu un caractère privé.”

⁴¹ Idem, p. 156.

Não bastasse, o alcance do critério da cláusula exorbitante, bem assim, ainda mais geralmente, do regime exorbitante, não se mostrou universal. Para que pudesse ser utilizado com êxito na distinção entre os contratos, se fazia necessário que um dos contratantes fosse uma pessoa pública – e ainda assim o critério não seria sempre determinante.⁴²

Mesmo aquela considerada a mais clara das cláusulas exorbitantes – a que conferia prerrogativas à Administração Pública – recebeu interpretação ambígua por parte dos tribunais. LAUBADÈRE noticiou que o poder de controle e fiscalização nem sempre era considerado exorbitante, já que existiriam também “contratos civis que implicam ou reconhecem um certo controle de um dos contratantes sobre o outro”, pelo que tal prerrogativa só seria exorbitante na medida em que “exceder, por seu grau ou suas modalidades, aquilo que é suscetível de se encontrar nos contratos entre particulares, o que é uma questão de espécie e muitas vezes de nuance.”⁴³

Após décadas buscando conferir algum grau de segurança aos critérios de diferenciação dos contratos da Administração Pública, a doutrina francesa parece ter desanimado. Aponta-se, em tom crítico, que a elaboração da teoria da divisão dos regimes dos contratos da Administração se fundou não na natureza do ato (contratual), mas no seu objetivo, que seria o de assegurar o funcionamento de um serviço público. A multiplicidade de tipos contratuais e de objetivos concretos, aliada à fonte primária de pesquisa empírica – a jurisprudência dos tribunais administrativos –, conferiu a essa formulação, contudo, um complicador adicional: a necessária ressalva de que nem todos os contratos firmados para viabilizar um serviço público estavam sujeitos a um regime especial, mas aqueles que estavam, o estavam para assegurar o funcionamento de um serviço público.⁴⁴ Embora a finalidade pública tivesse sido erigida a elemento nuclear do contrato administrativo, tal afirmação não demorava a ser seguida da ressalva, um tanto quanto contraditória, de que finalidade

⁴² LONG, Marceau *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 158.

⁴³ LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, cit., p. 94: “il existe des types de contrats civils qui impliquent ou reconnaissent un certain contrôle de l’un des contractants sur l’autre. Le contrôle ne devient donc exorbitant que lorsqu’il excède par son degré ou ses modalités celui qui est susceptible de se retrouver dans les contrats entre particuliers, ce qui est une question d’espèce et souvent de nuance.”

⁴⁴ SALON, Georges. Gaston Jéze et la théorie générale des contrats administratifs. *Revue d’Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, n. 12, Paris, 1991, p. 76.

e regime contratual não estariam necessariamente correlacionados – nem todo contrato destinado ao funcionamento de um serviço público teria um regime especial, mas todo contrato com regime especial encontraria justificativa no bom funcionamento de um serviço público.

Quanto às cláusulas exorbitantes, reconhece-se que “jamais foram de um uso cômodo”,⁴⁵ destacando-se três dificuldades principais no seu manejo.

A uma, se a cláusula exorbitante é aquela que é ilícita ou incomum no direito privado, então a sua verificação fica na dependência do sentimento do juiz em um dado momento histórico. E, com efeito, há notícias de que mesmo as cláusulas de rescisão unilateral ou de controle sobre as atividades do contratado, que “alguém teria jurado incorporar a exorbitância”,⁴⁶ foram descartadas enquanto tal.

A duas, conceituar como exorbitante a cláusula que seria ilícita em um contrato de direito privado acaba por confundir os planos da categorização e da validade do negócio jurídico, nublando a distinção entre um contrato administrativo e um contrato de direito privado inválido.

A três, sua verificação depende de avaliação casuística, de maneira que uma mesma cláusula pode ser considerada exorbitante em um caso e não exorbitante em outro. Acaba, ao fim, que “o que conta é menos tal ou qual cláusula do que o que Léon Blum denominou o ‘contexto’ do contrato.”⁴⁷

No fundo, o contrato administrativo, no direito francês, se mostrou um tipo, e não um conceito jurídico,⁴⁸ no sentido de que a sua verificação está em função da presença, conjunta ou separada, dos elementos A e/ou B e/ou C etc. (pessoa pública e/ou serviço público e/ou exorbitância etc.), sem que se saiba ao certo qual a necessidade e a suficiência de cada elemento.

⁴⁵ LESSI, Jean; LAMOTHE, Louis Dutheillet de. Les habits neufs de la clause exorbitante. *AJDA*, n. 38, Paris, Dalloz, 2014, pp. 2180-2184.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*: “ce qui compte est moins telle ou telle clause que ce que Léon Blum nommait la ‘contexture’ du contrat”.

⁴⁸ Sobre as noções de tipo e de conceito e a sua (in)compatibilidade com a estrutura normativa das competências constitucionais tributárias, ver ÁVILA, Humberto. *Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018.

A crise da teoria da divisão de regimes contratuais se manifesta também à luz do direito alemão, em que são postas reservas atuais à sua utilidade. Hartmut MAURER, após expor tal teoria e referir seus inconvenientes, diz que um “inventário jurídico e fático deveria esclarecer se e até que ponto ‘direito privado administrativo’, no fundo, ainda é necessário e justificado.”⁴⁹ Vistas as suas raízes, o contexto do seu nascimento e o seu desenvolvimento atribulado, é mesmo de se concordar com ESTORNINHO quando afirma que “a dicotomia contrato administrativo/contrato privado da Administração foi fruto do génio inventivo francês, devido a condicionalismos históricos bem determinados, sendo posteriormente ‘empolada’ e mantida de forma artificial ao longo dos tempos.”⁵⁰

Trazidas à luz as específicas circunstâncias que condicionaram a formulação e mesmo o atual estágio de descrédito da teoria da divisão dos regimes contratuais da Administração Pública, cumpre retomá-la de forma crítica em face do ordenamento jurídico brasileiro, em que a maioria da doutrina ainda se mostra a ela convictamente afiliada.

⁴⁹ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, 14^a ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, p. 64.

⁵⁰ ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*, cit., p. 110.

4. CRÍTICA DA TEORIA DA DIVISÃO DE REGIMES CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A doutrina administrativista brasileira, em sua notável maioria, adota em matéria de contratos aquela que, “ao lado do recurso por excesso de poder”, é “a instituição mais característica do direito administrativo francês”.¹ a teoria, apenas exposta, que divide os contratos da administração entre administrativos e privados. A breve relação que fizemos, na introdução deste trabalho, dá conta de que essa é realmente a *communis opinio doctorum*.

A replicação da teoria alienígena, contudo, se fez muitas vezes desprovida de uma adequada avaliação de compatibilidade entre o produto importado e a realidade jurídica nacional. Disso resultou a propagação e a aplicação acríticas, entre nós, da teoria francesa, como se vestisse bastante bem o ordenamento brasileiro. Não veste.

Faz-se necessário, portanto, promover uma crítica da teoria da divisão dos regimes contratuais da Administração Pública justamente à luz das particularidades brasileiras. Mais especificamente, cumpre questionar se os fundamentos sobre os quais se erigiu a teoria francesa – dualidade de jurisdição e dualidade de regimes jurídicos – e, por consequência, a função que lá desempenha – critério de distinção – se fazem também presentes em nosso País.

4.1. Os contratos celebrados pela Administração Pública estão sujeitos a distintas jurisdições? Uma primeira incompatibilidade da teoria da divisão de regimes contratuais

Na Europa continental, o pensamento do estudioso do Direito Administrativo vinculou-se, desde muito cedo, a um “princípio da ligação entre competência jurisdicional e matéria de fundo”,² sacramentado sobretudo no famoso caso Blanco, julgado pelo Tribunal de Conflitos francês em 1873. Embora com diversas nuances,

¹ WEIL, Prosper. Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés. *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*. Paris: Durand-Auzias, 1974, p. 218: “Le succès de la théorie du contrat administratif fut d'ailleurs fulgurant: pour maints juristes étrangers c'est là l'institution la plus caractéristique du droit administratif français, avec celle du recours pour excès de pouvoir; (...)”.

² LONG, Marceau *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 3.

percebe-se uma conexão bidirecional entre competência e fundo, no sentido de que o fato de uma matéria estar sujeita à competência administrativa leva a considerá-la como de Direito Administrativo, da mesma forma como o fato de uma matéria ser considerada como de Direito Administrativo leva a sujeitá-la à competência administrativa. Seria possível dizer, assim, que, na evolução e autonomização do Direito Administrativo, competência e fundo foram, ao mesmo tempo, causa e efeito um do outro – como, aliás, “seguidamente ocorre na evolução social”.³

A existência de uma jurisdição dual, repartida entre Poder Judiciário (nesse contexto referido por justiça civil) e Poder Executivo (referido por justiça administrativa), detendo ambos competência para o julgamento de determinadas causas envolvendo a Administração Pública – cada qual com exclusão do outro –, foi elemento crucial para o desenvolvimento da teoria da divisão de regimes contratuais. Com efeito, foi a análise de diferentes julgados a respeito de relações contratuais e da jurisdição competente para conhecê-las que deu origem às formulações doutrinárias, razão de as considerar, seguidamente, “una medida puramente empírica”.⁴

Não é de menor importância, pois – conquanto possa parecer trivial –, a consideração a respeito da unidade ou dualidade da jurisdição em um dado país. Haja vista a histórica conexão bidirecional entre competência e fundo, a divisão de um (competência/fundo) exerce forte influência na divisão de outro (fundo/competência), sendo lícito imaginar que também a unidade deva ter efeito semelhante. Vejamos, portanto, em que consiste a justiça administrativa e qual o seu lugar – se é que algum há – no ordenamento brasileiro.

4.1.1. Traços gerais da justiça administrativa

A justiça administrativa, se bem não criação de todo original,⁵ recebeu, sem dúvida, seus contornos característicos ao encaixe da Revolução Francesa, com a

³ Falando sobre a evolução da jurisprudência do Conselho de Estado que permitiu deixar-se de lado a concepção de “atos de governo”, tendo como causas/efeitos a imparcialidade e independência do tribunal e a eliminação da concepção imperialista, DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*, cit., p. 200.

⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La figura del contrato administrativo*, cit., p. 114.

⁵ Cf. NIGRO, Mario. *Giustizia amministrativa*, 4ª ed. Bologna: il Mulino, 1994, p. 22: “In realtà, tale esigenza [de uma justiça administrativa] è più antica del cosiddetto stato di diritto, il quale viene in vita

consolidação do Estado de Direito. Pode-se dizer, assim, ser obra impulsionada pelos revolucionários – circunstância que carrega para o seu âmago todo um plexo de preconceitos e ideologias que não pode ser ignorado.

Cumprir ter em mente que o Estado de Direito surge da contraposição política entre uma burguesia ascendente e uma monarquia decadente, contraposição essa representada pelo embate das ideias liberais com aqueles absolutistas. O poder despótico do rei, centralizador de todas as funções políticas, vai combatido pelo pensamento iluminista, que denuncia a realidade estatal como sendo a antítese da liberdade individual.⁶

A “extrema confusão dos poderes” característica do *ancien régime* era vista com repúdio equivalente pela burguesia.⁷ Em seu lugar, os revolucionários fazem triunfar o princípio da separação dos poderes,⁸ apartando as funções legislativa, executiva e judiciária. Mas não só.

Também como forma de precaução contra alguns desmandos vivenciados no período da monarquia absolutista, o novo regime tratou de separar rigidamente as competências administrativas daquelas judiciárias, vedando aos juízes o conhecimento de questões administrativas. Buscou-se imunizar a administração da ingerência dos juízes, vistos com desconfiança pela nova força política que se impunha em razão de uma espécie de trauma do passado.⁹

nel secolo XIX: essa s'affaccia invece (...) coevamente al costituirsi e a rafforzarsi degli stati assoluti ed è, ancora in embrione, uno degli elementi della lotta accentratrice di questa monarchia nei confronti delle istituzioni comunitarie dell'ordinamento post-feudale.”

