

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO: REFLEXOS SOBRE A CONTRATUALIDADE PÚBLICA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ITALIANO E BRASILEIRO

*Vinicius Marins**

SUMÁRIO: *Introdução* – 1. O Direito Administrativo em transformação 1.1 O Direito Administrativo e suas fronteiras 1.2 A erosão da supremacia do Direito Administrativo 1.3 A crise da dicotomia direito administrativo X direito comum 1.4 A administração e os modelos multiorganizativos – 2 *Contratos da administração italiana: os “dois níveis em crise”* 2.1 Os “dois níveis na administração italiana: construto monolítico 2.2 Contratos e procedimentalização: a “evvidenza pubblica” 2.3 A “série negocial” 2.4 Direito Comunitário e contratos da administração italiana 2.5 A administração italiana contratualizada: um breve balanço – 3 *Contratação administrativa no Brasil: regime único?* 3.1 Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão: fuga velada ao direito privado – *Conclusões* – *Referências*.

RESUMO

O artigo examina o impacto de recentes transformações no regime jurídico-administrativo sobre a matéria dos contratos públicos em duas tradições jurídicas distintas: a italiana e a brasileira. O risco de uma nociva “fuga ao direito privado”, como alertado pela doutrina germânica

* Professor de Direito Econômico na Faculdade de Direito da UFMG, Mestrando em Direito Econômico pela UFMG, Pesquisador do CNPq e Advogado

(“das flucht aus privatrecht”), compõe o eixo central da análise, de onde exsurge importante alerta sobre os mecanismos engendrados nas duas tradições para contornar o problema.

ABSTRACT

The article examines the impact of recent transformations in the legal-administrative regime on substance of public contracts in two distinct legal traditions: Italian and the Brazilian. The risk of a harmful “escape to the private law”, as noted in the germanic doctrine (“das flucht aus privatrecht”) composes the axle central office of the analysis, of where comes important alert on the mechanisms produced in the two traditions to skirt the problem.

INTRODUÇÃO

Muito embora constitua dos mais joviais membros da enciclopédia jurídica, o direito administrativo tem sua breve história marcada por diversos ciclos de transformação e crise, num contínuo movimento em que se acumulam influências exógenas e adaptações internas no âmbito deste subsistema jurídico.

Trata-se de uma idéia de mutabilidade que vem ínsita na doutrina de vários influentes professores: LEON DUGUIT, em 1913, já asseverava a necessidade de uma “*transformation particulièrement profonde et active*”¹ no direito público; também CHARLES EISENMAN assinalou, na metade do século passado, a “*immensité des transformations qu’a subies le droit administratif*”, o que impunha uma “*nécessaire revolution doctrinale*”². Reformas ou revoluções geralmente desencadeadas diante dos desafios da ciência jurídico-administrativa na resolução dos problemas de sua época.

O contrato administrativo pode ser visto como exemplo de instrumento engendrado – ou mesmo artificialmente criado pela doutrina, como prefere MARIA JOÃO ESTORNINHO³ – diante de um quadro de esgotamento dos modelos publicísticos “tradicional”. É recurso que surge e ressurgue principalmente em momentos de insatisfação, marcando

1 DUGUIT, Leon. Les transformations du droit public. Paris, 1913 *apud* CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2002, p.28.

2 EISENMAN, Charles. Cours de droit administratif. Paris, 1929 *apud* CASSESE, *op. cit.*, p. 29.

3 ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 23.

ruptura com a plêiade de categorias majoritariamente utilizada pelos administrativistas.

Neste sentido, representou mudança quando do advento do Estado Social, em que a “administração de prestação” teve de abrir mão de seu poder de mando “unilateral” (utilizando a expressão no sentido empregado por OTTO MAYER) para valer-se de instrumentos consensuais de ação; foi, no Brasil, estandarte de um movimento de parcerização da administração que teve início com a concessão de serviços públicos, no final do século XIX, e que hodiernamente se afirma com mecanismos avançados de estratégia concertada entre o Estado, a Sociedade e o Mercado, como é o caso das divulgadas e controvertidas Parcerias Público-Privadas (PPP).

Esta atividade concertada do Poder Público, tanto no Brasil como no exterior, vem levantando discussões sobre “um novo modelo de administração”⁴, em que vingam os princípios da diferenciação, da diversidade, da lógica de mercado e da utilização cada vez mais freqüente de instrumentos privatísticos de ação. Bem verdade, o recurso maciço aos contratos e a “fuga para o direito privado”⁵ são fenômenos que na atualidade colocam em questão a própria identidade do direito administrativo fincado em seu arcabouço franco-europeu. É pela figura do contrato administrativo em suas modernas feições que os estudiosos da seara administrativa revisitam os alicerces da própria ciência.

Caberia a argumentação de que não se trata de uma discussão nova, ao menos em seus contornos mais sobressalentes. Entre os alemães, como noticia ESTORNINHO⁶, grassou imensa celeuma sobre a possibilidade de utilização, pelo Estado, de esquema que seria repugnante à essência do Direito Público – fundado na unidade, no centralismo, na hierarquia e na autoridade – no que só poderia ser empregado pela Administração quando esta travasse relações de Direito

4 Trata-se de idéia exposta por Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira no trabalho *Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos*. Disponível on line em www.fd.uc.pt. Acesso em 28.10.2004.

5 A idéia, de origem alemã, é analisada por Maria João Estorninho em sua tese de doutoramento, *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

6 ESTORNINHO, *Réquiem*, p. 73. Entre os alemães, como noticia Themístocles Brandão Cavalcanti em sua *Teoria dos Atos Administrativos* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973) um “sentido civilista não interessaria ao Estado cuja situação de predominância diante do indivíduo é manifesta e se verifica em qualquer contrato realizado para a prestação de serviços públicos” (p. 252).

Privado⁷, sem que houvesse, de tal modo, ruptura com os fundamentos publicísticos. Em verdade, tais considerações fazem remontar a uma indagação anterior, sobre se constituiriam os contratos tipologias próprias de teoria geral do direito ou construções de direito privado⁸, o que não nos cumpre discutir nesta sede.

De fato, admitida a origem processual do contrato administrativo⁹, manifesta pela disputa entre o poder judicial e o poder administrativo no seio da França pós-revolucionária (final do século XIX), grande ensejo desponta para discutir-se acerca de uma autonomia substancial dos contratos públicos em relação aos acordos celebrados na esfera particular.

Tal debate sobre a própria ontologia de um regime contratual da Administração Pública veio a instalar-se também no Brasil. De acordo com a lição de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, inexistiriam os contratos de direito público, uma vez que seu regime jurídico estaria disposto unilateralmente por textos legais e atos complementares de emanção estatal, sem qualquer origem bilateral:

Contratual, destarte, não é o ato jurídico administrativo da concessão, pelo qual a Administração Pública delega ao administrado a execução de obra ou a prestação de serviço público, sujeito à sua regulamentação. Contratual é tão-somente o acordo de vontades sobre a equação econômico-financeira desses atos jurídicos, porque inalterável pelas partes, que se obrigam a respeitar o ajustado a respeito. Mas aquele é o ato jurídico administrativo principal, este apenas envolve cláusula adjeta. Jamais especifica o ato administrativo, simplesmente o completa, na regência de

7 ESTORNINHO, *Réquiem*, p. 42.

8 Para trazer à tona o debate, cabe ilustrar que Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito* (São Paulo: Martins Fontes, 1999), já discorria sobre a categoria dos contratos enquanto fontes de normas individuais e concretas, desvinculando-as de qualquer liame com o direito privado: “O negócio jurídico de longe mais importante no Direito moderno é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral chamado contrato. O fato contratual consiste nas declarações de vontade concordantes de dois ou mais indivíduos, as quais vão dirigidas a uma determinada conduta destes” (p.286).

9 É o que nos informa Estorninho (*Réquiem*, p. 25), verbis: “É extremamente curioso, se não mesmo incompreensível, que esta seqüência cronológica ‘autonomização processual/autonomização substantiva’ (aceite pacificamente pela doutrina para a relação geral entre a jurisdição administrativa e o Direito Administrativo) seja, simultaneamente, ignorada ou até subvertida em relação à actividade contratual da Administração!”

seu aspecto patrimonial, como ato jurídico complementar. Só aí se configura a relação jurídica contratual.¹⁰

Trata-se, sem embargo da autoridade e coerência dos argumentos, de posição minoritária. O discurso predominante na doutrina nacional assume a contratualidade administrativa como reflexo da ampliação dos limites do Estado Democrático de Direito, caracterizando de forma latente a ação do Poder Público num novo paradigma de direito político. Esta parece ser a posição de MARÇAL JUSTEN FILHO:

Como todo poder é de titularidade do povo, o exercício das competências públicas torna-se cada vez mais sujeito à negociação com a comunidade. Assiste-se a um fenômeno muito peculiar, consistente na organização da sociedade civil. Surgem entidades privadas que se interpõem entre o Estado e a Sociedade. Os poderes públicos deixam de ser exercitados autoritariamente e a democracia se manifesta com concordância das decisões públicas com os interesses concretos da comunidade. Daí a crescente importância do instrumento contratual, que tende a substituir amplamente as figuras unilaterais.¹¹

No presente trabalho procuraremos ingressar no debate acadêmico sobre os contratos administrativos. A partir de texto recente do Professor SABINO CASSESE, "*Le Transformazioni del Diritto Amministrativo dal XIX ao XXI secolo*", publicado em 2002 na "*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*", discutiremos como a definição das novas feições do direito administrativo neste início de século pode contribuir, se não para apresentar propostas peremptórias, aos menos por levantar novas questões sobre esta já problemática categoria de direito público.

Como ponto de partida, assumimos que as colocações de CASSESE, conquanto elaboradas em torno do sistema jurídico italiano, destacam-se não só pela percepção de questões jurídicas das mais candentes, como ao mesmo tempo nutrem a marca da abrangência (ou até mesmo

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO. Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio: Forense, 1969, p. 611.

