



EDUARDO CANGUSSU MARROCHIO

*A rescisão contratual por razões de interesse público na tradição
francesa do contrato administrativo e na tradição anglo-saxã do
rule of law*

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Administrativo apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves

Julho - 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

EDUARDO CANGUSSU MARROCHIO

**A rescisão contratual por razões de interesse público na tradição francesa
do contrato administrativo e na tradição anglo-saxã do *rule of law***

*The termination due to public interests on french administrative contract
tradition and on anglo-saxon rule of law tradition*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização Ciências Jurídico-
Políticas/Menção em Direito Administrativo.
Orientador Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves

Coimbra

2018

AGRADECIMENTOS

A solitária tarefa de escrever este singelo trabalho não se realizaria sem o apoio daqueles que nos trouxeram até aqui, dos que nos ajudaram diretamente na empreitada e daqueles que nos estimulam a querer ser melhores versões de nós mesmos.

Assim, agradeço aos meus pais, David e Solange, meu irmão Hugo e minha avó “Nena”, que me trouxeram até aqui e são partes de quem sou.

Agradeço também ao meu Orientador, Dr. Pedro Costa Gonçalves, pelo diálogo e pelas sugestões na elaboração do presente trabalho.

Agradeço, ainda, ao amigo Estevan Pietro, que, desde o primeiro contato, sempre me ajudou quanto aos assuntos do curso de mestrado e da elaboração da dissertação.

Agradeço, por fim, à minha esposa Camila e aos meus filhos Sofia e Benício, os quais alegam a minha vida e me inspiram a querer ser cada dia melhor, uma errata da edição anterior, como diria o velho Machado de Assis...

RESUMO

PALAVRAS-CHAVE: Contrato administrativo. Poderes exorbitantes. Rescisão unilateral. Interesse público. Indenização. Danos emergentes. Lucros cessantes.

Na tradição francesa do contrato administrativo, que exerceu enorme influência em Portugal e no Brasil, afirma-se a superioridade do ente público na relação contratual pelo reconhecimento de poderes exorbitantes, dentre eles o de rescisão unilateral por interesse público. Em face de uma concepção do contrato como um instrumento de equilíbrio, redonda a rescisão unilateral no pagamento de ampla indenização, que contempla o pagamento de lucros cessantes, além dos danos emergentes, não obstante esteja a atuação do contratante público escudada no referido poder exorbitante.

Na tradição anglo-saxã, por sua vez, afirma-se a submissão do ente público contratante ao mesmo *common law* que rege as contratações entre privados. Contudo, concebendo-se o contrato como um instrumento de alocação de riscos, atribui-se ao contratado privado o risco da *termination for convenience*, hipótese que, diversamente do *termination for default*, não enseja o pagamento de lucros cessantes.

O objeto do trabalho consiste exatamente em explorar estas diferenças entre as tradições francesa e anglo-saxã, com vistas a permitir uma reflexão sobre o instituto.

ABSTRACT

KEYWORDS: Administrative contract. “Exorbitant powers”. Termination by the public contractor. Public interests. Convenience of the government. Damages. Loss damages. Anticipatory profit.

According to the french tradition of administrative contract, that influenced portuguese and brazilian administrative contracts conception, the exorbitant powers acknowledged to the public contractor ensure its superiority in the contract. As the contract is conceived in means of balance between the contractors, the termination by the public contractor due to public interests grants the payment of loss damages and anticipatory profits, in despite of being of the exercise of an enshrined exorbitant power.

On the other hand, according to the anglo-saxan tradition, the public contractor is as subject to the common law as a private one. However, as the contract is conceived as a tool of risk allocation, the risk of termination for convenience of the government, other than the risk of the termination for default, is allocated to the private contractor, which means no anticipatory profit is payed.

This work intends to analyse that differences between french and anglo-saxan tradition as a way to offer a renewed view of the institute.