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 39-42.

⁷ BUERDEAU, François. *Histoire du droit administratif*, cit., p. 44.

⁸ Montesquieu é considerado o grande formulador da teoria da separação dos poderes no ciclo constitucional francês, sendo inegável a sua influência sobre a produção jurídica posterior. Analisando organização político-jurídica da Inglaterra, observou que “em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das coisas que dependem do Direito Civil”, correspondendo a esse último, também denominado Poder de Julgar, a tarefa de punir os crimes e de julgar as demandas privadas. Cfr. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*, 9ª ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 168-169.

⁹ Essa desconfiança é mais frequentemente recordada na também rígida delimitação entre as funções legislativa e judicial. Isso fica claro quando se recorda que, dentre as tarefas dos legisladores franceses na elaboração do *Code Napoléon*, estava a de “reduzir tanto quanto possível a função interpretativa e criativa dos juízes, em quem não confiavam. O juiz devia ser apenas uma máquina que aplicasse inteligentemente um conjunto claro e estável de regras; e estas, portanto, deviam formar uma rede

A experiência do *ancien régime* demonstrou que os Parlamentos – nome dado a alguns tribunais judiciais, compostos por integrantes da nobreza –, embora submetidos ao poder monárquico, faziam constante e acirrada oposição ao rei, tendo este de, não poucas vezes, convocar juízes diante de si e avocar grande número de causas em matéria administrativa para julgamento próprio. Foram os Parlamentos, aliás, que impuseram a convocação dos já adormecidos Estados Gerais, reunião que convolou-se em Assembleia Constituinte.¹⁰

Os revolucionários, portanto, receavam que os juízes retomassem, com relação à nova (e sua) administração, essa “tradição de ingerência e de oposição”.¹¹ O pronunciamento de Jacques Guillaume Thouret, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em sessão de 24 de março de 1790, bem ilustra o espírito da época:

um dos abusos que desnaturou o poder judiciário na França foi a confusão das funções que lhe são próprias com as funções incompatíveis e inmutáveis dos outros poderes públicos. Rival do poder administrativo, ele lhe perturbou as operações, lhe parou o movimento e lhe inquietou os agentes. Os ministros da justiça distributiva não devem se imiscuir na administração, cujo cuidado não lhes é confiado.¹²

A almejada separação das autoridades administrativas e judiciárias, de modo a que não houvesse indevida interferência entre os poderes, recebeu formulação legislativa em dois “textos fundamentais”,¹³ ambos dirigindo vedações aos juízes: a lei

completa, regular e sem solução de continuidade, que indicaria automaticamente a solução de qualquer problema com o qual fosse confrontado.” KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 324-325.

¹⁰ Para uma exposição pormenorizada do papel oposicionista desempenhado pelos Parlamentos ao final do *ancien régime*, a sua contribuição para com a crise do absolutismo e o conseqüente receio dos revolucionários de que, uma vez tomado o poder, tivessem também eles de enfrentar a oposição dos juízes, ver SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 21-24.

¹¹ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 158.

¹² *Apud* BUERDEAU, François. *Histoire du droit administratif*, cit., p. 45: “un des abus qui ont dénaturé le pouvoir judiciaire en France était la confusion des fonctions qui lui sont propres avec des fonctions incompatibles et incommutables des autres pouvoirs publics. Rival du pouvoir administratif, il en troublait les opérations, en arrêtait le mouvement et en inquiétait les agents. Les ministres de la justice distributive ne doivent point se mêler d'administration, dont le soin ne leur est pas confié”.

¹³ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*, 9ª ed. Paris: Montchrestien, 2005, p. 15.

de 16-24 de agosto de 1790 e o decreto de 16 de Frutidor do ano III (1795). Sua redação se fez bastante eloquente:

As funções judiciais são e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo que seja as operações dos corpos administrativos, nem citar perante eles administradores em razão das suas funções.

Fazem-se proibições reiteradas aos tribunais de conhecerem os actos da Administração, sejam de que espécie forem, sob as penas da lei.¹⁴

A exclusão do conhecimento judicial sobre questões administrativas não redundou, de *per se*, na existência de uma justiça administrativa. Muito antes pelo contrário. Durante a década revolucionária (1789-1799), os litígios administrativos tinham seu conhecimento remetido à própria administração ativa, a exercer também a função de juiz (o administrador-juiz). Não havia, portanto, possibilidade de controle impessoal, pois “não só o poder administrativo era juiz em causa própria, como, ainda por cima, essa tarefa estava cometida aos órgãos da Administração activa, cabendo às autoridades administrativas decisoras o controlo dos actos que elas próprias tinham praticado.”¹⁵ É dizer, em outras palavras, que o controle sobre os atos administrativos era apenas aquele de natureza hierárquica, devendo o interessado remeter sua queixa ao ministro competente (doutrina do *ministre-juge*). De forma paradoxal, a aplicação revolucionária do princípio da separação dos poderes acabou, nesse primeiro momento, por negá-lo, concentrando poderes executivo e judiciário nas mãos da administração.¹⁶

Foi apenas com o fim da Revolução Francesa e a instauração do Consulado, com a Constituição do ano VIII (1799), que a função de controle da administração passou a igualmente caber, em grau de apelo (após apreciação pelo *ministre-juge*), a

¹⁴ Cfr. RIVERO, Jean. *Direito administrativo*, cit., p. 158.

¹⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., p. 30.

¹⁶ É curioso notar, aqui, que a submissão da administração à lei (o festejado “milagre” do Estado de Direito) não redundou, nem direta nem automaticamente, na submissão da administração à justiça – aqui entendida como corpo independente com poder para resolver conflitos. Nessa nova configuração, portanto, ainda caberia o mesmo recurso à teoria do fisco que se fez no período do absolutismo como instrumento de reparação dos danos infligidos ao particular pelo Estado. Como anota FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 159, foi apenas quando “se organizó sistemáticamente la protección jurídica en asuntos administrativos créandose los tribunales correspondientes” que “el concepto del fisco perdió su significación, puramente instrumental.”

um órgão que não o próprio controlado, conquanto também pertencente organicamente à administração. A criação do Conselho de Estado marcou o início de um movimento de progressiva separação entre administração ativa e jurisdição administrativa, ainda tímido em razão da reserva da palavra final a respeito da solução dos litígios ao Chefe de Estado. Teve lugar, assim, o que se convencionou chamar de justiça retida ou reservada (*justice retenue*), em que o papel do Conselho de Estado era apenas consultivo, dependente de homologação.¹⁷

A reconhecida qualidade jurídica e o alinhamento político das opiniões do Conselho de Estado com aquelas do titular do poder jurisdicional administrativo tratou de fazer com que seus pareceres fossem, na prática, “sempre seguidos”.¹⁸ Pairava, contudo, o constante risco da negativa de homologação, a impedir uma atuação verdadeiramente imparcial.

Esse cordão umbilical que fazia o Conselho de Estado dependente do Chefe de Estado foi cortado apenas em 1872, quando aquele recebeu, por lei, a delegação direta do poder jurisdicional. A partir daí, nas palavras de RIVERO, “o Conselho de Estado exerce justiça delegada, quer dizer que, como qualquer tribunal, decide ‘em nome do povo francês’”.¹⁹ Em seguida, o próprio Conselho de Estado, ao decidir o caso Cadot (1889), interpretou de forma extensiva suas atribuições, passando a ser não apenas um tribunal de apelo, mas exercendo função de verdadeiro juiz de direito. Afastando a doutrina do *ministre-juge*, a decisão do Conselho de Estado foi de que, “de maneira geral, todos os litígios de ordem administrativa poderiam, dali em diante, ser levados diretamente perante si, *omisso medio*, é dizer, sem ser antes submetidos ao ministro.”²⁰

Com essa derradeira desvinculação entre autoridade controladora e autoridade controlada, teve-se, aí sim, o estabelecimento completo de um sistema – dentre vários

¹⁷ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*, cit., p. 160.

¹⁸ Idem, p. 160.

¹⁹ In: *Direito administrativo*, cit., p. 160.

²⁰ LONG, Marceau *et al.* *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 38: “Le Conseil d’État l’a condamnée [a doutrina do *ministre-juge*] définitivement par l’arrêt *Cadot*, en l’écartant du contentieux de la responsabilité des collectivités territoriales, et en décidant que, d’une façon générale, tous les litige d’ordre administratif pourraient désormais être portés directement devant lui, *omisso medio*, c’est-à-dire sans être soumis d’abord au ministre.”

possíveis – de justiça administrativa na França,²¹ com ainda outra particularidade: a despeito da firmeza legislativa da exclusão do conhecimento das causas administrativas pelo Judiciário, não se formou, para o Executivo, um monopólio jurisdicional em matéria administrativa. Assim é que nem o Judiciário julgava todos os litígios administrativos, nem o Executivo o fazia. Nesse ponto, afinal, “a França adotou uma solução intermediária”, repartindo entre os dois poderes a competência jurisdicional (donde se falar em dualidade de jurisdição administrativa) e gerando, com isso, “numerosos problemas” e uma “dificuldade extraordinária”.²² As linhas fundamentais então traçadas vigem, com poucas alterações, até hoje.²³

Dessa breve resenha histórica, cumpre observar que a justiça administrativa não deve a sua gênese e o seu desenvolvimento à aplicação racional do princípio da separação dos poderes²⁴ – ou ao menos não apenas a isso –, mas, sobretudo, a um ambiente político carregado pela ideologia do assim chamado estado administrativo. A importância dessa constatação é tanto maior quanto se tenha em conta que “os institutos de justiça administrativa se apresentam como a integração e o aperfeiçoamento do estado administrativo e obedecem à ideologia própria desse tipo de estado.”²⁵

²¹ Nesse sentido, SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., pp. 31-32.

²² AUBY, Jean-Marie; DUCOS-ADER, Robert. *Institutions administratives*, 3ª ed. Paris: Dalloz, 1973, pp. 337 e 339.

²³ Vide MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*, cit., p. 12: “Le modèle français se caractérise par trois traits: l’existence d’une *jurisdiction spécialisée* dans le contentieux administratif, le rattachement organique de cette jurisdiction à l’*exécutif* et non à l’ordre judiciaire; la dualité de ses attributions à la fois *contentieuses* et *consultatives*, legs de l’histoire, demeure sa principale singularité.”

²⁴ Para Vasco Manuel da Silva, aliás, o modelo francês de justiça administrativa desvirtua o princípio: “É óbvio que a criação de um contencioso privativo da Administração nada tem a ver com a separação de poderes. Julgar a administração é – ontem como hoje – julgar, não devendo confundir-se com a actividade administrativa.” (*Em busca do acto administrativo perdido*, cit., p. 20). Jean Rivero, por outro lado, admite que o princípio da separação dos poderes pode conduzir, igualmente, à atribuição de competência seja à administração, seja ao judiciário: “(...) como aplicar o princípio ao julgamento de litígios nos quais ‘o poder executante’ está comprometido, ou seja, no contencioso administrativo? Trata-se de *julgar*: isto pode levar a confiá-los ao poder judicial ordinário; trata-se de julgar o Executivo: isto pode conduzir a subtrair-lhos, na medida em que ao julgá-los corre o risco de se imiscuir na acção do Executivo. Pode-se, pois, a partir do princípio da separação, optar com igual lógica por uma ou outra solução.” (*Direito administrativo*, cit., pp. 157-158)

²⁵ NIGRO, Mario. *Giustizia amministrativa*, cit., p. 23: “Per questo verso, gli istituti di giustizia amministrativa si presentano come l’integrazione e il perfezionamento dello stato amministrativo e ubbidiscono all’ideologia propria di questo tipo di stato.”