¹¹ JUSTEN FILHO. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 36.

universalidade), servindo como pano de fundo ao debate sobre a contratualidade administrativa brasileira.

Ao ensejo da discussão com o professor peninsular, desenvolveremos análise de direito comparado, observando como o influxo de novas questões interfere e marca de forma diversa o direito administrativo na Itália e no Brasil¹². Se lá os chamados “dois níveis”, consagrados legislativamente, tendem a esmaecer diante de um trabalho rigoroso da doutrina e da jurisprudência, que vêm acoplando à atuação da administração inderrogáveis vinculações jurídico-públicas, por aqui, num movimento que nos parece oposto, a “fuga ao direito privado” parece alastrar-se de forma velada, embutindo-se na prática pretoriana e num discurso acadêmico de “publicização irrestrita dos contratos da Administração”.

Ainda longe de soluções definitivas, a ilustração é relevante para demonstrar como o contrato administrativo pode figurar, concomitantemente, como causa e estandarte de um movimento recente e ainda em curso, sem perder de vista que *“lo studioso del diritto amministrativo se non vuol diventare mero narratore o cronista, deve riuscire a cimentarsi con il diritto in cambiamento, cogliendole la direzione”*¹³.

1 O DIREITO ADMINISTRATIVO EM TRANSFORMAÇÃO

O trabalho de SABINO CASSESE veio a nosso conhecimento através de indicação do Professor JUAREZ FREITAS, que em recente argüição de tese doutoral na Faculdade de Direito da UFMG cuidou de destacar a sua imensa atualidade, bem como as suas possibilidades de alusão, com óbvias ressalvas, à sistemática brasileira. A referência, por sinal, à obra de CASSESE, tem sido constante entre os estudiosos de direito administrativo. De fato, o professor italiano se posiciona como interlocutor ativo na argumentação européia, principalmente no que atine à formação de um direito administrativo comum, a partir da influência cada vez

12 O desafio do direito administrativo comparado é de monta considerável. Como alerta Marco D'Alberti: *“La comparazione si è sviluppata nei territori del diritto privato. È penetrata anche nel diritto pubblico, ma in quest'area ha toccato soprattutto il versante costituzionale e assai poco l'amministrativo. Non è che siano mancati maestri di comparazione nella letteratura amministrativistica classica. Basti ricordare il monumentale Trattato di Anselme Batbie (...)”. Gli studi successivi sono stati però sporadici, e in genere dedicati a problemi particolari”* (Diritto Amministrativo comparato. Bologna: Società Editrici il Mulino, 1992, p. 9)

13 CASSESE, *op. cit.*, p. 40.

mais profunda do ordenamento comunitário sobre os sistemas jurídicos nacionais.

Não é sem ressalvas, no entanto, que convém tratar de um tema como o das mutações do direito administrativo, sob pena de se incorrer no sério risco de resvale para a “*portata retorica*”¹⁴. É de tal modo que o discurso não deve ser apresentado em termos objetivos, porém sempre acompanhado de uma análise no sentido de como estas mudanças são individualizadas, julgadas e valoradas: “*transformazioni non esistono in sé e per sé, oppure che il punto di vista di chi ne parla é sempre necessariamente relativo e soggettivo*”¹⁵.

O marco inicial do estudo de CASSESE, parâmetro para suas considerações ulteriores, é o direito administrativo situado a partir de 1870, em sua fase de “florescimento”, após um período de “gestação” que se inicia em 1789. A data final de referência é o último decênio do século XX, marcada por verdadeira “*crise du droit administratif*”¹⁶, desencadeada pela lentidão da justiça administrativa, pelo colapso da noção de serviço público e pelas vastas considerações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito.

Cinco, segundo o professor, seriam as características do direito administrativo ao final do século XIX: *i*) uma postura eminentemente nacional, em que os liames com o Estado e com o território caracterizavam espaços indissociáveis de identidade; *ii*) o seu “*caractère dominant*”¹⁷ do qual exsurgem idéias importantes como a superioridade do interesse público, o princípio da legalidade e o poder discricionário; *iii*) a ligação com a noção de “regime administrativo” com a conseqüente fixação de sua especialidade e exorbitância em relação ao direito privado; *iv*) o direito administrativo como instrumento eminentemente governativo, voltado à gestão do poder Executivo e *v*) a especialidade da jurisdição administrativa.

O final do século XX marca o período de ruptura com estes cinco elementos originários, como analisaremos, cada um por sua vez, logo em seqüência.

14 CASSESE, *op. cit.*, p. 29.

15 *ibidem*.

16 BURDEAU, F. Histoire du droit administratif. Paris, 1995, p. 459

17 AUCOC, L. Conférences sur l'administration et le droit administratif. Paris, 1885, p. 27, *apud* CASSESE, p. 32.

1.1 O direito administrativo e suas fronteiras

O tradicional “Estado-Nação” já não é mais arena exclusiva do direito administrativo, que agora se insere na “era do direito global”, em expressão utilizada pelo Professor da PUC/SP, CARLOS ARI SUNDFELD:

Eis, então, o direito global: a) variadas cadeias de normas, algumas geradas no “mercado jurídico interno”, outras tantas de origem externa (diga-se: de diferentes origens externas); b) uma complexa estrutura de órgãos, uns estatais, outros internacionais, produzindo e aplicando o direito; c) por fim, a mundialização da economia fazendo valer os seus interesses, tanto forçando a reforma dos Estados e impondo-lhes organização, como impondo novas regulações para cada tipo de assunto.¹⁸

Cuida-se de uma tendência que se alastra principalmente no ambiente europeu, com a integração cada vez mais intensa entre administrações nacionais e supranacionais manifesta através da supervisão comunitária sobre a independência das autoridades reguladoras, da ruptura do liame tradicional entre nacionalidade e função pública e da disciplina comunitária sobre múltiplas matérias administrativas, como ocorre no caso dos contratos. Sobre este último ponto, por sinal, há excelente trabalho de JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, que cuida de asseverar:

En los Estados comunitarios la tendencia unificadora hacia el establecimiento de un mínimo de normas comunes sobre preparación y adjudicación de los contratos públicos, se ha visto impulsada por toda una serie de Directivas comunitarias, a la par que por una notable jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha interpretado dichas normas y ha declarado plenamente aplicables a contratación pública varios de los preceptos angulares del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.¹⁹

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *A administração pública na era direito global*. Disponível on line em www.direitopublico.com.br. Acesso em 20.10.2004. p. 07.

¹⁹ MOLINA, José Antonio Moreno. *Contratos públicos: derecho comunitario y derecho español*. Madrid: Mc Graw Hill, 1996, p. 03.

Importante ressaltar que o processo não é definitivo nem universal, internalizando-se que “*o mercado doméstico de produção e aplicação normativa nem foi extinto nem tende a tornar-se desprezível*”²⁰.

Por outro lado, se a “europeização” do direito administrativo já é uma realidade, o mesmo não se pode dizer dos movimentos de integração da América Latina. Em trabalho sobre as dificuldades de uma comunitarização do direito no âmbito do Mercosul, FERNANDO HERREN AGUILAR alerta para a necessidade de um movimento enraizado culturalmente e que siga impulsionado por processos espontâneos. Ao afirmar o distanciamento de tais pressupostos nos movimentos em curso, AGUILAR sustenta que um dos únicos pontos de uniformidade cultural talvez se caracterize por “*um processo de reforma do Estado profundamente alienado das circunstâncias e dos pleitos dos sistemas sociais, econômicos e jurídicos*”²¹, partindo de modelos concebidos para o atendimento de realidades sociais nitidamente diferenciadas.

E como esta conexão entre direito comunitário e direitos nacionais vem se afirmando na prática diuturna na União Européia e influenciando na reforma de balizas do direito administrativo? Segundo SUNDFELD, em especial a partir do início da década de 90, algumas decisões tomadas pelos órgãos judiciários da Comunidade vieram, por exemplo, a abalar pilares fundados nos “*velhos serviços públicos de regime jurídico afrancesado*”²². No capítulo seguinte teremos a oportunidade de analisar como as posições da Comissão e dos Tribunais da União Européia interferiram direta e incisivamente no regime contratual da administração italiana.

O inegável, como aduz CASSESE, é que o direito administrativo, antes restrito a âmbito estatal, “*é oggi legato a una pluralità di ordinamenti giuridici e di diritt*”²³.

20 SUNDFELD. *A administração pública na era do direito global*. p. 03.

21 AGUILAR, Fernando Herren. Por que um direito comunitário no Mercosul? In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 400.

22 SUNDFELD. *A administração pública na era do direito global*. p. 12. É o que ocorreu na famosa decisão do caso “Höffner vs. Macroston” (Julgado C-41/90) e no caso “Merci Convezionali vs. Siderurgica Gabrielli” (Julgado 179/90), nos quais a Corte de Justiça da Comunidade Européia tratou de imiscuir-se diretamente em institutos de direito público econômico dos Estados membros para afirmar que quando o Estado intervém no mercado, como empreendedor ou investidor comercial, não pode diferenciar-se de outros operadores. Outra posição de relevo fora tomada no caso “Corbeau” (Julgado C-320/91), em discussão

1.2 A erosão da supremacia do direito administrativo

Se outrora a exorbitância era atributo permanente da ação administrativa, hodiernamente esta se coloca como privilégio a ser concedido pela lei, caso a caso. É uma mudança clara de perspectivas: da supremacia e unilateralidade ao consenso e bilateralidade.