Sumário

1. Introdução	8
2. Administração e contrato	12
2.1. Iguais, mas diferentes: o contrato administrativo à francesa	14
2.1.1. O papel da justiça administrativa	15
2.1.2. Sistematização doutrinária	18
2.1.4. Critérios definidores do contrato administrativo francês	22
2.2. Influência da concepção francesa em Portugal	25
2.3. Influência da concepção francesa no Brasil	29
2.4. Diferentes, mas iguais: a sujeição da Administração pública ao common law.....	33
2.4.1. Reino Unido	34
2.4.2. Estados Unidos da América.....	40
3. Do reconhecimento do poder de resolução unilateral do contrato	42
3.1. Poder de resolução unilateral como expressão do poder de alteração unilateral	46
3.2. Crítica à posição da equiparação entre o poder de resolução e o de alteração unilateral.....	51
3.3. Do poder de resolução unilateral como expressão da prerrogativa expropriatória e sua crítica	52
3.4. Consagração legislativa do poder de resolução unilateral	57
3.5. A (falta de) solução britânica para o conflito entre poderes discricionários e direito contratuais – uma questão contratual	63
3.6. A solução norte-americana dos tempos de guerra para os tempos de paz.....	69
4. Extensão do dever de indenizar por resolução fundada em interesse público	78
4.1. O dever de indenização: uma questão de equilíbrio na tradição francesa.....	78
4.1.1. A igualdade perante os encargos públicos	80

4.1.2. Primazia da responsabilidade contratual	81
4.1.3. A ampla indenizabilidade como corolário do equilíbrio contratual .	83
4.2. Executive necessity, sovereign immunity e repartição de riscos	91
4.2.1. A <i>termination for convenience</i> como causa de não pagamento de <i>anticipatory profit</i> 92	
4.2.2. O modelo padronizado britânico para o não pagamento de lucros cessantes.....	97
5. Conclusão.....	100
Bibliografia	105
Jurisprudência	113

1. INTRODUÇÃO

O poder de rescisão unilateral com fundamento em interesse público dos contratos celebrados pelos entes públicos com os privados é reconhecido, de ordinário, como o poder menos contestado em tema de contratação pública, fundado nas necessidades do bom funcionamento dos serviços públicos, que sequer admite renúncia¹.

Tal concepção, com arrimo na jurisprudência e doutrina francesas, espalhou-se nas legislações de Portugal e do Brasil, as quais expressamente reconhecem ao contratante público o poder de rescisão unilateral com fundamento no interesse público, independentemente de uma expressa atribuição legislativa para tanto. Concebe-se o contrato administrativo, nesta linha, como um contrato entre partes desiguais, tendo como ponto de partida a supremacia dos interesses públicos que vai acabar por ditar uma posição de superioridade do contratante público na relação contratual.

É importante sublinhar, contudo, que esta concepção não é a única, como se nota pela análise das experiências da tradição anglo-saxônica no tema das contratações públicas (*Government contracts*), em que se afirma, em princípio, a submissão dos entes públicos às mesmas regras ditadas pela *common law* para as contratações entre privados, o que redundaria na afirmação da igualdade entre as partes. Mas apenas em princípio, pois, no que importa ao presente trabalho, o direito norte-americano e o britânico não rejeitam a possibilidade de rescisão unilateral por conveniência da Administração.

A escolha da comparação entre as concepções francesa, de um lado, e britânica e norte-americana, de outro, tem fundamento na usual contraposição que se faz de tais experiências como extremos opostos, na medida em que a concepção francesa parte de uma demarcada separação entre direito público e direito privado que não é reconhecida com mesma intensidade pelo sistema anglo-americano. Intensidade que, em tese, é ainda menor nos Estados Unidos da América, vez que não se influenciaram pelo direito administrativo continental que acabou sendo em alguma medida absorvido pelo Reino Unido, via União Europeia².

¹ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª ed. Paris: LGDJ, p. 249.

² DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, p. 32.

Acrescente-se que, como alerta CASSESE³, “Le istituzioni non sono, dunque, solo il prodotto di una volontà, quella del legislatore. Esse sono anche il frutto di un passato (o, meglio, di più passati) e il risultato di commistioni di ordenamenti diversi, tra il quali sono frequenti importazioni ed esportazioni”.