É imperativo, portanto, estarmos atentos à influência que o sistema francês de justiça administrativa, com toda sua carga ideológica, jogou na conformação dos institutos de direito administrativo lá geridos. Ora, reconhecendo a própria doutrina francesa que o Conselho de Estado incorporou uma concepção específica de justiça administrativa, no sentido de que “o juiz administrativo deve ser, não apenas, e sem mais, um juiz especializado em matéria administrativa mas, além disso, um juiz com ‘espírito de administrador’, um juiz consciente de que as suas decisões devem ser um ‘complemento da acção administrativa’”,²⁶ e propalando-se, como princípio, que “a opção pela competência precede e determina aquela sobre o fundo”,²⁷ seria de todo imprudente desconsiderar a luta interna entre liberalismo (justiça) e autoritarismo (administrativa) que condicionou, ainda que inconscientemente, a produção doutrinária sobre temas como – por que não dizê-lo? – o contrato administrativo.

4.1.2. Da unidade de jurisdição na República brasileira

O Brasil nunca chegou a ter um sistema de justiça administrativa autônoma, no sentido daquilo que acabamos de expor. Durante a época colonial (1500-1815), vigendo plenamente o direito da metrópole portuguesa, tinham-se todos os poderes concentrados nas mãos da monarquia, a quem cabia, em última instância, a decisão das causas, qualquer que fosse a sua natureza. O soberano podia, assim, “a seu livre alvedrio, avocar as causas pendentes de solução judicial, decidindo-as, imediata e irremediavelmente.” Aqui como na França do *ancién regime*, “a última palavra cabia ao rei.”²⁸

Proclamada a independência, e sob forte influência das constituições européias, a Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 1824, introduziu entre nós o princípio da separação dos poderes,²⁹ com a feição peculiar da existência de um poder moderador que, em conjunto com o poder executivo, estava encarnado

²⁶ Citando René Chapus, SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., p. 30.

²⁷ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*, cit., p. 17: “l’option sur la compétence précède et détermine celle sur le fond.”

²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. O contencioso administrativo na constituição brasileira. *Revista de direito público (RDP)*, vol. 19, São Paulo, jan./mar. 1972, p. 44.

²⁹ Assim era a redação do art. 9º: “A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.”

na pessoa “inviolável, e Sagrada”³⁰ do imperador. Também após a independência, “[e]m decreto de 22.11.1823, o Imperador criara um Conselho de Estado com 10 membros, inspirado no modelo francês.”³¹ Esse Conselho foi mantido no texto constitucional, cujo art. 142 lhe atribuiu competência consultiva “em todos os negócios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as ocasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições proprias do Poder Moderador”.

Da maneira como organizado o Conselho de Estado brasileiro, sua atuação se assemelhava ao modelo francês de *justice rétenue*, já que, “em todos os casos, podia o Imperador decidir com ou sem audiência do Conselho.”³² Vigia, também aqui, a doutrina do *ministre-juge*, de modo que o Conselho de Estado exercia competência tão somente recursal, e sempre opinativa, que assim se manteve contida e autocontida. Mesmo quando, à semelhança do que ocorreu na França, buscou-se por lei de 1850 atribuir-lhe competência jurisdicional delegada, o próprio Conselho afastou a interpretação literal do texto legislativo por não lhe parecer “a mais adequada ao sistema político e ao pensamento da lei”, concluindo que a sua função “não era a de julgar, mas de consultar.”³³

A exclusão das causas administrativas ao conhecimento do Judiciário, contudo, foi abolida a partir da proclamação da República, quando, ao menos sob este aspecto, “passou o País à influência do direito constitucional norte-americano”, sendo testemunhas disso já os títulos das Cartas de 1891 e 1934 (“Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”) e de 1937 e 1946 (“Constituição dos Estados Unidos do Brasil”). Desde então até os dias atuais, “o Brasil republicano sempre viveu sob o sistema de unidade de jurisdição exercida pelo Poder Judiciário.”³⁴

³⁰ Cf. art. 99 da Constituição do Império: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.”

³¹ BRABI, Celso Agrícola. Unidade de jurisdição e justiça administrativa no Brasil. *Revista de direito público (RDP)*, vol. 19, São Paulo, jan.-mar./1972, p. 130.

³² Idem, p. 131.

³³ Idem, p. 131.

³⁴ Idem, p. 132.

Interessa notar que, diferentemente do que ocorreu na França revolucionária – que, como vimos, teve na desconfiança nos juízes elemento fundamental para a criação de uma justiça privativa da administração, operada pela própria administração –, no Brasil o espírito dos republicanos era como que o oposto. Em matéria de confiança, os juízes gozavam de prestígio superior àquele das autoridades administrativas. Como comenta Celso Agrícola BARBI,

A confiança popular recai mais nos órgãos do Poder Judiciário, não sujeitos à influência mutável dos interesses políticos. Realmente, o nível de desenvolvimento alcançado pelas instituições políticas do País não permitiu aos órgãos do Executivo inspirar ao cidadão maior dose de confiança, de modo a se lhes poder atribuir a função de julgarem seus próprios atos.³⁵

A República brasileira teve, assim, por entregar ao Judiciário o conhecimento de todos os litígios, mesmo aqueles em matéria administrativa. São dignos de nota, a esse respeito: o art. 60, alínea “b”, da Constituição de 1891;³⁶ o art. 81, alíneas “a” e “c”, da Carta de 1934;³⁷ o art. 101, inciso II, item 2º, alínea “a”, da Constituição decretada em 1937;³⁸ o art. 105, § 3º, alínea “a” e o art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, o primeiro incluído pelo Ato Intitucional nº 2;³⁹ o art. 119, inciso I, e o art. 150, § 4º, da Carta de 1967,⁴⁰ mantidos, na sua essência, na Emenda Constitucional nº 1 de

³⁵ BRABI, Celso Agrícola. Unidade de jurisdição e justiça administrativa no Brasil, cit., p. 134.

³⁶ “Art 60 Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: (...) b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo;”.

³⁷ “Art 81 - Aos Juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância: a) as causas em que a União for interessada como autora ou ré, assistente ou oponente; (...) c) as causas fundadas em concessão federal ou em contrato celebrado com a União;”.

³⁸ “Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) II - julgar: (...) 2º) em recurso ordinário: a) as causas em que a União for interessada como autora ou ré, assistente ou oponente;”. A competência ficava, em primeiro grau, com os “Juízes da Capital do Estado em que for domiciliado o réu ou o autor” (art. 108).

³⁹ “Art. 105 - Os Juízes Federais serão nomeados pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos indicados na forma da lei pelo Supremo Tribunal Federal. (...) § 3º - Aos Juízes Federais compete processar e julgar em primeira instância: a) as causas em que a União ou entidade autárquica federal for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência e acidentes de trabalho;” e “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

⁴⁰ “Art 119 - Aos Juízes Federais compete processar e julgar, em primeira instância: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, exceto, as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral, à Militar ou a do Trabalho, conforme determinação legal;” e “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos

1969;⁴¹ e o art. 109, inciso I e o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988⁴² (hoje vigente), este último alargando a garantia da inafastabilidade da jurisdição também para ameaças, e não apenas lesões a direito.

Para além da atribuição expressa de competência jurisdicional em matéria administrativa e da previsão da garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição, calha referir que as constituições republicanas previram, diretamente, mecanismos jurídicos de defesa dos particulares em face dos mais variados atos da administração, a serem manejados perante o Judiciário. É o caso, por exemplo, do *habeas corpus* (inaugurado no art. 72, § 22, da Constituição de 1891), do mandado de segurança (criado pelo art. 113, item 33, da Constituição de 1934), do mandado de injunção e do *habeas data* (previstos no art. 5º, incisos LXXI e LXXII, da Constituição de 1988).

Isso tudo demonstra que não apenas não há, no Brasil, um sistema de justiça administrativa, como que se reconhece às pessoas o direito fundamental de recorrer diretamente ao Judiciário contra lesão ou ameaça de lesão por parte (não só, mas também) do poder público. Aqui como em províncias da Argentina, por exemplo, “la jurisdicción es una [...], a diferencia del sistema francés de jurisdicción contencioso-administrativa y jurisdicción civil.”⁴³

De resto, a competência jurisdicional em matéria administrativa vai repartida internamente – sempre no Poder Judiciário – *ratione personae*, de modo que as causas de interesse da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federais

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

⁴¹ A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 previu, em seu art. 111, a possibilidade de que fosse criado contencioso administrativo com competência para o julgamento de causas decorrentes da relação de serviço público federal. O legislador infraconstitucional, contudo, não chegou a efetivar tal previsão, bastante criticada pela doutrina à época. Cfr. CRETELLA JÚNIOR, José. O contencioso administrativo na constituição brasileira, cit., pp. 46-50.

⁴² “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;” e “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

⁴³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*: el acto administrativo, 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. II-32, nota de rodapé 14.5.

estão a cargo da Justiça Federal, enquanto aquelas envolvendo sociedade de economia mista federal e as administrações públicas direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios ficam a cargo das Justiças Estaduais ou Distrital, conforme o caso. Não há, ao menos no plano legal, repartição de competência em matéria administrativa em razão do tipo do ato ou do contrato que dá base à relação jurídica discutida (*ratione materiae*).⁴⁴

Assim é que, à luz do nosso ordenamento jurídico, a conclusão a que se chega converge com aquela de Augustín Gordillo quanto ao seu país: “establecer una distinción entre dos tipos de *actos* de la administración, civiles y administrativos, no sirve para determinar la competencia aplicable.”⁴⁵ Eis uma primeira incompatibilidade da teoria da divisão de regimes contratuais da Administração Pública com a realidade brasileira.

4.2. Podem existir contratos celebrados pela Administração Pública fora do regime jurídico-administrativo? Uma segunda incompatibilidade da teoria da divisão de regimes contratuais

Em um sistema de jurisdição una, a distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração não serve à distribuição de competência jurisdicional entre Judiciário e Executivo porque, por definição, não há essa distribuição. Em acréscimo, não havendo, entre nós, distribuição legal de competência internamente ao Judiciário que tenha por fundamento o tipo de ato objeto de conhecimento, a teoria da divisão perde parcela significativa da sua relevância.

Ainda assim, seria possível sustentar que tal distinção teria relevância de fundo, isto é, quanto ao regime jurídico a se ter em conta no que toca à conclusão, à execução e à extinção dos contratos. Com efeito, para que uma distinção público-privado seja possível e útil no Direito, é necessário auscultar o objeto de análise (seja ele uma pessoa, um bem ou uma relação) sob o critério do regime jurídico que lhe

⁴⁴ A atribuição de competência exclusiva (absoluta) aos Juizados Especiais Federais Cíveis e aos Juizados Especiais da Fazenda Pública para processar e julgar algumas causas de valor igual ou inferior a sessenta salários mínimos (art. 3º, *caput* e §3º, da Lei nº 10.259/2001 e art. 2º, *caput* e §4º, da Lei nº 12.153/2009), embora *ratione materiae*, não se funda no tipo de ato ou contrato base da relação jurídica, mas apenas no valor econômico do bem discutido em juízo.

⁴⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*: cit., p. II-32.

governa. É necessário, em outras palavras, que “voltemos nossos olhares para as normas jurídicas e para o modo como elas regulam as situações de que cuidam”.⁴⁶

Sob esse ponto de vista, com frequência se afirma que, a depender do tipo de contrato *sub judice*, variaria (ou deveria variar) o modo de aplicar o Direito pelo intérprete. É esse o pensamento dominante na doutrina, aqui representado na tese de livre-docência defendida pela professora DI PIETRO:

Como no Brasil não existe jurisdição administrativa, uma distinção como aquela não tem a mesma justificativa. Aqui, interessa distinguir os contratos administrativos dos contratos privados da Administração basicamente pelo regime jurídico; os primeiros se submetem ao direito público; os segundos, ao direito privado, ainda que derogado parcialmente pelo direito público.⁴⁷

Por essa razão, defende justamente que, “no contrato administrativo, o regime jurídico é de direito público, sendo interpretado em consonância com princípios informativos desse ramo do direito”, enquanto que, “nos contratos de direito comum, aplica-se o direito privado em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público.”⁴⁸ Essa proposição teórica não é meramente terminológica.