Bem aponta, neste sentido, a doutrina de ALBERTO DO AMARAL JR.:

O Direito Público tradicional, que somente conhecera relações de subordinação hierárquica, vê-se agora dominado pela lógica das relações de contratuais na medida em que os contratos semipúblicos celebrados entre partidos, sindicatos, associações privadas e o próprio Estado tendem a substituir a regulamentação legal.²⁴

Alerte-se, que não se trata de um esvaziamento do poder público em confronto com o particular; a tradicional assimetria de fundo ainda persiste. Algumas de suas bases, todavia, ficam remanejadas: o princípio da legalidade merece agora ser repensado a partir de distintos níveis normativos²⁵ (nacionais e supranacionais) e a crescente procedimentalização do curso de atividades do Poder Público passa a reclamar, por ocasião da vivência democrática, o direito de intervenção e defesa por parte das esferas diretamente atingidas pela emanação estatal. Discutiremos este último ponto no próximo capítulo.

sobre o monopólio postal belga, no qual teve lugar a vedação às empresas públicas de ampliarem seu privilégio para abarcar atividades correlatas. O Estado, assinalou-se, não pode lançar mão de monopólios públicos, salvo quando patente a necessidade destes para atendimento de uma necessidade geral, e no âmbito estrito desta atividade. (A íntegra dos acórdãos está disponível no site www.curia.eu.int).

23 CASSESE, *op. cit.*, p. 41.

24 AMARAL Jr. Proteção do consumidor nos contratos de compra e venda, p.80 *apud* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 142.

25 A crise do princípio da legalidade é tema discutido por SUNDFELD (*op. cit.*, p. 09), *verbis*: “A meu ver, o que caracteriza o direito administrativo é a submissão da Administração ao direito, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo nacional. A substituição, por outras, das relações apontadas (por estas: entes internacionais/Administração Nacional e norma internacional/ato administrativo nacional), se de fato provoca choques importantes, não suprime, ao direito administrativo, o caráter de subordinado. Mais importante do que a hierarquização entre lei e Administração é, no modelo do direito administrativo, o dogma de que o ato administrativo é a aplicação de uma regra racional e não de um ato arbitrário, caprichoso. Para esse efeito, sequer importa que, de fato, a lei seja um tanto arbitrária ou que seus termos admitam uma aplicação arbitrária; o dogma da razão (isto é, da não-arbitrariedade) terá de, necessariamente, informar sua incidência, corrigindo-lhe as impurezas”.

1.3 A crise da dicotomia direito administrativo/direito comum

O entendimento de tal fenômeno está umbilicalmente relacionado à compreensão da dicotomia entre direito público e direito privado (*summa divisio*), e de como a preocupação em estabelecer uma divisão rígida entre os dois planos teria passado, segundo ESTORNINHO, por várias transformações no seio da doutrina administrativa. De modo que a questão de saber que tipos de regras aplicar às atividades estatais surge no âmbito do Estado Social, quando doutrina e jurisprudência passam a reconhecer a dualidade de regimes jurídicos aplicáveis à Administração Pública, a qual se expressa, nomeadamente, “na distinção entre gestão pública e gestão privada e na defesa da dicotomia entre contrato administrativo e contrato privado da administração pública²⁶”.

Segundo CASSESE, na atualidade entra em crise a diferença entre direito administrativo e direito comum, passando o primeiro a desenvolver-se, cada vez mais, sob formas privatísticas²⁷. Trata-se de um fenômeno já conhecido pelos juristas que estudaram a “*l'échec du critère unique*” e a “*interaction between the two bodies of law*”²⁸, em que se observaria verdadeiro recuo do regime de direito administrativo em prol da gestão privada de serviços públicos. Com um viés crítico, MICHEL MIAILLE participa da discussão:

Ao pretexto da incapacidade do direito público para ser eficaz nos domínios econômicos e sociais, é o direito privado que se instala em numerosos setores que, no entanto, são governados pelo Estado. Este movimento de transbordamento do direito privado não é mais do que a “privatização do Estado”, quer dizer, a sua submissão cada vez maior aos interesses da classe social que se encontra no topo dele²⁹.

²⁶ ESTORNINHO. *A Fuga para o Direito Privado*, p. 46.

²⁷ Maria João Estorninho analisa esta mesma questão através da alegoria de um “Estado esquizofrênico”. Segundo a professora lusitana, os casos cada vez mais frequentes de interligação (ou mesmo promiscuidade) entre o Direito Público e o Direito Privado, bem como a enorme confusão que na prática existe entre as respectivas formas de organização, atuação e responsabilidade do Estado não levantariam a questão se este estaria a sofrer o estágio mais grave de esquizofrenia. (*A fuga...*, p. 79).

²⁸ CASSESE, *op. cit.*, p. 36.

²⁹ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, p. 155.

Ressalte-se que o esmaecimento das fronteiras entre o público e o privado é tema que vem compondo não apenas o debate de juristas, mas também de vários outros campos do conhecimento. É o caso do filósofo alemão JÜRGEN HABERMAS, que no marco de seus estudos procura demonstrar como as chamadas “liberdades dos antigos” e “liberdades dos modernos” não passariam de “unilateralismos complementares³⁰”, admitindo o erro da dicotomia entre público e privado assimilada pela dogmática quando esta relaciona o privado à defesa dos direitos humanos em contraposição ao público, que guardaria referência à idéia de soberania do povo. Desta forma:

O sistema de direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política.³¹

A crise do paradigma de direito centrado no Estado Social é das principais responsáveis pelo “bombardeamento” desta “grande dicotomia” (NORBERTO BOBBIO). Segundo ESTORNINHO, atualmente (no período que denomina de Estado Pós-Social) o movimento de “privatização” da Administração Pública agrava-se devido à própria crise do Estado-Providência e “*a Administração Pública, qual náufrago que procura agarrar-se à tábua de salvação, tenta hoje desesperadamente reencontrar eficiência, nomeadamente através de fenômenos de privatização e revalorização da vida civil*”³².

Mister ressaltar, todavia, que tal transformação não está a significar uma simples substituição do direito administrativo pelo direito privado. Um mínimo de exorbitância permanece, como adverte Cassese:

La diffusione di forme di collaborazione, cooperazione, consenso tra autorità pubbliche e privati non rende, tuttavia, le posizioni di soggetto pubblico e di quello privato più simmetriche, per cui si ripresenta il problema, noto al diritto

30 HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 149.

31 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 138.

32 ESTORNINHO. *A fuga...*p. 180.

privato, della convivenza di posizione differenzate in rapporti formalmente paritari.³³

1.4 A administração e os modelos multiorganizativos

As duas últimas alterações nutrem vinculação iniludível com as anteriores. Fala-se atualmente, por influência do direito comunitário (no caso europeu), de uma *separação entre política e administração* derivada da exigência de imparcialidade e da ampliação das atribuições públicas, com o conseqüente desenvolvimento de órgãos presumivelmente desvincilhados de interesses sectários ou partidários, como é o caso das agências reguladoras independentes.

O direito administrativo, destarte, é distribuído nas mãos de múltiplos centros de poder, “*ordinate secondo modelli multiorganizzativi, che non dipendono da un unico centro e tra le quali vengono a stabilirsi complicate relazioni definite intergovernative, ma in realtà interamministrative*”³⁴. Perde o seu “caráter governativo” inicial.

O conhecimento e a inserção no debate sobre a crise de idéias tradicionais do direito administrativo é de suma importância, como veremos, para a ponderação sobre o quão insuficientes são as classificações predominantemente utilizadas na explicação do regime contratual da administração pública, tanto na Itália como no Brasil.

A revisão dos conceitos e do próprio discurso empregado na explicação de idéias reputadas inalteráveis afigura-se como solução legítima a partir do momento em que racionaliza a percepção da realidade circundante, hoje extremamente complexa, mutável e não mais vinculada às muitas amarras impostas pelo culto dogmático de categorias já definitivamente superadas.

2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO ITALIANA: OS “DOIS NÍVEIS” EM CRISE

Entre os pesquisadores da história do direito administrativo é nota comum a constatação de que o direito administrativo italiano tem origem peculiar se contrastado junto a outros ordenamentos jurídicos, reunindo consigo um amálgama de duas distintas tradições: a francesa e a alemã.

³³ CASSESE, *op. cit.*, p. 37.

³⁴ CASSESE, *op. cit.*, p. 37.

Em sua abordagem sobre as fases da doutrina administrativista na tradição peninsular, MARIA SYLVIA DI PIETRO ressalta:

O direito administrativo, na primeira fase, sofreu influência da doutrina francesa e paralelamente se inspirou nos esquemas do direito privado. Na segunda fase, já abandonando gradativamente o apego aos métodos de direito privado e à escola exegética, foi assumindo caráter científico, com sistematização própria, embora com influência alienígena, especialmente do direito alemão.³⁵

De modo que, num período que se inicia após a Primeira Grande Guerra, com o alargamento das bases sociais do Estado italiano, ampliação dos seus poderes de gestão e controle dos territórios, bem como pela multiplicação de suas atribuições institucionais, perceptível pela municipalização dos serviços locais, estatização de ferrovias e robustecimento do ensino público,

tutto cambia anche sul piano del diritto utilizzato dalle amministrazione pubbliche. Il codice civile cede il passo ao nascente diritto amministrativo, che si forma in modo differente da quel che é avvenuto in Francia e nelle esperienze angloamericane. Non vi sono analogie com la genesi lenta e continua del *droit administratif*, legata all'ascesa della borghesia e della casta burocrática; le trasformazioni giuridiche italiane sono molta piú rapide (...).³⁶

A postura do sistema jurídico italiano sobre a contratualidade administrativa reflete de forma clara as diferenças entre as tradições francesa e alemã. Segundo OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, duas seriam as posições adotadas naquele país:

Uns entendem possível o contrato de direito público, com referência à função pública e à concessão de obra e de serviço público, se assim qualificados pelo direito positivo, como ZANOBINI e VITTA, e outros não admitem a relação

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18a ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 12.

³⁶ D'ALBERTI. *op. cit.*, p. 128.

contratual entre a Administração Pública e os administrados, em hora como tal qualificados pelo direito positivo como ALESSI e LANDI e POTENZA, pois pretendem o nome não modifica a natureza das coisas³⁷.