Assim, perfila-se uma longa tradição de comparação, que remonta a Tocqueville, entre dois modelos ideais, os quais deram origem a diversas concepções sobre o direito administrativo e, no que interessa ao presente trabalho, sobre a posição da Administração nos contratos celebrados com os particulares. De um lado, o modelo continental (francês), em que se reconhece a proeminência do poder executivo, a centralização administrativa e a supremacia da igualdade sobre a liberdade. De outro, o modelo anglo-saxão (sobretudo o inglês), que se arrima na supremacia do Parlamento, no *self-government*, no desenvolvimento da igualdade com respeito à liberdade. Naquele, desenvolveu-se de modo inequívoco o direito administrativo, como decorrência da afirmação do poder privilegiado do executivo, passando a uma fase em que se afirmaram valores liberais de garantia dos cidadãos. Mas ambos os modelos experimentaram algum grau de incremento do direito administrativo em razão da emergência de novas demandas prestacionais e intervencionistas que marcaram, em diversos graus, o Estado Social⁴.

No mesmo sentido, a respeito especificamente da distinção entre a tradição norte-americana e a francesa, a comparação feita por COHEN-TANUGI entre uma concepção francesa de, estatista, em que este se submete a um direito e a uma jurisdição separadas (o direito administrativo e a jurisdição administrativa), e uma concepção norte-americana em que o Estado e a sociedade submetem-se às mesmas regras e à mesma jurisdição, sob a ideologia do *rule of law*⁵. De um lado, pois, a sociedade americana como modelo de sociedade contratual, multipolar, que se autorregula, no qual prevalece a micro regulação, o feito sob medida, destacando-se o papel do *lawyer* como profissional comprometido com a prática. De outro, a sociedade francesa, em que predomina o modelo de regulação do

³ CASSESE, Sabino. La costruzione del diritto amministrativo. In: *Trattato di diritto amministrativo – diritto amministrativo generale*. Tomo I. 2ª ed. Milão:Giuffrè, 2003, p. 2.

⁴ CASSESE, Sabino. La costruzione del diritto amministrativo. In: *Trattato di diritto amministrativo – diritto amministrativo generale*. Tomo I. 2ª ed. Milão:Giuffrè, 2003, pp. 5-6.

⁵ COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'état – sur la démocratie en France et en Amérique*. Paris: PUF, 1985, pp. 95-96.

contrato social em torno do qual se une a sociedade para criar o Estado, ao qual delega, por força do citado macro contrato, poderes gerais e absolutos⁶.

Na concepção francesa, opõe-se a esfera pública, que se identifica automaticamente com o interesse geral e com os privilégios que dele decorre, à esfera privada, dos interesses (pejorativamente) individuais, egoísticos, contrários ao interesse público e, portanto, subsidiários à esfera pública (sociedade de Estado). Na concepção americana, prevalece o reconhecimento de uma responsabilidade pública com relação à esfera privada, que confia (e regula) a realização de interesses gerais pelos interesses privados (sociedade sem ou independente do Estado)⁷.

A análise da diversidade da cultura jurídica que opõe *lawyers* e *énarques*⁸, revela que o *lawyer* é preparado para exercer com flexibilidade e criatividade diversos papéis de criação, regulamentação e negociação que, na concepção francesa, tendem a passar ao largo dos profissionais do direito – os quais, no geral, mais se dedicam a aspectos formais, procedimentais e burocráticos, atuando, via de regra, depois que as grandes decisões (no campo da política ou dos negócios) já estão tomadas⁹.

Opõe-se o pensamento sistemático do jurista à moda continental ao pensamento prático do *lawyer*. O jurista continental, ao se deparar com um caso concreto, antes mesmo de analisar os fatos, toma como “ponto de partida metodológico” a distinção entre o direito privado (*ius commune*), que regula os iguais, e o direito público, que estabelece uma regulação especial e, portanto, exorbitante do direito comum para as relações do Estado. A este atribui-se o papel de “responsável pela sorte da Nação” e tutor dos interesses públicos que, aliás, são indisponíveis, a reforçar a supremacia do interesse público sobre o privado e a exorbitância do Direito Administrativo. De modo diverso, o *lawyer* toma como ponto de partida um mesmo e único *common law*, sem se preocupar com a distinção entre direito público e privado, ainda que possa emergir uma tal distinção da especificidade do caso

⁶ COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'état – sur la démocratie en France et en Amérique*. Paris: PUF, 1985, p. 10.