Não obstante se afirme, com todas as letras, que os contratos celebrados pela Administração Pública, seja de que tipo forem, submetem-se às sujeições próprias do regime jurídico-administrativo,⁴⁹ essa identidade não teve protagonismo para a catalogação dos contratos. O critério-mor foi, no extremo oposto, a medida dos privilégios e das prerrogativas reconhecidas à Administração:

enquanto nas relações de direito público os privilégios e prerrogativas se presumem, independentemente de previsão legal, porque são inerentes à *autoridade* de que se reveste a Administração Pública, no exercício de funções consideradas essenciais, nas relações de direito privado o que se presume, no

⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, 4ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 142.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do direito privado na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1989, pp. 145-146.

⁴⁸ Idem, p. 138.

⁴⁹ Idem, p. 144: “Já vimos que o *regime administrativo* é constituído por *prerrogativas* e *sujeições* e que estas últimas se aplicam a todos os contratos firmados pela Administração, ainda que regidos pelo direito privado.”

silêncio da lei, é a igualdade de posição; os *desvios ao direito comum são apenas os expressamente estabelecidos em lei*.⁵⁰

Em apertada síntese, a tese defendida por DI PIETRO poderia ser resumida, no que aqui se faz pertinente, a alguns pontos. Há, em um primeiro momento, uma preocupação em limitar o conjunto dos contratos considerados propriamente administrativos: um contrato celebrado pela Administração Pública somente será administrativo quando as regras estabelecidas para a sua regulação decorrerem integralmente de lei derogatória do regime privado (derrogação integral⁵¹), desde que essa lei derogatória introduza inovações e desde que essas inovações digam respeito a privilégios e prerrogativas – caso contrário, o contrato continuaria sendo privado.⁵² Em um segundo momento, a tese avança no estabelecimento de diretrizes interpretativas quanto aos privilégios e às prerrogativas: estes só se aplicariam aos contratos privados da Administração quando expressamente previstos em lei, sendo dela independentes (presumidos) nos casos de contratos administrativos.

Cumprido observar que, embora publicada em 1989, a tese, em suas linhas principais, continua sendo defendida atualmente pela autora. Em coletânea de artigos publicada em 2013, DI PIETRO reiterou:

Enquanto nas relações de direito público as prerrogativas se presumem independentemente de previsão legal, nas relações de direito privado de que a Administração participa o que se presume, no silêncio da lei, é a inexistência de prerrogativas; os desvios ao direito comum são apenas os expressamente estabelecidos em lei.⁵³

Ao que nos parece, tal aplicação da teoria francesa da divisão de regimes jurídicos contratuais à realidade brasileira depende, necessariamente, da sustentação de duas premissas. Em primeiro lugar, exige considerar que as sujeições a que se vê

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do direito privado na administração pública*, cit., p. 96.

⁵¹ Idem, p. 146: “Se a derrogação for apenas parcial, com previsão de um ou outro poder para a Administração, mas sem atingir, em sua essência, a disciplina jurídica do instituto, dada pelo Código Civil, o contrato continuará sendo de direito privado.”

⁵² Idem, p. 146, referindo especificidades administrativas dos contratos de comodato e de locação, conclui: “O comodato e a locação só passariam a ser contratos administrativos se a lei administrativa desse ao instituto, quando utilizado pela Administração, regime jurídico publicístico, inteiramente derogatório do direito comum, como fez com alocação de imóveis da União, a ser analisada mais adiante.”

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do direito privado na administração pública. In: *Direito privado administrativo*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Org.). São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

amarrada a Administração Pública seriam de menor relevância e não serviriam a identificar o regime jurídico-administrativo. Em segundo lugar, exige reconhecer a vigência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a sua primazia na identificação do regime jurídico-administrativo, de cuja aplicação decorreriam, diretamente (*praeter legem*), privilégios e prerrogativas.

Nem uma nem outra, contudo, nos parecem corretas.

4.2.1. Da importância das sujeições administrativas para a caracterização dos contratos administrativos

Está fora de questão, para a versão ora analisada da teoria da divisão de regimes contratuais, que a “exorbitância positiva”⁵⁴ se impõe a todo e qualquer contrato celebrado pela Administração Pública. Limitações à autonomia da vontade – em verdade, uma diversa regulação do exercício da vontade, já que nos parece impróprio falar em autonomia –, por exemplo, estão inafastavelmente presentes em toda a ação administrativa e, assim também, em todos os contratos da Administração.

Paradigmático dessa especial regulação é o dever geral de licitação, imposto já na Carta Maior (art. 37, inciso XXI) a toda a Administração Pública, seja direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou municipal. Mesmo para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica (integrantes da administração indireta, mas consideradas pessoas jurídicas de direito privado), a Constituição faz menção à licitação (art. 173, § 1º, inciso III), sendo lícito concluir que, no direito brasileiro, a regra geral é de que os contratos da Administração Pública serão precedidos de procedimento licitatório. É nesse sentido que se fala em um “princípio da obrigatoriedade de licitação”.⁵⁵

Cumprir ter em conta, ademais, que a regra geral da obrigatoriedade de licitação não destoaria, senão que é resultado do sistema de valores e princípios constitucionais imposto à Administração Pública. Como observa a doutrina, a “licitação

⁵⁴ O termo é utilizado por GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*, cit., p. 44, sendo também referida como “exorbitância ao reverso”.

⁵⁵ Cf. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 89 (STA 89 AgR), Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2007, publicado no DJe-026 em 15/02/2008.

pública é obrigatória em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público”, a exigir que a escolha do contratante se dê “de modo impessoal”, “com o máximo de objetividade” e com respeito ao “princípio da isonomia”,⁵⁶ a exigir igual oportunidade de contratação a todos os interessados aptos a suprir uma demanda concreta da Administração Pública.

Uma primeira observação, então, é de que parece um tanto arbitrário relegar a uma posição de irrelevância as sujeições impostas à Administração Pública na celebração dos seus contratos, dizendo que desinteressam à identificação do regime jurídico contratual. Ora, é o próprio Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO que, ao expor seu conhecido conceito de regime jurídico-administrativo como “conjunto sistematizado de princípios e regras” que orbitam em torno da “supremacia do interesse público sobre o privado” e da “indisponibilidade dos interesses públicos”, extrai do primeiro, dentre outras, a característica peculiar “da existência de *restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública*”, “não menos importante do que as outras”.⁵⁷

Uma segunda observação decorre da valoração dos procedimentos licitatórios realizada pela doutrina francesa que trouxe à luz a teoria dos contratos administrativos. Em sintonia com a ideologia de um estado administrativo, JÈZE expunha que, no que dizia respeito à escolha do contratante, “*el poder discrecional debe ser la regla*”, afirmando que, se ao administrador se impunha a responsabilidade de bem gerir a coisa pública, então também se lhe deveria conferir “*amplios poderes de apreciación*”.⁵⁸

Inversamente do que temos no Brasil, na França, a doutrina de direito público tinha como certa a regra geral de que “*la Administración elije libremente, discrecionalmente, a su cocontratante*”, constituindo o dever de licitar exceção pontual movida, sobretudo, por questões financeiras. A seguinte frase do pai da teoria do contrato administrativo é reveladora:

⁵⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24.

⁵⁷ In: *Curso de direito administrativo*, cit., pp. 53-56 e 74.

⁵⁸ JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo: teoría general de los contratos de la administración*, cit, p. 72.

Por numerosos que sean los textos que disponen la adjudicación, ninguno formula *la obligación general* – para la Administración – de no concluir ningún contrato sin previa adjudicación. [...] En otros términos: *el contrato privado es la regla, y el contrato por adjudicación, la excepción*.⁵⁹

“O contrato privado é a regra, e o contrato por licitação, a exceção.” Ainda que não seja adequado extrair, dessa colocação, uma relação biunívoca entre dever de licitar e contrato administrativo na teoria francesa,⁶⁰ também não se pode, pura e simplesmente, fechar os olhos para a relevância material das formas legalmente impostas para a celebração dos contratos. Aliás, como recordava o próprio LAUBADÈRE, ao distinguir entre contrato administrativo e contrato de direito privado da Administração, “o Conselho de Estado faz, por vezes, em seus julgados, alusões às formas do contrato a título de indício subsidiário, acrescido a outros, mas insuficiente por si.”⁶¹

É que as formas jurídicas guardam, em si, como fundamento justificador e como finalidade, a proteção de determinados fins materiais, cuja desconsideração pode redundar num culto cego da forma pela forma ou mesmo no arbítrio. Cumpre ter sempre em mente, com o faz Alexandre PASQUALINI, que “o conteúdo material é, em última instância, a proibição da forma.”⁶² Daí porque a forma imposta por lei para a celebração dos contratos administrativos não pode ser simplesmente negligenciada:

⁵⁹ In: *Principios generales del derecho administrativo: teoría general de los contratos de la administración*, cit, p. 76. É ainda mais elucidativo da mentalidade francesa observar que, mesmo sob influência do direito comunitário (mais rígido no que diz com limitações à liberdade administrativa), o legislador nacional editou, em 2004, um novo *Code des Marchés Publics*, quando, novamente, “[a] questão da alternativa entre a regulamentação rígida e a confiança nas entidades adjudicantes parece ter-se resolvido, neste Código, a favor da confiança nas referidas entidades.” ESTORNINHO, Maria João. *Direito europeu dos contratos públicos*, cit., pp. 158-160.

⁶⁰ Com efeito, Laubadère sustentou até mesmo um “Principe de l’indifférence des formes”, no sentido de que, em princípio, “la considération des formes employées pour la conclusion du contrat n’intervient pas pour entraîner sa nature administrative ou au contraire pour l’exclure.” Explicava, então, que, muito embora o critério da forma tivesse sido inicialmente utilizado pela jurisprudência – sobretudo a dos tribunais inferiores – para a identificação do contrato administrativo, sua aplicação foi logo descartada, afirmando-se que circunstâncias “de pure forme” não confeririam caráter administrativo nem poderiam, portanto, excluir um litígio da apreciação dos tribunais judiciais. Citando Hauriou, referia que não era pela sua forma que as cláusulas derogatórias do direito comum atraíam a competência administrativa, mas “par leur fond”. In: *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, cit., pp. 78-79.

⁶¹ Idem, p. 79: “Il faut cependant noter que le Conseil d’Etat fait parfois, dans ses arrêts, allusions aux formes du contrat à titre d’indice subsidiaire, s’ajoutant à d’autres mais insuffisant à lui seul.”

⁶² Vide Ato administrativo: conceito e elementos. In: HEINEN, Juliano; OHLWEILER, Leonel Pires; RAMOS, Rafael (Orgs.). *Fundamentos do direito administrativo contemporâneo*. Porto Alegre: Sapiens, 2017, p. 147.

é, pelo contrário, forte indício de que o ordenamento jurídico buscou, por meio dela, tutelar determinados fins materiais.

É fundamental fazer a crítica, nesse ponto, de que o direito administrativo brasileiro tem concentrada preocupação em limitar o exercício do poder pela Administração Pública, alçando ao nível constitucional diversas sujeições que compõem o seu regime. Difere, portanto, da ideologia de estado subjacente à formulação francesa da teoria dos contratos administrativos.