Prevalece, todavia, à luz da legislação atualmente em vigor, o entendimento de que não existe um contrato de direito público ou administrativo ontologicamente diferenciado, aplicando-se às relações convencionais da Administração as regras que o Código Civil dedica às obrigações e aos contratos em geral. Constituiriam, na construção de AMORTH e GIANINNI³⁸, exemplos magnos da chamada “*atividade administrativa de direito privado*”, caracterizada pela perseguição de fins publicísticos por intermédio da adoção de instrumentos privados.

Em suma, os contratos da administração regem-se pelo regime de direito comum, aprioristicamente em nada se distinguindo dos contratos firmados pela seara dos particulares, salvo “*alcuni deroghi*” típicas e necessárias à fase de execução do contrato sujeito ao interesse público. Trata-se de construção que se estriba sobre um substrato monolítico, de imensa repercussão pragmática, e sobre o qual se assenta todas a digressão doutrinária sobre os contratos da Administração Pública italiana.

2.1 Os “dois níveis” na administração italiana: construto monolítico

O sistema de contratação administrativa italiana baseia-se num sistema misto, de clara inspiração na *Zweistunfentheorie* (teoria dos dois níveis), “filho imponente” da doutrina jurídico-administrativa, e que constituiu, segundo ESTORNINHO, uma primeira tentativa destinada a enquadrar de forma global a atividade de direito privado da administração³⁹.

Consoante tal construção, engendrada para explicar o sistema germânico de contratos de subvenções no pós-guerra, a relação contratual se dividiria em dois momentos: um ato administrativo (“decisão

37 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *op. cit.*, p. 671.

38 *apud* ESTORNINHO, A *fuga...*, p. 134. Também na esfera do direito privado os autores qualificam a chamada “atividade privada” da administração, “aquela que os poderes públicos exercem para aqueles fins que seriam próprios de um qualquer particular”, nutrido assim um caráter instrumental. A “atividade administrativa de direito privado” é substancialmente administrativa.

39 ESTORNINHO, *Requiem...*, p. 169.

prévia qualificada”) e um negócio jurídico-civil de execução do primeiro, reconduzido à órbita do direito privado. HOERSTER, citado por ESTORNINHO⁴⁰, fala nesses casos de uma “atuação administrativa híbrida” em que o processo de formação contratual é dissecado em duas fases: a de *decisão* (1º degrau), que pertence ao direito administrativo e fase de *execução* (2º degrau), que se desenvolveria segundo o direito privado.

Na Itália este sistema fora apreendido da seguinte forma: uma primeira fase de escolha (“*scelta*”) do contratante, em que se considera aplicável o direito público (chamada *série procedimental*), em vista da posição de supremacia da Administração Pública, que se utiliza de poderes públicos e emana “*provvedimenti*” sujeitando os particulares (procedimento de “*evidenza pubblica*”); e um segundo tronco, que tem início no momento da estipulação contratual e segue até a sua extinção, caracterizada pelo fato de se encontrarem as partes em condições de “*perfetta parità*”⁴¹, todas titulares de direitos e obrigações.

A principal conseqüência da idéia de que as decisões da administração têm caráter jurídico-público é sua sujeição às *vinculações legais da lei do procedimento*, mesmo quando subseqüentemente atua sob formas privatísticas⁴². E por tal razão o pensamento jurídico predominante naquele ordenamento não tem em mira o enquadramento dos contratos da administração num regime ideal, substancialmente identificável; pode-se dizer que o critério primordial para identificação dos contratos típicos da administração italiana é formal-procedimental.

As repercussões de tal desmembramento temporal também são empíricas: cuida-se de definir a governabilidade das duas fases, ora pelo direito público, ora pelo direito privado. Trata-se, outrossim, de criar importante critério de repartição de competência jurisdicional, no chamado “sistema monolítico” dos italianos: as controvérsias sobre os atos no curso do procedimento de “*evidenza*”, precedentes à estipulação do contrato, restariam condicionadas ao juiz administrativo (por atinentes a questões de *interesse legítimo*); por sua vez, as disputas nas fases

40 ESTORNINHO, *op. cit.*, p. 115.

41 MELE, Eugenio. *I contratti delle pubbliche amministrazione*. Terza Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 20.

42 ESTORNINHO, *A fuga...*, p. 113.

subseqüentes pertenceriam ao juiz ordinário (por destacar-se a repercussão sobre *direitos subjetivos*⁴³).

Obviamente, como pode se extrair do rumo das colocações até aqui expendidas, uma tal separação rígida e estanque entre dois períodos, um publicístico e um vinculado ao direito privado, não pode ser assumida diante do estágio das alterações destacadas pela doutrina administrativista nos últimos anos, especialmente no que atine ao desmantelamento de uma separação conceitual entre direito administrativo e direito comum. Como anota GRECO, neste mesmo sentido, tal solução “*em sua aparente linearidade, esconde graves problemas, por vezes não resolvidos, por vezes não avaliados em sua gravidade*”⁴⁴.

Os problemas da construção italiana podem ser analisados a partir das próprias críticas formuladas à idéia de “dois níveis”. Segundo ESTORNINHO é possível apontar as seguintes dificuldades conceituais na construção: a) não é possível estabelecer uma clara separação entre esses dois níveis; b) nem sequer se torna fácil decidir se uma determinada relação pertence ao direito público ou ao direito privado; c) para uma mesma e única relação material de vida, existe uma duplicidade de vias jurisdicionais competentes; d) eventuais dificuldades de saber como repercutem, no segundo nível, as falhas que eventualmente existam no primeiro, e também de saber como reagir em caso de conflito; e) a natureza puramente jurídico-privada do segundo nível da relação fica dependente do direito público, de forma que esse segundo nível não teria um significado autônomo⁴⁵.

43 Augustín Gordillo explica-nos as diferenças entre as idéias de interesse legítimo e direito subjetivo: “(...) há um distinto regime no que se refere àqueles que podem recorrer à Administração ou à Justiça para pedir a extinção de um ato que os afeta. Isto se deriva das noções de ‘direito subjetivo’ e de ‘interesse legítimo’, considerado o primeiro como uma proteção que o ordenamento jurídico outorga de forma exclusiva a um indivíduo determinado e o segundo como uma proteção, algo mais debilitada do que a anterior, outorgada pelo ordenamento jurídico, geralmente a um conjunto determinado de indivíduos em concorrência. No primeiro caso se protege a um indivíduo determinado de forma exclusiva; no outro, a um número de indivíduos de forma conjunta. Quem tem um direito subjetivo pode reclamar o reconhecimento dele, tanto diante da própria Administração, como diante da Justiça; se a Administração não lhe reconhece ser direito, ele pode demandá-la judicialmente para este fim. Além disso, o indivíduo pode pedir não só a extinção do ato que o afeta, em seu direito subjetivo, mas também a outorga das indenizações que sejam pertinentes, pelos danos que tal lhe tenha ocasionado. Quem, pelo contrário, tem um interesse legítimo, unicamente pode reclamá-lo perante a própria Administração (...)”. (In: *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 191).

44 *apud* ESTORNINHO, *op. cit.*, p. 281.

45 ESTORNINHO, *op. cit.*, p. 115-117.

Nesta senda, um sistema de imbricações contínuas e recíprocas entre as duas “fases”, procedimental e executória, pública e privada, vem sendo cada vez mais exaltado por jurisprudência e legislativo italianos. Como informa MELE⁴⁶, a Corte de Cassação vem ampliando a importância do direito privado na primeira fase dos contratos, com o fim de uma “presunção absoluta” de liceidade no comportamento da administração e a imposição inafastável de dispositivos do Código Civil nos “*capitolati*”⁴⁷. E as derrogações são simétricas nas duas fases, diferenciando-se apenas quanto à origem: as da fase privatística seriam derrogações legais, ao passo que as inseridas no âmbito publicístico seriam exceções de caráter jurisprudencial.

Ultrapassada assim a idéia de “direito público” e “direito privado” como conceitos jurídicos *a priori* e prevalecendo cada vez mais o discurso de homogeneização da ordem jurídica, perspectivas como a italiana tendem a desmoronar no altiplano das construções científicas.

Cuidado especial, neste mesmo diapasão, merece o enquadramento da segunda fase, relativa à execução do contrato, numa zona exclusiva e circunscrita aos limites do direito privado. As várias derrogações no regime de cumprimento contratual, tal como se observa na França e no Brasil, são espelho fiel das vinculações jurídico-públicas que estão a nutrir a atividade contratual da administração, não apenas em função de um regime procedimental especial, como também em razão de um regime executivo que impõe várias derrogações ao direito comum⁴⁸.

46 MELE, *op. cit.*, p. 25.

47 Os *capitolati* são atos emanados pela Administração no âmbito dos quais esta predispõe uma série de normas que irão reger a execução contratual. Tem este nome porque é composto de diversos *capitoli*. Podem ser de dois tipos: *generalis* e *specialis*. O primeiro é predisposto por um determinado ente da administração para regulamentar toda uma modalidade contratual; em geral são prescrições sobre garantias contratuais, eleição de domicílio legal ou penalidades. Já os *capitolati specialis* são previstos para um contrato singular, com normas específicas para a sua execução.

48 Poder-se-ia dizer que nesses casos teríamos a incidência de um direito privado especial, ou Direito Privado Administrativo (“*Verwaltungsprivatrecht*”), de construção alemã. Nesta teoria, as vinculações jurídico-públicas não “largam os calcanhares da administração e servem de limite à liberdade de decisão” quando esta realiza funções públicas pela via do direito privado. Segundo Estorninho (*op. cit.*, p. 140), a especificidade do *Verwaltungsprivatrecht* “está em a administração não gozar plenamente da autonomia privada negocial, estando antes sujeita a algumas vinculações, principalmente os direitos fundamentais”.

2.2 Contratos e procedimentalização: a “*evidenza pubblica*”

Os italianos atribuem à *evidenza pubblica* função primordial na identificação dos contratos que se submetem à sistemática jurídico-administrativa. O sentido básico da expressão diz respeito ao fato de que a escolha do contratante, naquela tradição, não seria livre à base de um convencimento decorrente de síntese mental, mas se desenvolve por articulado procedimento, em que todas as fases são típicas e previstas e todo ato responde a uma específica exigência instrumental, de modo que o respeito a esta tipicidade formal-procedimental garanta a objetiva e melhor possível escolha do contratante privado, correlativamente ao bom uso do dinheiro público⁴⁹.

Tal discussão em torno da procedimentalização que cerca a atividade contratual tem especial repercussão, como já consignamos, uma vez considerada a natureza privada atribuída aos contratos da administração italiana, preenchendo o procedimento de formação contratual

una zona pubblicistica dove trasparenza dell'agire amministrativo ed imparzialità nelle scelte che riguardano i contraenti privati sono garantite, così da rendere possibile una verifica della legittimità per iniziativa dei singoli ed un controllo esteso anche al merito da parte dell'autorità sovraordinata o comunque deputata all'approvazione⁵⁰.

Pode-se dizer que a *evidenza pubblica*⁵¹ representa uma série encadeada de atos ou *provvedimenti amministrativi* com quatro grandes momentos: i) a deliberação de contratar (*deliberazione a contrarre*), em que se manifesta a vontade de celebrar do contrato; ii) a escolha do contratante considerado mais idôneo à execução da prestação através de um procedimento de concorrência pública (*gara*) em suas quatro modalidades (*asta pubblica, licitazione privata, appalto concorso e trattativa privata*); iii) a adjudicação (*aggiudicazione*) do contrato à

⁴⁹ MELE, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁰ MASCELLO, Valeria. La motivazione nei contratti ad evidenza pubblica. In: PAOLIS, Mauricio de (coord.). *La motivazione del provvedimento amministrativo*. Padova: CEDAM, 2002, p. 110.

⁵¹ O procedimento ad *evidenza pubblica* segue regulado em seus contornos fundamentais pela Lei de Contabilidade do Estado (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440) e seu respectivo *Regolamento* (R.D. 23 maggio 1924, n. 827).

melhor proposta e *iv*) a aprovação (*approvazione*) e controle (*controllo*) pelas autoridades administrativas competentes.

A deliberação de contratar é ato impulsivo de validade interna, por meio do qual a autoridade competente individualiza o interesse público e autoriza o recurso ao contrato. Não necessita de qualquer formalidade especial para a sua emanação. Junto à deliberação requer-se a expedição de projetos de execução, *capitolati speciali* e pareceres do corpo técnico competente.

A escolha ocorre por algum dos quatro métodos previstos na *Legge di Contabilità*, e sempre é precedida de emanação que confere publicidade ao certame: *bando di gara* ou *lettera d'invito*. Os procedimentos podem ser mecânicos⁵² (*pubblico incanto*) ou negociais (*trattativa privata*); garantísticos, com ampla abertura à apresentação de ofertas, ou fechados, restritos a um número de participantes já previamente cadastrados e habilitados (*licitazione privata*). As hipóteses de insubmissão a tal fase são excepcionais e têm seus substratos de utilização exauridos em lei: é o caso do *cottimo fiduciário*, voltado à execução de serviços “simples ou uniformes⁵³” e dos *servizi in economia*, que servem à realização de trabalhos de manutenção ordinária ou serviços sem elementos organizativos complexos.

A aprovação e o controle constituem condição de eficácia do procedimento de *evidenza*, e segundo M. S. GIANNINI possuem três funções essenciais: verificar a conformidade substancial do contrato com a deliberação de contratar; analisar a conformidade das cláusulas aos *capitolati* e apreciar a oportunidade do contrato.

Como já deixamos antever, o trabalho jurisprudencial do *Consiglio di Stato* vem amenizando o rigor da qualificação publicística desta primeira fase. Julgados recentes, neste sentido, vêm interpretando a interrupção desmotivada da *gara* como verdadeira *culpa in contrahendo*, ensejando a responsabilidade civilística da Administração, sujeita à apreciação da jurisdição comum; outrossim, atribuem a esta mesma

52 Mecânicas são as modalidades de escolha com base exclusivamente na oferta de preço apresentada inicialmente. A *trattativa privata* situa-se no outro extremo: é procedimento de escolha fundado na negociação direta com o futuro contratante.

53 É inegável a referência da expressão aos bens e serviços comuns que autorizam a utilização do “pregão” brasileiro, instituído pela Lei n° 10.520/2002.

autoridade a competência para expedição de sentença constitutiva de contrato nos casos de “promessa contratual” ou “contrato preliminar”⁵⁴.

O condão legitimador do procedimento para uma atividade da administração regulada pelo direito privado também está a se enfraquecer. Como nota ESTORNINHO, é imperativa a necessidade de se compreender que o excesso de formalização conduz a um *automatismo exasperante* dos processos decisórios da administração⁵⁵. A solução procedimental, definitivamente, não mais pode ser considerada na Itália como resposta peremptória para impedir fenômenos como a “fuga ao direito privado” ou sustentar o “sistema monolítico” de repartição de competências jurisdicionais sobre o qual se equilibra o edifício da contratualidade administrativa. O que demonstra que o quadro de vinculações públicas, ao menos nesta seara, deve ampliar seus horizontes.

2.3 A “série negocial”

Finda a etapa do procedimento *ad evidenza pubblica* tem início o período de execução do contrato, “inteiramente” regulado pelo direito civil, em que as partes, segundo o discurso recorrente, “*si trovano in una situazione formalmente e sostanzialmente paritaria con diritto soggettivi e obblighi giuridici da una parte e dall'altra*”⁵⁶.

Não é sem problemas, todavia, que tal construção é recebida entre os estudiosos italianos, tendo sido objeto de algumas construções teóricas. Segundo SANTILLI, a atividade contratual da administração constituiria verdadeiro teste emblemático da autonomia do sistema administrativo, através do qual se verifica a ruptura do equilíbrio fundado na rígida contraposição público/privado⁵⁷.

Em verdade não faltam disposições que permitam à Administração, nesta fase, e com vista à sua plena consecução, atuar em veste autoritária. A doutrina, todavia, permanece firme quanto ao rigorismo de seu sistema:

⁵⁴ MELE, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁵ ESTORNINHO, *A fuga...*, p. 371.

⁵⁶ MELE, *op. cit.*, p. 264.

⁵⁷ *apud* ESTORNINHO, *op. cit.*, p. 280.

Naturalmente, il fatto che si tratta di contratti pubblici non é senza conseguenze, nel senso che la legislazione speciale è intervenuta in più punti a dettare una sorta di regolamentazione speciale, la quale per diversi aspetti deroga allá normativa civilistica. Ma, il fatto che ci siano delle deroghe in ragione della specialità del contratto pubblico non significa affatto che tale contratto sia sottratto alla sua disciplina naturale, che è quella di diritto privato.⁵⁸

GIANNINI aponta alguns dos *provvedimenti* de possível incidência nesta “*vicenda*”: a declaração de denúncia por falta contratual, a substituição do contratado na execução por motivo de urgência ou a revogação da deliberação de contratar. Com este último exemplo, por sinal, trata de demonstrar como os dois níveis do contrato não são estaques, mas podem irradiar efeitos um sobre o outro.

Outras “derrogações” ao sistema de direito privado que são comumente apontadas: *i*) a ingerência da Administração Pública na execução da prestação do *appaltatori* (empreiteiro), nomeando um *direttori dei lavori*, sujeito que acompanha o desenvolvimento da atividade tendente à produção de uma obra⁵⁹; *ii*) o *ius variandi*, poder de modificação quantitativa de máximo 20% (vinte por cento) do valor originário da obra; *iii*) o sistema de *revisione prezzi*, atribuído a ato unilateral da Administração⁶⁰; *iv*) a autotutela em defesa dos interesses da administração, que inclui poderes de rescisão e alteração unilateral; *v*) um rígido formalismo manifesto na derrogação do princípio da liberdade das formas; *vi*) inaplicabilidade das cláusulas *contra*

58 GALLI, Rocco; GALLI, Domitilla. *Corso di diritto amministrativo*. 2v. .3.ed. Padova: CEDAM, 2001. p. 1208.

59 Estorninho (*Réquiem*, p. 126) argumenta que não se trata de uma prerrogativa exorbitante da administração, substancialmente distinta da existente no contrato de empreitada previsto no Código Civil.

60 Segundo Greco (*apud* Estorninho, *A fuga...*, p. 282), “*As perplexidades que tal sistematização suscita são ainda acrescidas quando confrontada com a qualificação e reconstrução oposta que a jurisprudência acolhe (...) em relação a um instituto específico da fase de execução. Trata-se da revisão de preços nas empreitadas de obras públicas, às quais a jurisprudência atribui a natureza de ato (...) pressupondo uma posição de interesse legítimo (...) competência do juiz administrativo*”; assim, parece haver maiores razões quanto a outros institutos como a rescisão unilateral da Administração ou a resolução por culpa do empreiteiro: “*trata-se de institutos que, pela sua natureza unilateral e restritiva da esfera jurídica de outrem, evocam com maior imediatismo conotações tipicamente providimental*”.

stipulatorem; vii) a prevalência da literalidade na interpretação do contrato⁶¹.

Trata-se de um “regime exorbitante”, como é possível notar, que pouco difere daquele identificado pela doutrina de tradição francesa: um ambiente especial que rodeia o contrato e é manifesto por “sinais exteriores diversos⁶²” dos encontráveis na execução de acordos celebrados na esfera dos particulares.

A doutrina italiana abriu mão de uma solução engenhosa para explicar tais derrogações ao regime contratual de direito comum: a categoria dos direitos potestativos. Assim,

il fatto che ci siano delle deroghe in ragione della specialità del contratto pubblico non significa affatto che tale contratto sia sottratto alla sua disciplina naturale, che è quella di diritto privato.