É necessário também dar-se conta de que, longe de restringir sua eficácia ao momento de formação dos contratos, as formas administrativas legalmente estabelecidas estendem sua influência por todo o desenvolvimento da relação contratual, condicionando escolhas de rumos de execução e a própria extinção do contrato.⁶³ Assim, uma locação de imóvel para instalação de repartição pública, contrato usualmente classificado pela doutrina como de direito privado em razão da redação do art. 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993,⁶⁴ ainda que celebrado diretamente por dispensa de licitação (art. 24, inciso X, do mesmo diploma⁶⁵), sofrerá o permanente influxo das razões expostas no processo de dispensa, em especial naquilo que se destina a preservar a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência administrativas. Em outras palavras, é artificial tratar como

⁶³ Também nesse sentido, ESTORNINHO, Maria João. *Direito europeu dos contratos públicos*, cit., p. 309: “Confesso que, perante esta indiscutível tendência [do direito comunitário europeu] para a uniformização de regimes jurídicos, em termos procedimentais e em termos de contencioso, me parece impossível continuar a defender uma compartimentação estanque entre o procedimento pré-contratual (sujeito a regimes uniformes, de natureza jurídico-pública) e o regime substantivo do contrato (onde continuaria a ser possível sujeitar determinados contratos a regimes de direito privado). Assim, pergunto, por exemplo, como é possível não reconhecer que os critérios de adjudicação vinculam também ainda durante a execução do contrato [...]?”

⁶⁴ “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;”.

⁶⁵ “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;”.

estranques a formação, a execução e a extinção de um contrato, vez que os atos praticados aqui condicionam e influenciam os atos a serem praticados lá.

Uma terceira observação é ainda cabível. Como visto, a tese ora em análise relega à indiferença as sujeições de direito público, conferindo primazia às prerrogativas e aos privilégios para a identificação do que seria o contrato administrativo. Ocorre que essa relação necessária entre contrato administrativo e prerrogativas e privilégios não se verifica sequer na doutrina francesa. Quem o diz é LAUBADÈRE:

a derrogação do direito comum que constitui a cláusula exorbitante pode consistir, logicamente, na referência a um princípio jurídico especial ao direito público sem que esse princípio seja necessariamente reduzido à implementação de uma prerrogativa ou de um privilégio.⁶⁶

Mais do que simples signo de poder da Administração, a cláusula exorbitante era considerada como aquela que “toma emprestado da teoria geral dos contratos administrativos uma de suas regras características ou, ainda, que é inspirada pelas considerações e os objetivos próprios do direito público.”⁶⁷ Seriam exemplo disso, segundo LAUBADÈRE, as regras relativas à imprevisão e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Uma tal compreensão de cláusula exorbitante faz coro ao que se propaga como a especificidade das normas de direito administrativo, que veiculam derrogações em ambos os sentidos – “derrogações *para mais* e derrogações *para menos*”. É justamente isso que difere o regime jurídico-administrativo do regime jurídico-privado. Nas palavras de RIVERO, “as normas do direito administrativo caracterizam-se em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem

⁶⁶ In: *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, cit., p. 97: “la dérogation au droit commun que constitue la clause exorbitante peut consister logiquement dans la référence à un principe juridique spécial au droit public sans que ce principe se ramène nécessairement à la mise en oeuvre d’une prérogative ou d’un privilège.”

⁶⁷ Idem, p. 100: “C’est, pensons-nous, une clause qui *emprunte à la théorie générale des contrats administratifs une de ses règles caractéristiques* ou encore qui *est inspirée par les considérations et les buts propres au droit public.*”

equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de acção sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares.”⁶⁸

A ideia que aí se desenha nos parece clara: a “exorbitância” própria do contrato administrativo diz não exatamente com as prerrogativas ou sujeições em si, mas com a origem pública dos princípios e valores que animam a relação contratual. Tem razão Juarez FREITAS ao asseverar que “[t]ais ‘prerrogativas’ não são, convém enfatizar, indispensáveis para se definir o contrato administrativo, mas emanações oriundas e irradiadas dos princípios em conjugação com as regras incumbidas de lhes outorgar concreção e densidade.”⁶⁹

Entendemos, portanto, que as sujeições administrativas têm, sim, uma importância fundamental na identificação do regime jurídico-administrativo, na exata medida em que se apresentam como signos concretos da incidência dos princípios de direito público.

4.2.2. Da igual submissão dos contratos da Administração Pública ao princípio da legalidade

Ainda predomina, sobretudo na tradição da *civil law*, uma forte “conexão entre direito público e as ideias de Estado e de supremacia do interesse público”.⁷⁰ Esse típico modo de pensar do direito europeu continental mostra acentuada influência na maneira como a doutrina brasileira, em geral, enuncia a teoria dos contratos administrativos. Como vimos anteriormente, a divisão entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração acaba por fundamentar, quanto aos primeiros, o reconhecimento de prerrogativas administrativas *praeter legem*, isto é, independentes de previsão legal.

Da maneira como enunciadas as consequências da teoria da divisão dos regimes contratuais, as “prerrogativas administrativas presumidas” fazem lembrar concepções já superadas de poder disciplinar, antes tido como “*direito implícito, independente de declaração legal*”, sobre o qual a lei só intervém “para delimitar ou

⁶⁸ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*, cit., p. 42.

⁶⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 299.

⁷⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*, cit., p. 120.

restringir' o poder que, na ausência de declaração legal que o condicione, é *ilimitado*.”⁷¹⁻⁷²

Quanto à possibilidade de, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, defender-se a existência de prerrogativas presumidas nos contratos administrativos, cumpre tecer duas ordens de considerações, uma quanto à consistência interna do argumento e outra quanto à sua coerência com o sistema de garantias constitucionais estabelecido.

Vimos que, na formulação defendida pela professora DI PIETRO,⁷³ os contratos privados celebrados pela Administração Pública admitiriam prerrogativas apenas e tão somente quando a lei assim dispusesse, derogando parcialmente a norma de direito comum. No seu silêncio, a regra seria a igualdade de posições dos contratantes. Já para os contratos administrativos, valeria regra oposta: as prerrogativas independeriam de previsão legal, presumindo-se a supremacia da administração em face do particular. A existência de um contrato propriamente administrativo, contudo, estaria cercada de requisitos rigorosos. Seria administrativo apenas o contrato regulado integralmente por lei de direito público derogatória do direito comum, devendo tal derrogação incluir prerrogativas administrativas.

As (compreensíveis) exigências com que se cercou o contrato administrativo acabam, contudo, por retirar, senão toda, quase toda operacionalidade da enunciada presunção de prerrogativas. É que, se o contrato administrativo deve estar regulado integralmente por lei administrativa que confere especiais poderes jurídicos à

⁷¹ Cfr. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. Direito disciplinar – princípio da legalidade. *Revista de direito administrativo (RDA)*, v. 2, n. 2, 1945, p. 800, grifos no original. Sobre poder disciplinar, vale conferir a obra monográfica de BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Para um estudo amplo da noção contemporânea de condicionamentos ao exercício do poder disciplinar, ver OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁷² Em sentido semelhante, ao pontuar distinções entre relações jurídicas específicas (como, e.g., alguns contratos) e relações jurídicas genéricas (como as decorrentes do poder de polícia), ver SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24: “quando, por qualquer forma, os particulares atuam no campo estatal, estabelecem com a Administração uma relação jurídica específica, em que esta exerce poderes especiais. Quando, ao contrário, atuam no campo privado, submetem-se apenas a vínculo genérico com o Estado, caracterizado pelo poder deste, através de lei, regulamentar as atividades privadas. [...] Percebe-se a distinção: enquanto os poderes da Administração, nos vínculos específicos com os particulares, lhe são conaturais e, portanto, tão extensos quanto necessário, os poderes genéricos da Administração frente aos particulares existirão se, quando, como e na medida em que expressamente previstos em lei.”

⁷³ Cfr. síntese nas páginas 71-72.

Administração, então as prerrogativas decorrem diretamente dessa lei, e não de uma presunção calcada na natureza do contrato. A diferença entre contrato administrativo e contrato privado da Administração seria, no fundo, apenas de grau de inovação legal. Acaso seja esse o real significado da tese defendida por DI PIETRO, então com ela estamos de acordo, ressaltando apenas que isso, afinal, não se identifica com a teoria francesa da divisão de regimes contratuais.

É possível, contudo, extrair da tese em análise que bastaria à lei administrativa, regulando integralmente dado contrato, prever alguma prerrogativa para que fosse então atraído o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, fazendo presumirem-se todas as prerrogativas necessárias à persecução do interesse público com a subordinação dos interesses privados. Uma tal linha de raciocínio, bastante alinhada com o modo de pensar francês – que busca por um elemento de atração da competência jurisdicional administrativa para então aplicar ao fundo da matéria, em bloco, o regime-administrativo –, exige não apenas sustentar a existência, entre nós, de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, como também a sua eficácia imediata, *praeter legem*. Não nos parece ser o caso.

Por primeiro, está longe de ser pacífica a própria existência de um tal princípio, seja porque não comporta as características reconhecidas aos princípios enquanto espécie normativa,⁷⁴⁻⁷⁵ seja porque a colocação do interesse público como algo oposto ao interesse privado se evidencia, cada vez mais, construção artificial,

⁷⁴ O texto paradigmático sobre a problematização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado foi escrito por ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista diálogo jurídico*, vol. 1, n. 7, Salvador, 2001, antes publicado em 1998 pela Revista Trimestral de Direito Público e posteriormente republicado em outros periódicos e coletâneas. Não nos cabe, aqui, retomar a celeuma acerca do assunto. Entendemos, contudo, que, em vista das acirradas e profundas discussões que se estabeleceram na doutrina a partir do artigo referido, não mais cabe tomar por dada a existência, ainda muito difundida na doutrina, de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

⁷⁵ Adotamos, como conceito técnico de princípio enquanto espécie normativa, aquele avançado por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 78-79: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”

afigurando-se mais adequada à lógica jurídica a sua percepção como o equilíbrio dinâmico entre a afirmação e a restrição de direitos fundamentais.⁷⁶

Em segundo lugar, é dever notar que a estrutura de garantias constitucionais estabelecidas em defesa do particular não se coaduna com a advogada eficácia imediata de um suposto princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Quanto ao ponto, podem ser aqui transpostas, sem perda de veracidade, as ponderações de Itiberê RODRIGUES quanto ao estatuto jurídico-constitucional do poder de polícia.⁷⁷

A Constituição Federal, para além do princípio da primazia de lei (art. 37, *caput*), estabelece o princípio da reserva legal (art. 5º, inciso II) ao dispor que, contra a sua vontade, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Na dicção de Hartmut MAURER, enquanto o primeiro princípio “apenas (negativamente) proíbe a infração contra leis existentes”, o segundo vai além, pois “pede (positivamente) um fundamento legal para a atividade administrativa.”⁷⁸ Em acréscimo, a lei exigida pela Constituição para a incursão em direitos individuais é, necessariamente, aquela oriunda do Legislativo, já que se veda, modo expresso, a delegação de tal competência ao chefe do Executivo (art. 68, §1º, II⁷⁹). É o que Itiberê RODRIGUES refere por “reserva de Parlamento”.⁸⁰

⁷⁶ A conceituação do interesse público é, talvez, tarefa das mais árduas e também das mais relevantes na quadra do Direito Administrativo. Por fugir ao escopo deste trabalho, limitamo-nos a indicar a aprofundada obra de HABERLIN, Mártin. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, em especial, quanto ao que afirmamos no texto, pp. 175-180. Após fundamentada exposição, o autor conclui que a sobrevivência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado deve-se à “subserviência a uma dogmática que se prende à história ou a contrafações ideológicas enquanto debelam-se, insustentáveis, nos imperativos da lógica jurídica” (p. 179).

⁷⁷ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídico de um poder de polícia administrativo à brasileira. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, n. 22, Porto Alegre, 2008, pp. 84-96.

⁷⁸ *Direito administrativo geral*. Trad. de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, p. 122.

⁷⁹ “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: [...] II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;”.

⁸⁰ Fundamentos dogmático-jurídico de um poder de polícia administrativo à brasileira, cit., p. 89.