Pertanto, tali deroghe (che sono normalmente delle posizioni di maggiore forza e garanzia per il committente pubblico rispetto all'altra parte) vanno considerate soltanto come tali e, pertanto, operanti in un sistema complessivo che è e resta quello di diritto privato, per cui al massimo esse possono far assumere ad alcune situazioni soggettive riconosciute all'Amministrazione pubblica la natura di diritti potestativi (che è versione privatistica dell'analogia situazione soggettiva che in diritto pubblico si denomina potestà) senza che invece possa parlarsi di un diverso regime normativo (...).⁶³

De ver-se que, apesar de todas as precitadas “derrogações”, comumente apontadas, a solução alvitada pelo direito italiano veio no sentido de não enquadrar tais previsões no âmbito do direito público, mas exclusivamente no seio de um direito potestativo da Administração, do qual poderia também abrir mão o particular no curso da relação contratual. Nesse ponto, definitivamente, os italianos parecem sustentar-se em solução de inspiração alemã.

61 GALLI, *op. cit.*, p. 1209.

62 PROSPER WEIL *apud* ESTORNINHO, *Réquiem...*, p. 100.

63 MELE, *op. cit.*, p. 266.

Por sua vez, contudo, a possibilidade de atuação autoritária do Estado também na execução do contrato é outro ponto a somar-se na desconstrução do rigorismo empreendido pelos italianos ao separar momentos publicísticos e privatísticos ao mesmo tempo em que se valem do recurso casuístico à previsão de exceções ao regime de paridade.

2.4 Direito comunitário e contratos da administração italiana

As transformações do direito administrativo atingem o problema dos contratos da Administração italiana não somente pelo questionamento da sustentabilidade do sistema monolítico de repartição entre momentos públicos e privados. A influência marcante do direito comunitário, mormente no que tange à contratação administrativa, é dado que não pode ser ignorado pelos que venham a se dedicar ao estudo do moderno direito administrativo europeu. Como nos informa MOLINA,

uno de los ámbitos en que el desarrollo normativo comunitario está llegando más lejos y, consiguientemente, donde la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad se está produciendo con mayor intensidad, es el de la contratación pública.

En un futuro ciertamente próximo, cuando entren plenamente en vigor las últimas Directivas sobre contratos públicos aprobadas por la Comunidad, los procedimientos de preparación, selección y adjudicación de los contratos públicos serán similares en todos los Estados miembros de la Comunidad.⁶⁴

Convém destacar que o principal intuito da regulação comunitária sobre contratos administrativos não é o de harmonização integral de diretivas nacionais sobre matéria, porém o de coordenação dos procedimentos de formalização de contratos públicos, introduzindo um mínimo de normas comuns sobre critérios de adjudicação, publicidade de anúncios nos certames licitatórios e especificações técnicas utilizadas em documentos contratuais.

Dois são os aspectos que parecem centrais a este novo direito comunitário da contratação pública: a abertura dos processos de seleção

⁶⁴ MOLINA, *op. cit.*, p. 33.

à ampla concorrência comunitária e a adequação dos ordenamentos nacionais às diretrizes do Tratado de Maastricht.

Do primeiro ponto destacam-se influências significativas no desenvolvimento de determinadas empresas, regiões da Comunidade e inteiros setores das economias nacionais. A normativa italiana em vigor procurou adaptar tais diretrizes, instituindo a disciplina dos contratos denominados “*sopra soglia comunitaria*” e “*sotto soglia comunitaria*”⁶⁵, submetendo o procedimento “*ad evidenza*” dos primeiros a uma publicidade que procura abarcar todos os países da União Européia, determinando a obrigatoriedade de publicação dos respectivos “*bandi di gara*” em seu Jornal Oficial. Com este mesmo condão observou-se naquele ordenamento a implementação de medidas discriminatórias – como a reserva de contratos ou a prática de condições de preços mais favorecidas – com o intuito de favorecer contratantes de regiões pobres (principalmente os localizados na região do *Mezzogiorno*).

Quanto à aplicação dos princípios do Tratado à dinâmica dos contratos administrativos, as repercussões também são de grande monta. A discussão do princípio da igualdade (art. 6º), por exemplo, relativamente à discriminação entre concorrentes de nacionalidade diversa, veio a provocar manifestação paradigmática do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias⁶⁶.

Não obstante a relevância das disposições precitadas, as diretrizes comunitárias relativas à natureza jurídica do instituto da concessão (“*concessione*”) são, sem reboços, as que maiores impactos provocam no âmbito do direito administrativo italiano. Expliquemos.

A tradição doutrinária peninsular procurou, durante longo período, caracterizar a concessão como ato unilateral de *ius imperii*. Todavia, vários direitos, obrigações, ônus e encargos recíprocos iminentes, demonstravam a existência de relações complexas de cunho organizacional, técnico e econômico, que tornavam o ato concessório, de fato, uma convenção bilateral regulativa destes aspectos.

⁶⁵ Tais modalidades foram instituídas pelo D.Lgs. 157/95, modificado pelo D.Lgs. 65/2000.

⁶⁶ Caso C-3/88, de 05/12/89, Comissão vs. República Italiana, do qual se extrai: “a regra da igualdade de trato não só proíbe discriminações ostensivas, fundadas na nacionalidade, como também todas as formas dissimuladas de discriminação que, aplicando outros critérios de distinção, desembocam ao final no mesmo resultado”.

Assim, nasce entre os administrativistas italianos um novo modelo denominado pela jurisprudência de “*concessione-contratto*” (concessão-contrato), resultante da combinação do procedimento concessório e um acordo bilateral regulatório das obrigações e direitos. Caso se faça necessário um ato preparatório à concessão, este não se constitui em um contrato, porque destes atos não nascem as obrigações, uma vez que são preparatórios para a emanção do Poder Estatal. As relações jurídicas fruto deste ato unilateral podem ser bilaterais, o que, porém, não se confunde com a natureza do ato concessório, que, repita-se, seria unilateral.

A Diretiva 93/37/CEE desmistifica tal abstração doutrinária, conceituando a concessão como um contrato de direito público. Acompanhando tal diretiva, a jurisprudência do Conselho de Estado, seção V, nº 1327 de 13 de março de 2000, entende ser possível a rescisão da concessão. Vem haurindo forças, por tal influência, a corrente contratualista que constrói seus fundamentos na necessidade de criação de um sistema de organização e gestão dos serviços públicos, capaz de dirigi-los e controlá-los, apesar dos mesmos estarem localizados fora do aparato burocrático da Administração, ou seja submetidos à gestão direta dos concessionários.

2.5 A administração italiana contratualizada: um breve balanço

O sistema contratual dos italianos serve-nos como exemplo e alerta para a insuficiência de muitas das teorizações desencadeadas no âmbito do direito público moderno com o afã de abarcar toda a dinâmica atividade da administração. Critérios tradicionais e de reiterado emprego no que concerne à sistemática do contrato administrativo (veja-se a teoria dos interesses, de RABAUULT), são insuficientes para dar respaldo a uma atuação do Estado que vise ao interesse público e se desenvolva sobre matrizes privatísticas, não obstante as muitas derrogações decorrentes da presença da Administração na *vicenda negoziale*.

Sobre este último ponto, aliás, transparece com expressiva clareza a fragilidade da tese de que a administração atua, na tradição italiana, sob um regime típico de direito privado. A posição do Estado nunca poderá ser igual à do particular: a autonomia da vontade de que este último é dotado substitui-se, na esfera administrativa, em vinculação ao princípio da legalidade; a liberdade de forma, prevalente nas relações

entre sujeitos privados, dificilmente existe nas relações de que a administração é parte⁶⁷; além disso, ela está vinculada a determinados fins que a obrigam a adotar meios que o legislador escolheu como os únicos viáveis para a sua consecução.

A insuficiência das pautas explicativas é reiterada pela necessidade de aposições casuísticas ao regime dos contratos da administração italiana, no qual, apesar de adotar-se critério único, fincado em bases de direito privado, persiste-se no aporte de uma rígida dicotomia, talvez pela comodidade pragmática que ela venha sustentar.

A maior ilação, todavia, que podemos extrair da análise dos contratos públicos na Itália é de quão enfraquecida, no rumo das colocações tecidas no capítulo anterior, está a contraposição direito público/direito privado. No caso específico, tal esmaecimento de fronteiras pode ser analisado por uma dupla frente: a jurisprudência peninsular, que cada vez mais cede à constituição de momentos privatísticos na fase procedimental; e a inserção da Itália na órbita de um direito administrativo comunitário, que também vem dando grande respaldo a imbricações contínuas entre institutos públicos e privados. O caso das *essential facilities*, haurido no direito administrativo econômico, é exemplo de visibilidade quanto aos desdobramentos dessa construção⁶⁸.

67 A Lei de Contabilidade do Estado, já citada no curso deste trabalho, determina a obrigatoriedade da forma escrita, como resta clarificado em recente julgado da Corte de Cassação, citado por MELE (*I contratti...*, p. 238): “*Tutti i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione richiedono la forma scritta ad substantiam, non rilevando a tal fine la deliberazione dell’organo collegiale dell’ente pubblico che abbia autorizzato il conferimento del l’incarico o dell’appalto ove tale deliberazione non risulti essersi tradotta in un atto, sottoscritto da entrambi i contraenti, da cui possa desumersi la concreta sistemazione del rapporto com le indispensabili determinazioni in ordine alle prestazioni da eseguirsi e al compenso da corrispondersi; il contratto privo della forma richiesta, ad substantiam è nullo e pertanto insuscettibile di qualsivoglia forma di sanatoria, dovendosi quindi escludere l’attribuzione di rilevanza ad eventua li convalide o ratifiche successive*”. (Cass. Civ, S.U., sentenza del marzo 2001 n. 95).