Dessa forma, temos que qualquer exercício de prerrogativa por parte da Administração Pública que tenha por efeito a modificação prejudicial ou a extinção de direitos do contratado deve encontrar previsão expressa ou no contrato – hipótese em que o interessado terá, então, anuído com tal possibilidade – ou em lei oriunda do Legislativo – hipótese em que o ordenamento jurídico permite tal incursão mesmo contra a vontade da pessoa atingida. Sob pena de violação ao princípio da reserva legal, portanto, não há de se conceber uma eficácia direta, *praeter legem*, por ato da própria administração, do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Essa conclusão se afasta sobremodo da dogmática administrativa francesa, em que “se considera matéria própria de regulamento todas aquelas que a Constituição não expressamente determinou como reservadas à lei em sentido formal.”⁸¹ O direito francês coexiste, com efeito, com a delegação de poderes de restrição de direitos individuais à administração mediante simples cláusula legal genérica. Em matéria de poder de polícia, por exemplo, a lei atribui à administração local ampla competência para “assegurar a boa ordem, a tranquilidade, a segurança e a salubridade públicas”.⁸² A apreciação da regularidade das ações administrativas adotadas, ademais, está sujeita ao conhecimento da justiça administrativa, fechando-se o ciclo de raciocínio composto pela identificação de um elemento de atração de competência administrativa e pela consequente aplicabilidade do regime administrativo de imposições.

Percebe-se, pois, que a defesa da existência de prerrogativas contratuais presumidas nos contratos administrativos, para além de não guardar consistência interna, faz-se incoerente com o sistema de garantias constitucionais previsto em nosso ordenamento.

⁸¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 207.

⁸² Cf. Code general des collectivités territoriales, art. 2212-2: “La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques.”. Disponível para consulta em <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

5. REFLEXÕES SOBRE O TEMA – PROTOCOLO DE INTENÇÕES

Dada a incompatibilidade da teoria da divisão de regimes contratuais da Administração Pública com o ordenamento jurídico brasileiro, seria o caso, então, de também aqui reconhecermos a “morte natural”¹ do contrato administrativo? Isso implicaria, de certa forma, afirmar que os contratos da Administração Pública não guardam diferença relevante de regime jurídico comparativamente aos contratos privados,² o que não se nos afigura adequado. Diferenças de regime há, e são palpáveis.

Quem sucumbe, em nossa opinião, não é a categoria dos contratos administrativos, mas a dos contratos privados da Administração Pública, cuja distinção dos contratos administrativos em nosso sistema é que foi, desde o começo, resultado de uma desajeitada importação teórica. É essa a peça do quebra-cabeças que não encaixa, que não nos pertence e que deve, pois, ser descartada.

Aliás, a dantes referida crise dos critérios distintivos redundou na admissão, pela doutrina francesa, de que “não é feliz submeter-se a regimes diferentes contratos similares pelo simples motivo de que um comporta, e o outro não, uma cláusula exorbitante do direito comum.” Pelo contrário: “uma apreciação um pouco mais abrangente [...] permitiria tratar de maneira idêntica contratos, afinal de contas, similares.”³

É necessário reconhecer que contratos administrativos e contratos ditos privados da Administração “se unifican en su régimen, contra lo que pretendía la teoría divisionista estricta, en aspectos que cada vez los juristas valoran más ampliamente.”⁴

¹ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, cit., p. 184.

² Expondo pensamento que poderia levar a uma tal conclusão, eis que considera, na sua origem primeira, um só o regime vigente para todas as relações jurídicas, CAMMAROSANO, Márcio. Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo? *Crise e reformas legislativas na agenda do direito administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Fabrício Motta e Emerson Gabardo (Coord.), pp.141-152. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

³ WEIL, Prosper. *Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés*, cit., p. 227: “il nous semble qu’il n’est pas heureux de soumettre à des régimes différents des contrats similaires au simple motif que l’un comporte, et l’autre ne comporte pas, une clause exorbitante du droit commun; une appréciation un peu plu large [...] permettrait de traiter de manière identique des contrats après tout similaires. A une telle évolution le droit administratif ne perdrait rien de sa rigueur et de son homogénéité.”

⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La figura del contrato administrativo*, cit., p. 113.

Tenham-se por exemplo as formalidades para a formação do contrato, as exigências específicas de capacidade das partes, o regime de nulidades, os prazos prescricionais etc. A diferença entre os chamados contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração é muito menor do que a diferença entre estes últimos e os contratos realmente privados.

Os contratos administrativos – ou da Administração, já não cabe diferenciar –, à sua vez, mantêm-se coerentes e aglutinados em torno a um mesmo regime jurídico-público, orbitando um sistema de princípios administrativos deitado já na Constituição. Esses, parece-nos, é que constituem a nota distintiva de todos os contratos da administração.

Nesse sentido, FRANCO SOBRINHO apontava:

“No melhor entender, tomando o problema equacionado tal como se apresenta, em virtude das práticas administrativas dominantes, tanto faz falar de contratos administrativos, de contratos da Administração ou de contratos com a Administração. Tudo se resume na mesma fenomenologia, numa mesma figura de natureza diversa diante da ação estatal. Uma figura, por assim dizer, inconfundível nas hipóteses relacionais, embora preexistam as prerrogativas da Administração, não havendo razão para a doutrina, como vem acontecendo, estabelecer inócuas diferenciações, porque, nas bases, o regime jurídico é *um só* na sua unidade primária e substancial.”⁵

Conseqüentemente, desponta como potencial explicação compreensiva de todo o fenômeno a tomada em consideração do processo contratual administrativo, entendido como sequência ordenada de atos, regulados na legislação, que têm início com a regular identificação de uma demanda administrativa, o planejamento da sua adequada satisfação, a busca de fornecedores aptos, sua seleção, a celebração de negócio jurídico visando ao suprimento da demanda identificada e o acompanhamento da execução do contrato com vistas à entrega do melhor resultado à sociedade. São essas, de forma muito geral e breve, as linhas introdutórias do nosso protocolo de intenções.

⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 5. Também Toshio Mukai assevera que, “mesmo naqueles contratos ditos privados da Administração, comumente incidem normas de direito público financeiro e administrativo de caráter procedimental, recaindo sobre eles, então, os princípios próprios do direito público e não os de direito privado.” *Licitações e contratos públicos*, 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 86-87.

5.1. Dos princípios de Direito Administrativo como centro gravitacional dos contratos da Administração Pública

A constante evolução verificada naquilo que se tem por núcleo do Direito Administrativo exige reconhecer que não é o poder de autoridade,⁶ o serviço público⁷ ou o interesse público⁸ – do qual a administração seria guardiã exclusiva – o traço verdadeiramente distintivo da ação administrativa. A história e a filosofia mostraram que a administração também age sem se impor, também atua fora dos limites do serviço público e não é a única a cujas ações o interesse público serve de fundamento primeiro e último.⁹

A superação das falsas dicotomias entre modalidades de ação (ato de império-gestão, contrato administrativo-privado) pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico não só “destruye sus pretendidas diferencias de contenido” como “los identifica com los principios del derecho”, unidos em uma “misma esencia jurídica, sobre los que pueden imponerse todas las acciones y recursos para rectificarlos, anularlos o substituirlos por su ajuricidad.”¹⁰ Com efeito, os “distintos contenidos de la actividad no pueden dividir su esencia substancial.”¹¹

⁶ Como pregava, ao assemelhar Estado a pessoa privada, BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*, cit., pp. 18-19: “Une ville, un hospice, une fabrique paroissiale sont des personnes juridiques, ont un patrimoine et peuvent avoir l’occasion de vendre, d’acheter, de contracter. Ces contrats faits par les administrateurs sont semblables à ceux que font les tuteurs dans la gestion des biens de leurs pupilles; ils n’impliquent aucun degré de puissance publique.”

⁷ Tal qual defendeu DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*, cit., p. 156: “lorsque l’administration intervient, elle n’intervient jamais comme le ferait un particulier, et cela parce qu’elle poursuit un but propre: le fonctionnement légal d’un service public.”

⁸ Como expôs KLOSS, Eduardo Soto. La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato (a propósito de la distinción contrato administrativo/contrato civil de la Administración). *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 86, mai.-ago./1978, p. 577 e nota de rodapé n. 21: “No porque se utilice por parte del Estado la vía contractual dejará de ser Estado, [...] que persigue como finalidad esencial el interés general, el bien común. [...] el instrumento contractual de que dispone el Estado administrador estará marcado por esa posición.”

⁹ PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 141: “A *utilitas publica* (= interesse público) impõe-se, como *telos* imperativo e categórico, não só às relações jurídico-administrativas, mas a todas as relações que se queiram realmente jurídicas. Ou o Direito é sinônimo teleológico do interesse público, ou é a entronização irracional do arbítrio.”

¹⁰ FIORINI, Bartolome A. *Teoría de la justicia administrativa*, cit., pp. 105-106.

¹¹ Idem, p. 105.

Assim é que, para além do “influxo de uma finalidade cogente”,¹² a relação jurídica própria da Administração Pública, que lhe acompanha onde quer que esteja e com quem quer que se relacione, é aquela que se vê regida, zelosa e permanentemente, pelos princípios jurídicos derivados do interesse público, “mais afeiçoados à Administração Pública”, de cuja peculiar harmonia “se desenha o perfil autônomo do regime administrativo.”¹³

De forma elucidativa, Juarez FREITAS ressalta que

as relações de Direito Público são aquelas primordialmente regidas pela totalidade dos princípios, das normas e dos valores juspublicistas em seu conjunto. De um modo peculiar, a relação jurídico-administrativa será aquela que, em face da presença da Administração Pública num dos pólos, ou em ambos, possui a sua regência orientada por especiais princípios, normas e valores, que devem nortear a atuação dos agentes públicos e dos administrados.¹⁴

Sobreleva a importância de tais princípios, sejam eles explícitos (e.g. moralidade, art. 37, *caput*, da Constituição) ou implícitos (e.g. segurança jurídica, derivada, dentre outros, do art. 1º, *caput*, também da Constituição), tanto porque deles irradiam, diretamente, deveres a serem observados pela Administração Pública,¹⁵ como porque a partir deles se haverão de interpretar todos os demais dispositivos legais e contratuais de regência da relação jurídica, dando concreção ao regime jurídico aplicável a uma dada situação.

É necessário aqui assimilar, de forma responsável, que textos normativos não se confundem com norma. Aqueles são dispositivos do discurso das fontes do Direito; esta, enunciado do discurso interpretativo, portanto fruto da interpretação, depois de cujo processo cognitivo-decisório adquire sua verdadeira feição prescritiva.¹⁶ Quer

¹² LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre: Sulina, 1964, p. 51.

¹³ PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico*, cit., p. 144.

¹⁴ FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 11.

¹⁵ Tenha-se por exemplo bastante a indispensável proteção da confiança do particular, a impedir até mesmo a revogação de atos administrativos ampliativos sem que se tenha verificado a quebra das circunstâncias fáticas que compunham a sua base objetiva. Nesse sentido, ver MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, pp. 203-206 *et passim*.

¹⁶ Sobre o assunto, consultar GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 63 e ss.

isso dizer que o regime jurídico, composto por prescrições normativas, tem seu conteúdo concreto condicionado pelo plexo de princípios a que se vê circundado o intérprete, podendo alterar quando alterados estes,¹⁷ ainda que idênticos fossem os textos normativos interpretados. Daí o prudente alerta de Carlos MAXIMILIANO:

A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo; além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam. O que não partir desse pressuposto, *essencial* à boa Hermenêutica, incidirá em erros graves e frequentes.¹⁸

Dando mais concreção às ideias aqui expostas, significa dizer que, mesmo quando a Lei nº 8.666/93 faz remissão às “disposições de direito privado” (art. 54) ou refere que a regência de determinados contratos pode se dar, “predominantemente, por norma de direito privado” (art. 62, § 3º, inciso I), ainda assim o regime contratual estabelecido entre a administração e o contratado será de direito público, pois que qualquer manifestação concreta da Administração se faz acompanhada do influxo cogente dos princípios administrativos.¹⁹

5.2. Por um processo contratual administrativo: instrumento de formação de relações jurídicas administrativas com espectros de mais ou menos prerrogativas, mais ou menos sujeições

DUGUIT, ao tratar da antiga dicotomia entre atos administrativos materiais (ou operações materiais administrativas) e atos jurídicos administrativos (aqueles que, por si só, fazem nascer direitos e obrigações), já alertava que, “[m]uito frequentemente, elas [as operações materiais] são a preparação de um ato administrativo jurídico; elas constituem as condições de forma exigidas para a validade desse ato e assim elas fazem parte do ato ele mesmo. Muito frequentemente também essas operações são a execução de um ato administrativo jurídico e se conectam assim diretamente a

¹⁷ Vale lembrar que “os (sobre)princípios exercem uma *função interpretativa*, na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 98.