68 O exemplo da doutrina dos bens essenciais (*essential facilities*) mostra que as categorias de direito privado são colocadas em xeque pela afirmação do Direito Comunitário. Assim ocorre com as decisões que limitam a abrangência do direito de propriedade intelectual, bem como aquelas que obrigam uma empresa detentora de posição dominante num mercado a tornar disponível a seus competidores instalações (inclusive redes) suas que sejam essenciais ao exercício da atividade (v. Caso *Magic vs. BBC*, julgado T-70/89). Trata-se de um nítido processo de publicização, tomado pela perspectiva do Direito Comunitário, de direitos consagradamente privados. No Brasil, a doutrina das *essential facilities* vem ganhando força, principalmente em razão da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), que prevê um regime de compartilhamento de redes entre competidores nos mercados de telefonia.

3 CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA NO BRASIL: REGIME ÚNICO?

Salvo algumas correntes negativistas da possibilidade de atuação contratualizada do Poder público, representadas com destaque pelas teorizações de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO e ODILON CAMPOS ANDRADE⁶⁹, o direito administrativo brasileiro acolhe a tradicional construção da jurisprudência francesa e contempla duas figuras básicas: o *contrato administrativo* e o *contrato privado da Administração*.

Sob o pálio da primeira categoria abrigam-se indiferentemente os contratos regidos por um corpo publicístico de normas e que “*por força de lei, de cláusulas contratuais ou do objeto da relação jurídica situem a Administração Pública em posição jurídica peculiar em prol da satisfação de um interesse público*”⁷⁰, arranjo este que é geralmente determinado pela presença de condições ou cláusulas ditas “exorbitantes”⁷¹. Já o contrato privado da administração seria aquele firmado pela Administração sob as regras de um “direito comum”, interessando apenas mediatamente à satisfação de um interesse geral.

O regime especial de direito público dos contratos administrativos consistiria, de início, na derrogação do princípio de que o contrato constitui-se lei imutável entre as partes. Nesse rumo, o caráter exorbitante que introduz natureza administrativa confere ao poder público uma plêiade de prerrogativas lícitas a revelar a participação no contrato com supremacia de poder. O regime exorbitante, que transborda dos quadros do direito privado por imposição da necessidade de garantia do serviço público, decorre não só de estipulações contratuais expressas, mas é também consectário das determinações legais.

69 Dizia o professor: “*ou o Estado, nesse contrato, fica acima do particular, como poder público, e o contrato não pode existir, ou ele se equipara, para contratar, mas neste caso, despido do poder público, é um particular como qualquer outro, e contrato que fizer nada tem com o direito público*” (Serviços públicos e de utilidade pública. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 96 *apud* ANDRADE, Alberto Guimarães. *Do regime único dos contratos da Administração Pública*, 1989, 154 f. Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo. FD/UFMG).

70 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 560. O autor ainda faz questão de frisar que, não obstante a incidência de cambiáveis imposições de interesse público, devem ser ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

71 Segundo doutrina predominante, as cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, representando poderes da Administração de alteração e rescisão unilateral do contrato, fiscalização e controle da sua execução, aplicação de penalidades, e até, segundo alguns, inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* por parte do particular. Estas características do complexo exorbitante foram amplamente criticadas por Maria João Estorninho (v. *Réquiem...*, especialmente segundo capítulo).

Hodienamente vem se tornando perceptível, sobretudo em doutrina, uma tendência à unificação do regime dessas duas espécies contratuais. Segundo ESTORNINHO, trata-se do segundo termo da dicotomia “desmistificação do contrato administrativo/publicização do contrato jurídico privado”, que vai ter como principal consequência a “uniformização do regime jurídico aplicável aos contratos da administração em geral”⁷². De modo que, mesmo quando atua no seu *ius gestionis*, a Administração não poderia desvincular-se das vinculações jurídico-públicas próprias ao regime administrativo. ADILSON DE ABREU DALLARI tem, a respeito, interessante observação:

Temos dito que a administração é como um Rei Midas. Este, tudo que tocava virava ouro. A Administração, onde toca, publiciza. Se se tem a presença da Administração Pública, tem-se junto, necessariamente, o ingresso do regime jurídico administrativo e a presença das chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum. A Administração é sempre afetada por cláusulas de direito público. Portanto, quando a Administração se relacionar contratualmente com particulares, poderão existir contratos onde haverá uma participação maior de cláusulas de natureza pública, e contratos onde haverá uma participação menor de cláusulas de natureza pública, **mas sempre haverá uma conjugação de direito público e privado**.⁷³

Tenha-se em vista, por sinal, que se cuida de um movimento que vem ocorrendo já há algumas décadas também entre os contratos da órbita particular, com a submissão destes a iniludíveis preceitos de ordem cogente. Como assinalou ORLANDO GOMES, em sua obra clássica sobre contratos:

Para quem vê no conteúdo do contrato simples estipulações, o aspecto novo é que deixou de ser exclusivamente voluntário

72 ESTORNINHO, *Réquiem...*, p. 152. No mesmo trabalho a autora pontifica: “os chamados contratos privados da administração não podem ser considerados absolutamente idênticos aos dos particulares e, pura e simplesmente, ser votados ao esquecimento; o reconhecimento do fenômeno da publicização da actividade administrativa de direito privado obriga a que todos os contratos da Administração sejam encarados em termos idênticos” (p. 184).

73 DALLARI, Adilson. Contrato de obra pública. In Cadernos FUNDAP, São Paulo, 1985 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 147. (grifo nosso).

para se tornar híbrido, preenchido, preenchido, como hoje é, nos mais importantes tipos, por determinação imperativa da lei, de cláusulas que incorporam disposições legais. Outra singularidade a assinalar é que em muitos contratos o conteúdo é unilateralmente determinado. Não se constitui em um acordo entre as partes, emergentes as cláusulas de negociações preliminares (tratativas), mas pela vontade exclusiva de uma delas, cumprindo à outra, se quer contratar, aceitá-las em bloco.⁷⁴

É possível, num contraste com o ordenamento italiano analisado precedentemente, dizer que no Brasil ocorre processo paralelo – no sentido de ampliação das chamadas vinculações públicas (principalmente os direitos fundamentais) – que é o da unificação do regime contratual do Poder Público⁷⁵. Todavia, alcançamos por aqui, ainda no plano da digressão teórica, um diferente estágio no que concerne à intensidade das amarras públicas à atuação de direito privado da administração: se entre os italianos permanece um momento privado subjugado por uma fase publicística anterior, no Brasil tende a prevalecer que toda “a base da atividade estaria sujeita ao Direito Público⁷⁶”.

Se observado o direito positivo, percebe-se que se trata de uma postura que ali encontra grande respaldo. Isto porque, a Lei nº 8.666, de 31 de junho de 1993, considera todos os contratos firmados pela Administração como sendo administrativos. Expliquemos.

Tomando-se por base o artigo 62, §3º do citado diploma legal⁷⁷, observa-se que devem ser aplicados a todos os contratos firmados pela Administração os artigos 55, 58 a 61. Tais dispositivos prescrevem não somente normas para a formalização dos contratos como cuidam, outrossim, de definir os contornos das chamadas “cláusulas exorbitantes”,

74 GOMES, Orlando. Contratos. Rio: Forense, 1985 *apud* DI PIETRO, *Do Direito Privado...*, p. 134.

75 Muito embora situado por aqui numa senda oposta que propugna a publicização de todos os contratos administrativos.

76 ESTORNINHO, *Réquiem...*, p. 153. O que não significa que se encontre o Brasil num estágio doutrinário “superior” ou mais avançado do que o alcançado pelos italianos.

77 “Art. 62. (...)”

§ 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;”

cuja sede legal está no sobredito artigo 58. Esta exigência desmistifica grande parte da discussão acerca dos contratos privados do Poder Público, tornando inócuo qualquer esforço taxonômico neste sentido e, com isso, solapando discussões acerca do regime aplicado, pois este será sempre publicístico, por expressa determinação legal.

De forma que, se entre nós os contratos administrativos carregam implicitamente as chamadas cláusulas exorbitantes, como base de seu peculiar regime de execução, o mesmo se estenderia aos contratos privados da Administração, em vista de a própria lei não estabelecer qualquer distinção objetivamente identificável entre as duas modalidades.

Em que pese tal constatação, de inegável efeito para sustentar um movimento de “publicização do privado” na esfera contratual da Administração Pública, parece-nos que o discurso doutrinário e a prática pretoriana vêm acobertando um movimento dissimulado de “fuga para o direito privado” (no sentido utilizado por MARIA JOÃO ESTORNINHO), pelo qual corre o risco de desvencilhar-se o Estado, na dinâmica negocial, das vinculações impostas pelo regime de direito público e pelos reclames do interesse geral.

Traremos à tona um exemplo recente que parece bem ilustrar tal processo: a questão do reajuste de tarifas telefônicas, que eclodiu no primeiro semestre do ano de 2003 e só recentemente foi enfrentada pelos tribunais, que nos leva a indagar sobre os critérios utilizados pelo Judiciário na interpretação dos contratos de concessão.

3.1 Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão: fuga velada ao direito privado

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu questão que ocupara destacável espaço na grande mídia em 2003: o reajuste de tarifas telefônicas autorizado pela ANATEL com base na variação do IGP-DI (Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna)⁷⁸. Discutiu-se, à ocasião, sobre a possibilidade de alteração do critério contratual empregado, de modo que fosse substituído por parâmetro que melhor refletisse a variação de preços ao consumidor, como o IPCA. Diversas demandas foram propostas junto à Justiça Federal, várias delas logrando

⁷⁸ O IGP-DI é índice calculado pela Fundação Getúlio Vargas que toma como principal componente da base de cálculo a variação dos preços de atacado.