¹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 303.

¹⁹ Nesse sentido, FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*, cit., pp. 167-168 e 171-172.

ele.”²⁰ A intuição é da mais alta relevância: a disposição ordenada e lógica de atos liga-os em seu desígnio comum, um condicionando e sendo condicionado pelo outro.

A partir dessa ideia, DUGUIT pode formular a noção de *procès administratif* como sendo “todo processo que possua uma questão relativa ao funcionamento de um serviço público”.²¹ Se substituirmos o elemento serviço público por atividade contratual regida pelo influxo cogente dos princípios administrativos, é possível desenhar a noção preliminar de processo contratual administrativo, a representar a dinâmica de atos praticados com vistas a criação e realização de vínculos negociais, regidos de ponta a ponta, de fio a pavio, pelo conjunto dos princípios de direito público.

Semelhante noção encontraria fortes subsídios na doutrina que explica a “obrigação como processo”, “como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento”. Essa relação obrigacional, trazida à vida em meio a um verdadeiro *processus*, abrange “todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários, dependentes e independentes), obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas”, desenvolvendo-se nas mais várias fases “que entre si se ligam com interdependência.”²² Seria compatível com a noção de um processo contratual administrativo a possibilidade de aglutinarem-se atos preparatórios de maior ou menor rigidez, posições jurídicas mais ou menos igualitárias, a posicionar cada relação jurídica em um espectro de mais ou menos prerrogativas, mais ou menos sujeições, mas sempre em regime jurídico-administrativo.

Roberto DROMI defende ideia semelhante ao dizer que o “régimen jurídico regulador de la actividad administrativa contractual es uno y único”. Elenca, como razões a tanto, dentre outras, a unidade da personalidade do Estado, a distinção unicamente de grau no que diz respeito às vinculações jurídico-públicas a que estão sujeitos os contratos e a inexistência dos chamados atos privados da administração.

²⁰ DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*, cit., p. 166: “Très souvent elles sont la préparation d’un acte administratif juridique; elles constituent les conditions de forme exigées pour la validité de cet acte et ainsi elles font partie de l’acte lui-même. Très souvent aussi ces opérations sont l’exécution d’un acte administratif juridique et se relie ainsi directement à lui.”

²¹ Idem, p. 167.

²² COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2007, pp. 17-20.

Conclui que os “contratos del Estado, *contratos de la Administración o contratos administrativos*, están regidos predominantemente por el Derecho público y con un régimen jurídico único.”²³

Também uma tendência nesse sentido é percebida nos países europeus, em vista da crescente influência das diretivas comunitárias. Segundo nos conta ESTORNINHO, o direito comunitário introduziu nas realidades nacionais “sobretudo regras procedimentais” pré-contratuais, aplicáveis “quer a *contratos administrativos* quer a *contratos de direito privado* da Administração Pública e, por outro lado, quer a entidades administrativas tradicionais quer a entidades públicas sob forma privada.” Refere que, com isso, tem-se um movimento contínuo de “uniformização das regras jurídicas aplicáveis a diversos *contratos públicos*, independentemente da sua natureza ‘pública’ ou não, de acordo com os critérios tradicionais.”²⁴

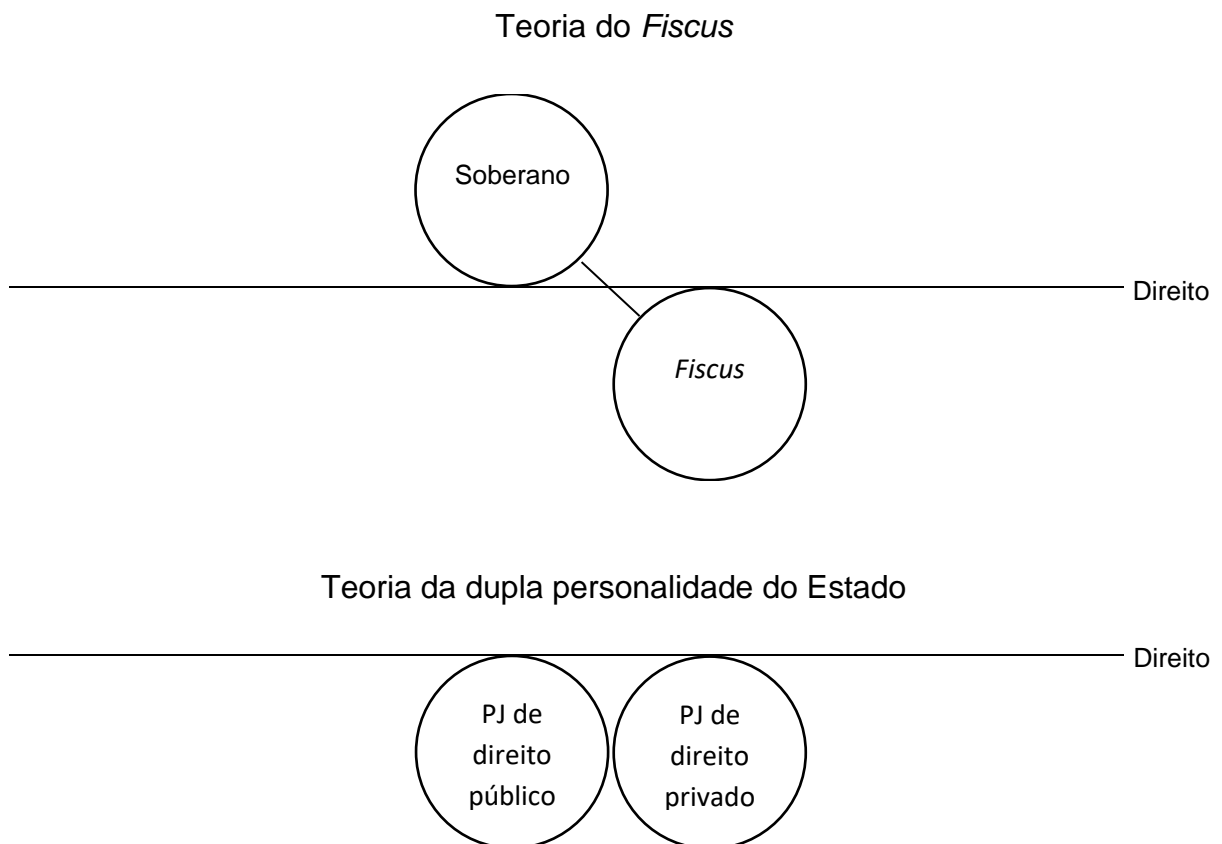
²³ DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*, 10ª ed. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004, pp. 472-474.

²⁴ ESTORNINHO, Maria João. *Direito europeu dos contratos públicos*, cit., pp. 306-307.

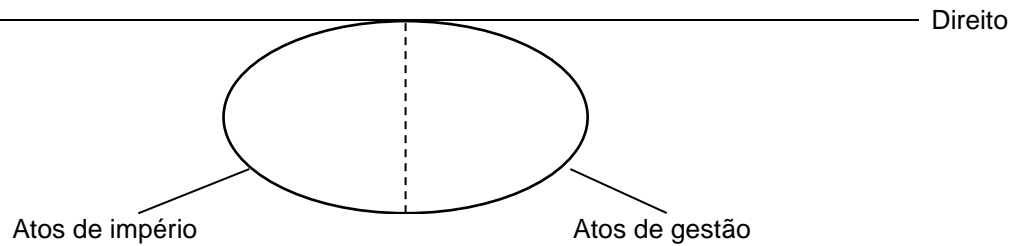
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das raízes da teoria da divisão de regimes dos contratos da Administração foi de grande valia para o esclarecimento da sua identidade e possibilitou, ao final, avançarem-se algumas críticas quanto à sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho, por assim dizer, de “arqueologia” realizado permitiu constatar-se a existência de um certo *continuum* no modo de pensar o Estado e suas relações jurídicas, em fio condutor que liga o *fiscus* ao chamado contrato de direito privado da Administração – fio esse que resistiu às mais diversas superações teóricas.

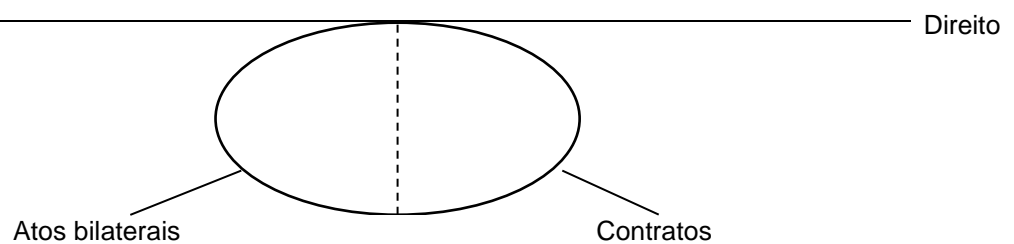
A representação gráfica das teorias analisadas pode ajudar na visualização desse movimento de continuidade a que apenas nos referimos. Apresentamos, abaixo, num esforço de sistematização e de síntese, o modo como vemos a evolução das ideias abordadas no trabalho.



Teoria dos atos de império e de gestão



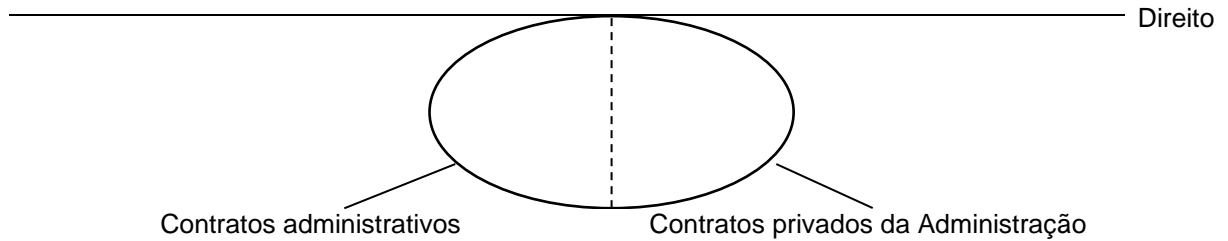
Teoria dos atos bilaterais



Interessa notar que, enraizada no direito romano, manteve-se a tradição de se cindir a parte que age de maneira impositiva da parte que pode ser levada aos tribunais civis para responsabilização. Nesse contexto, não é de causar qualquer espanto a “solução intermediária” adotada, na França, quanto à dualidade de jurisdição administrativa. Muito pelo contrário. Parece bastante natural que, mesmo estabelecido um aparato de justiça administrativa vinculado ao Executivo, algumas das relações jurídicas historicamente vinculadas à atuação “privada” permanecessem sujeitas ao escrutínio do Poder Judiciário.

A diversidade da jurisdição, como visto, colaborou para que se desenvolvesse uma teoria capaz de explicar por que alguns contratos se viam sujeitos à justiça administrativa e outros à justiça civil. Em estreito compasso com as determinações teóricas antecedentes, a teoria da divisão de regimes contratuais da Administração Pública seguiu cindindo os fenômenos de que participava o Estado, agora entre relações mais impositivas e relações mais negociais.

Teoria da divisão de regime dos contratos da Administração Pública



A sobrevivência desse modo de pensar na França e em outros países da Europa continental se explica pelos condicionalismos históricos e, sobretudo, pela vigência de um sistema peculiar de dualidade de jurisdição. Sua importação para o Brasil, contudo, não se mostra adequada à nossa realidade jurídica.