êxito em sede liminar, tendo sido, no entanto, derrubadas posteriormente quando da apreciação da matéria por instâncias superiores:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – TELEFONIA FIXA COMUTADA – PLANO BÁSICO DO SERVIÇO LOCAL – REAJUSTAMENTO DE TARIFA - CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA – VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE DA ATUAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA – ESTREITEZA DA VIA DO AGRAVO – EXCEPCIONALIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA POSITIVA PELO TRIBUNAL, NEGADA NA ORIGEM – EFEITO MODIFICATIVO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

I – Da Cláusula 11.1 do Contrato de Concessão de Serviço Público de Telefonia Fixa Comutada, firmado entre, de um lado, a ANATEL, e, de outro lado, a TELEMAR (TELERJ S/A), com fundamento na Lei n.º 9.472, de 16.07.1997, observa-se que, de fato, os critérios de reajustamento das tarifas concernentes ao Plano Básico do Serviço Local restaram expressamente estipulados na avença administrativa, fixado o fator multiplicador de 1,09 sobre a variação do IGP-DI apurada no período de referência como limite teto dos reajustes a serem efetuados, observada a fórmula naquela Cláusula estabelecida.

II – Se os critérios de reajustamento foram estatuídos no Contrato de Concessão de Serviço Público, evidente negócio jurídico, bilateral, forçosamente conclui-se pela inexistência de estipulação unilateral, no caso.

III – Não há como se verificar, de modo apriorístico, na presente via estreita de agravo, se os novos valores referentes (a) às taxas de habilitação de terminais residenciais, não residenciais e de troncos, (b) aos pulsos, e (c) às assinaturas residenciais, não residenciais e de troncos, tomados isolada ou conjuntamente, revelam-se em descompasso com as regras estatuídas no contrato de concessão em tela.

IV – À falta de robusta evidência de irregularidade pela atuação da concessionária de serviço de telefonia na execução do contrato de concessão, regularmente firmado, notadamente no que tange à sistemática de reajustamento de tarifas cobradas aos usuários, não há como, *in casu*, suspender a exeqüibilidade da Cláusula 11.1 do Contrato de Concessão de Serviços de Telefonia Fixa Comutada em tela, mormente por intermédio de excepcionalíssima concessão, pelo Tribunal, de medida positiva, negada na origem.

Embargos de declaração acolhidos. (TRF 2ª Região, EDAG 69511/RJ, 6ª Turma, Data da decisão: 28/11/2003)

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LESÃO À ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA CONFIGURADA. INSEGURANÇA JURÍDICA E RISCO BRASIL AGRAVADO. 1. No âmbito especial da suspensão liminar, cujos limites cognitivos prendem-se à verificação das hipóteses expressas na Lei nº 8.437/92, art. 4º, descabem alegações relativas às questões de fundo. 2. Caracterizado o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica que pode se instalar com a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos firmados com o Poder Público, lesando a ordem pública administrativa e econômica e agravando o risco Brasil, defere-se o pedido de suspensão. 3. Agravo regimental provido. (STJ, AgRg na SL 57/DF, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, DJ 06.09.2004 p. 152)

Os principais argumentos lançados neste último aresto acenam para o fato de que uma intervenção judicial nos índices de reajuste dos contratos administrativos, substituindo indicativos de revisão tarifária consensualmente estipulados entre concessionário e Poder Público, poderia deflagrar ambiente de “insegurança jurídica”, provocando “perplexidade nos investidores” e elevando o “Risco-Brasil”. Mantêm-se, destarte, por decorrência da autonomia negocial e da regular atuação do concessionário, os critérios prefixados contratualmente.

Resta indagar se não seria esta uma construção que, de forma abstrusa, pretenda a institucionalização de um modelo de consensualidade privada no âmbito dos contratos da administração, aplicando-lhes uma metodologia exegética que não se coaduna com a especificidade de seu regime jurídico.

Ao que parece, ao menos liminarmente, tal interpretação do Poder Judiciário olvida vários parâmetros que estão a compor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos, além de não atentar para o fato de que a modicidade de tarifas, garantida constitucionalmente aos usuários de serviços concedidos, jamais pode ser vislumbrada pelos agentes públicos como óbice à consecução de um regime financeiro adequado por parte dos entes concessionários.

De modo que a utilização de principiologia oitocentista (*pacta sunt servanda, lex inter partes*) é instrumento que procura mascarar a cooptação do Poder Público pelos agentes econômicos privados, num modelo de contratualidade em que a interpretação judicial contradiz as bases sobre as quais se construiu no Brasil um discurso tendente à unificação dos contratos da administração, centrado no regime publicista.

Desta forma, a “fuga ao direito privado” e a “privatização do discurso público” parecem ocorrer neste campo não pelo recurso a instrumentos de ação próprios do direito comum, através do qual o Estado se despiria de sua “*persona superior*” para atuar em posição de igualdade com os particulares, mas através da utilização de balizas interpretativas de direito privado já há muito suplantadas.

CONCLUSÕES

1. O conhecimento das transformações do Direito Administrativo neste início de século traz à luz algumas questões relevantes e que interferem decisivamente no enquadramento teórico de muitos de seus institutos, como é o caso dos contratos administrativos. Fenômenos como a inserção do direito interno numa órbita comunitária, a “dessacralização” da supremacia do Estado e a superação da dicotomia direito administrativo/direito comum são decisivos ao enfrentamento adequado dos problemas que exurgem na seara publicística contemporânea.

2. Em se tratando de contrato administrativo, todas essas alterações provocarão uma mudança estrutural na sua forma de compreensão. Pode-se dizer, nesta senda, que este instituto figura como verdadeiro estandarte das mudanças em curso.

3. O estudo do ordenamento italiano bem ilustra como a dicotomia direito público/direito privado não mais fornece respostas satisfatórias à compreensão do regime contratual. Aos poucos, por influência de doutrina e jurisprudência, vão se descortinando muitos dos desafios gerados por uma separação estanque de momentos publicísticos e privatísticos no curso da ação administrativa, que por ora vão cedendo a formulações excepcionais de momentos em que a imbricação de ambas as searas não se pode conter.

4. A solução alvitrada pelos italianos não é, entretanto, de todo condenável: estando os contratos vinculados à chamada *atividade administrativa de direito privado*, com sua execução regulada à luz de preceitos civilísticos, faz-se mister que se lhe acresçam algumas vinculações públicas, cumprindo o momento procedimental, sob o pálio da teoria dos dois níveis (*zweistufentheorie*), um fundamental papel enquanto critério impeditivo de uma “fuga” absoluta ao regime de direito privado. Ao mesmo tempo, é com fulcro em tal polarização que se estipulam critérios de repartição de competência entre jurisdição comum e jurisdição administrativa: a primeira jungida ao exame de controvérsias surgidas no curso da execução do contrato (*serie negoziale*) e a segunda voltada às discussões sobre “interesses legítimos”, geralmente deflagradas durante a fase *ad evidenza pubblica* (*serie procedimentale*).

5. Como se percebe, inexistente entre os italianos atividade contratual desenvolvida sob a égide pública; sequer cabe, aliás, falar em *contrato administrativo* no âmbito daquela tradição. Os contratos *da administração* são regidos por regras de direito privado com algumas “derrogações”; não se diferenciam ontologicamente dos acordos celebrados na esfera particular.

6. A comunitarização do direito administrativo traz a lume de forma ainda mais latente a precariedade dos critérios tradicionais de classificação da atividade estatal, imiscuindo-se intensamente no âmbito do direito italiano. Como exemplo deste fenômeno temos o contrato de concessão, cujas discussões sobre a natureza jurídica foram solapadas

diante da sua consagração como típico *contrato* pela Diretiva 93/37/CEE.

7. O discurso doutrinário brasileiro parece nutrir uma preocupação similar à dos italianos, tendo lançado mão, todavia, de soluções jurídicas diversas, até mesmo porque a procedimentalização da atividade contratual já é prevista constitucionalmente como exigência para toda Administração Pública. Engendrou-se por aqui o argumento da unificação de regimes dos “contratos administrativos” e dos “contratos de direito privado da administração”, submetendo-os, ambos, a vinculações públicas similares.

8. Na esteira da classificação trazida por MARIA JOÃO ESTORNINHO, é possível dizer que Brasil e Itália encontram-se em fases distintas no que atine às vinculações jurídico-públicas aplicáveis à atuação contratual da administração: entre os italianos prevalece a autonomização de uma fase regulada pelo direito privado, embora sempre precedida de um amplo procedimento publicístico; já no Brasil, embora persista uma dualidade de regimes, ambos tendem a unificar-se sobre uma base de direito público, por influência que deriva inclusive da Lei Geral de Contratações (nº 8.666/93, art. 62, §3º). O que não induz a qualquer conclusão relativamente à eficiência ou evolução de um sistema em relação ao outro.

9. É preciso atentar para que a égide de um discurso contratual assentado no direito público não arrefeça o controle intenso sobre mecanismos de “fuga” velada ao direito privado, como ocorreu na hipótese do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, cuja exegese restou alicerçada em fundamentos do direito contratual remoto, já há muito rechaçados pela reflexão jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR, Fernando Herren. Por que um direito comunitário no Mercosul? In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ANDRADE, Alberto Guimarães. *Do regime único dos contratos da Administração Pública*, 1989, 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2002.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- D'ALBERTI, Marco. *Diritto Amministrativo comparato*. Bologna: Società Editrici il Mulino, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.
- GALLI, Rocco; GALLI, Domitilla. *Corso di diritto amministrativo*. 2v. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2001.
- GORDILLO, Agustin. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- JUSTEN FILHO. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- MASCELLO, Valeria. La motivazione nei contratti ad evidenza pubblica.
In: PAOLIS, Mauricio de (coord.). La motivazione del provvedimento amministrativo. Padova: CEDAM, 2002,
- MELE, Eugenio. *I contratti delle pubbliche amministrazioni.* 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2002.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito.* Lisboa: Estampa, 1994.
- MOLINA, José Antonio Moreno. *Contratos públicos: derecho comunitario y derecho español.* Madrid: Mc Graw Hill, 1996.
- MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos.* Disponível *on line* em www.fd.uc.pt. Acesso em 28.10.2004.
- PAOLIS, Mauricio de (coord.). *La motivazione del provvedimento amministrativo.* Padova: CEDAM, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *A administração pública na era direito global.* Disponível *on line* em www.direitopublico.com.br. Acesso em 20.10.2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Malheiros, 2001.