Em nosso País não há, desde a proclamação da República, dualidade, mas sim unidade de jurisdição. Para além de todas as matérias administrativas serem virtualmente sujeitáveis ao exame do Poder Judiciário, releva notar que, cada vez mais, as cartas constitucionais previram instrumentos de defesa dos particulares em suas relações com a Administração Pública, a reforçar a regra da inafastabilidade da jurisdição. Também não há, no plano legal, divisão de competência jurisdicional internamente ao Judiciário com base no tipo de ato jurídico que dá substrato a uma demanda. Em poucas palavras, distinguir entre contratos administrativos e contratos privados da Administração não serve, entre nós, para determinar o tribunal competente para apreciar determinado caso.

De outra banda, a distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração se mostra artificial e equivocada. Artificial, porque malbarata um reconhecido aspecto de identidade dos contratos da Administração, as sujeições administrativas, que goza de posição e valorização privilegiadas em nosso ordenamento. Equivocada, porque anuncia a possibilidade de prerrogativas presumidas que, no fundo, é formulação que ou é inconsistente, ou é contrária ao princípio da reserva legal.

Assim é que, a partir do quanto desenvolvido no decorrer deste trabalho, parece possível avançarem-se algumas conclusões à guisa de considerações finais. São elas, na ordem das hipóteses formuladas na introdução:

(i) Sendo a origem remota da divisão de regimes (administrativo-privado) dos atos estatais a teoria do Fisco, que cumpriu no período absolutista o papel de válvula de escape para a proteção dos direitos dos súditos, impedidos de agir diretamente contra o soberano, a função instrumental (e ideológica) dessa divisão diz com a proteção dos direitos do particular, na medida em que busca trazer o Estado para o mesmo nível jurídico seu (abaixo da linha do Direito). A crescente previsão de amarras jurídico-públicas, contudo, tornou o regime-administrativo frequentemente mais benfazejo ao particular, pelo que o reconhecimento da possibilidade de atuação do Estado sob regime privado pode terminar, paradoxalmente, por vulnerar o particular.

(ii) Constituiu função primordial da teoria da divisão dos regimes contratuais da Administração Pública servir como critério de distribuição de competência jurisdicional entre a justiça civil e a justiça administrativa. Na França, berço da teoria dos contratos administrativos, razões político-ideológicas levaram a uma aplicação do princípio da separação dos poderes no sentido de que o poder de julgar a Administração Pública deveria caber ao Executivo (quanto a boa parte dos seus atos), e não ao Judiciário. Isso não ocorre no Brasil, onde que vige, ininterruptamente, desde a proclamação da República, o sistema de jurisdição unitária. Nesse sentido, a teoria que divide os contratos da Administração Pública entre administrativos e privados não tem aderência à realidade brasileira.

(iii) Uma formulação bastante propagada da teoria da divisão dos regimes contratuais da Administração Pública defende que, nos contratos administrativos propriamente ditos, a administração gozaria de prerrogativas presumidas, independentemente de lei expressa nesse sentido. Cotejada com o sistema constitucional de garantias, contudo, essa teoria se mostra inadequada à realidade brasileira, já que o princípio da reserva legal se impõe a todas as relações jurídicas da administração, vedando incursões sobre a esfera de direitos individuais ao arrepio de expressa previsão legal ou anuência do destinatário.

Dito isso, vimos que a necessária colocação dos princípios de Direito Administrativo no centro gravitacional dos contratos da administração determina que todos, sejam eles constituídos de mais ou de menos prerrogativas, se situem sob regime jurídico-administrativo. Segundo nos parece, portanto, não se afigura correto defender, no Brasil, a existência de contratos de direito privado da Administração. A

origem do texto legislativo a que concretamente se reporta o contrato (se “lei de direito civil” ou “lei de direito administrativo”) importa, para a caracterização do regime jurídico, menos do que o influxo cogente dos princípios de Direito Administrativo, cuja presença condiciona o processo interpretativo e determina o caráter público das normas decorrentes.

Por fim, intuimos ser possível e proveitoso o desenvolvimento de uma noção de processo contratual administrativo, entendido como sequência ordenada de atos, regulados na legislação, que têm início com a regular identificação de uma demanda administrativa, o planejamento da sua adequada satisfação, a busca de fornecedores aptos, sua seleção, a celebração de negócio jurídico visando ao suprimento da demanda identificada e o acompanhamento da execução do contrato com vistas à entrega do melhor resultado à sociedade. Tal ideia, contudo, vai apresentada apenas a título de protocolo de intenções para, quem sabe, recebida a crítica, poder desenvolver-se de forma mais aprofundada.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Competências tributárias**: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista diálogo jurídico**, vol. 1, n. 7, Salvador, 2001.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**, 14ª ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1968.

AUBY, Jean-Marie; DUCOS-ADER, Robert. **Institutions administratives**, 3ª ed. Paris: Dalloz, 1973.

BARBI, Celso Agrícola. Unidade de jurisdição e justiça administrativa no Brasil. **Revista de Direito Público**, v. 19, pp. 130-137, São Paulo, jan.-mar./1972.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. **Do poder disciplinar na administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BERTHÉLEMY, Henry. **Traité élémentaire de droit administratif**, 3ª ed. Paris: Rousseau, 1905.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 2001.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. Direito disciplinar – princípio da legalidade. **Revista de direito administrativo (RDA)**, v. 2, n. 2, 1945, pp. 792-801.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUCKLAND, W. W. **A manual of roman private law**, 2ª ed. Cambridge University Press: 1957.

BURDEAU, François. **Histoire du droit administratif**: de la Révolution au début des années 1970. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

BURDESE, Alberto. **Manuale di diritto pubblico romano**, 2ª ed. Torino: UTET, 1975.

CAMMAROSANO, Márcio. Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo? **Crise e reformas legislativas na agenda do direito administrativo**: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Fabrício Motta e Emerson Gabardo (Coord.), pp.141-152. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**: teoria geral do direito administrativo – direito financeiro – atos e contratos, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948 (v. II).

_____. **Tratado de direito administrativo**: do poder de polícia (final) – da justiça na administração – da responsabilidade do Estado – índices, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951 (v. VI).

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**, 6ª ed., reimpressão. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998 (Tomo I).

CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de direito administrativo**: licitação e contratos administrativos (Tratado de direito administrativo, v. VI; coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**: contratos administrativos, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. O contencioso administrativo na constituição brasileira. **Revista de Direito Público**, v. 19, pp. 37-50, São Paulo, jan.-mar./1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____ (Org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**, 10ª ed. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004.

DUFF, P. W. **Personality in roman private law**, reimpr. Nova Iorque: Augustus M. Kelley, 1971.

DUGUIT, Léon. **L'Etat, le droit objectif et la loi positive**. Paris: Fontemoing, 1901.

_____. **Les transformations du droit public**. Paris: Colin, 1913.

_____. **Traité de droit constitutionnel**, 2ª ed. Paris: Fontemoing, 1921 (Tomo I).

ENTERRÍA, Eduardo García de. La figura del contrato administrativo. **Revista de Administración Pública (RAP)**, nº 41, pp. 99-128, Madrid, 1963.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito europeu dos contratos públicos**: um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Requiem pelo contrato administrativo**, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**: parte general, 12ª ed. (v. I). Madrid: Tecnos, 1994.

FIORINI, Bartolome A. **Teoria de la justicia administrativa**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1944.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1933.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Trad. Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FULLER, Lon L. **The morality of law**. New Haven: Yale University Press, 1969.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, rev. trad. Ênio Paulo Giachini. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

_____. **Warheit und Methode**: Gundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999 (Gesammelte Werke, Vol. 1).

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e contrato**: supremacia do interesse público "versus" igualdade, um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: el acto administrativo, 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

HABERLIN, Martín. **Uma teoria do interesse público**: fundamentos do estado meritocrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

HAURIOU, Maurice. **La gestion administrative**: étude théorique de droit administratif. Paris: Larose, 1899.

_____. **Précis de droit administratif et de droit public**, 8ª ed. Paris: Recueil Sirey, 1914.

JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**, 3ª ed. Berlin: O. Häring, 1914.

_____. **System der subjektiven öffentlichen rechte**. Freiburg: J. C. B. Mohr, 1892.

JELLINEK, Walter. **Verwaltungsrecht**, 2ª ed. Berlin: Springer-Verlag, 1929.

JÈZE, Gastón. **Principios generales del derecho administrativo**: teoría general de los contratos de la administración. Vol. IV. Trad. da 3ª ed. francesa (1934) por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

KLOSS, Eduardo Soto. La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato (a propósito del la distinción contrato administrativo/contrato civil de la Administración). **Revista de Administración Pública**, n. 86, pp. 569-584, mai.-ago./1978.

LAUBADÈRE, André de. **Traité théorique et pratique des contrats administratifs** (Tomo I). Paris: Pichon et Durand-Auzias, 1956.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. Porto Alegre: Sulina, 1964.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLLÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 16ª ed. Paris: Dalloz, 2007.

MACHETE, Rui Chancerelle de. A personalidade jurídica do estado, a relação jurídica e o direito subjectivo público em Gerber, Laband e Jellinek. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D (Org.). **Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral**, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 295-327.

MAFFINI, Rafael. **Elementos de direito administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. **Storia del diritto amministrativo**, 10ª ed. Lecce: Editori Laterza, 2018.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**, 14ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**: parte general (Tomo I), 2ª ed. inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1982.

_____. **Derecho administrativo alemán**: parte especial (Tomo IV), 2ª ed. inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A personalidade do Estado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Direito constitucional**: teoria geral do Estado (Coleção doutrinas essenciais; v. 2). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp.371-390.

_____. **Princípios gerais de direito administrativo**, 3ª ed (Vol. I). São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MICHOUD, Léon. **La théorie de la personnalité morale et son application au droit français**. Paris: LGDJ, 1906 (Parte I).

MIRAGEM, Bruno. **Direito administrativo aplicado**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTESQUIEU, Boron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, 9ª ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**, 9ª ed. Paris: Montchrestien, 2005.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NIGRO, Mario. **Giustizia amministrativa**, 4ª ed. Bologna: il Mulino, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASQUALINI, Alexandre. Ato administrativo: conceito e elementos. In: HEINEN, Juliano; OHLWEILER, Leonel Pires; RAMOS, Rafael (Orgs.). **Fundamentos do direito administrativo contemporâneo**. Porto Alegre: Sapiens, 2017, pp. 128-182.

_____. **Hermenêutica e sistema jurídico**: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RIBEIRO, Manoel. **Direito administrativo**, v. II (Coleção Jurídica Itapoã). Salvador: Itapoã, 1964.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídico de um poder de polícia administrativo à brasileira. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, n. 22, Porto Alegre, 2008, pp. 84-96.

RODRÍGUEZ, Arturo Alessandri; UNDURRAGA, Manuel Somarriva; HAKLICKA, Antonio Vodanovic. **Tratado de derecho civil**: partes preliminar y general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

ROMANO, Santi. **Principii di diritto amministrativo italiano**, 2ª ed. Milão: Società Editrice Libreria, 1906.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SALON, Georges. Gaston Jéze et la theorie generale des contrats administratifs. **Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique**, n. 12, pp. 71-86, Paris, 1991.

SAVIGNY, M. F. C. de. **Traité de droit romain**. Trad. M. Ch. Guenoux (Tomo II). Paris : Firmin Didot Frères, 1855.

SCHULZ, Friz. **Principios del derecho romano**. Trad. Manuel Abellán Velasco. Madri: Civitas, 1990.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Fundamentos de direito público**, 4ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na administração pública contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WEIL, Prosper. Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés. **Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos**. Paris: Durand-Auzias, 1974.

ZERPA, Reinaldo Chalbaud. **Estado y política**, 2ª ed. Merida: Universidad de los Andes, 1978.