⁷ COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'état – sur la démocratie en France et en Amérique*. Paris: PUF, 1985, p. 124.

⁸ Agente público egresso da E.N.A. - *École Nationale d'Administration*.

⁹ COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'état – sur la démocratie en France et en Amérique*. Paris: PUF, 1985, pp. 36-58.

concreto, tendente a salvaguardar excepcionalmente algum relevante interesse do Estado – visto que o *rule of law* afirma, em princípio, a igualdade entre as partes¹⁰.

AUBY¹¹ analisa (e defende) o caráter estrutural da *summa divisio* no pensamento jurídico francês, a dividir as cátedras, os estudos, o direito aplicável, o que repousa, em última análise, numa separação política e moral do mundo entre a esfera dos interesses públicos e a esfera dos interesses privados. A distinção a um só tempo divide e legitima a divisão entre direito comum privado e direito especial público, desenvolvendo uma tradição que pode ser remontada, por exemplo, a MONTESQUIEU¹².

Assim, para o desenvolvimento da presente dissertação, far-se-á um contraponto entre sistemas jurídicos que adotam a figura do contrato administrativo como (re)afirmação da desigualdade entre o contratante privado e contratante público, do poder de que goza a Administração Pública na sua relação, inclusive contratual, com os administrados, funcionalizada ao atingimento de finalidades públicas (França, Portugal e Brasil) e sistemas jurídicos que, em princípio, rejeitam a posição de supremacia da Administração vez que esta se encontra tão jungida ao *rule of law* quanto os administrados (Estados Unidos da América e Reino Unido), o que equivaleria a uma concepção de liberalismo administrativo que “retira da Administração as prerrogativas e privilégios de potestade pública, subordinando os contratantes, Estado e particular, às mesmas regras jurídicas, revestindo-se de acentuada simplicidade o processo de execução dos contratos”¹³.

¹⁰ 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, pp. 75-79.

¹¹ AUBY, Jean-Bernard. Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, pp. 11-15.

¹² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *L'Esprit des lois*. Paris: Lavigne, 1845 (reed, 1748?), p. 337. Este Autor, no livro XXVI, Capítulo XVI, intitulado “que não devemos decidir pelas regras do direito civil quando se trata de decidir pela regras do direito político”, expressamente ridiculariza a aplicação ao Estado das regras de direito civil, que se prestam a decidir uma disputa entre particulares acerca de uma coisa tão comezinha quanto como uma calha ou sarjeta. “*Il est ridicule de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers, par les mêmes maximes sur lesquelles on decide entre particuliers d'un droit pour une gouttière*”.

¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 184.

2. ADMINISTRAÇÃO E CONTRATO

Não se pretende retomar a análise histórica acerca da afirmação ou rejeição da figura do contrato administrativo nos sistemas jurídicos analisados. Contudo, faz-se imprescindível, para a compreensão do tema dos ditos poderes exorbitantes do ente público contratante, dentre os quais o de rescisão unilateral, que se proceda a uma breve reflexão sobre a consolidação de uma posição de supremacia ou de igualdade entre a Administração e os administrados nas relações contratuais.

A configuração e o específico modo de ser do poder que se (p)reserva ao ente público no que tange à atuação escudada em interesse público tendente a extinguir o contrato do qual é parte pode ser melhor compreendida desde uma perspectiva que coloque em evidência certas diferenças na tradição dos diferentes sistemas jurídicos, que podem ser divididos em ordenamentos que adotam o conceito de contrato administrativo, ordenamentos em que a atuação contratual da Administração repousa na liberdade de contratação.

Tanto em França quanto em Espanha e em Portugal afirmou-se, no início do século XIX, a concepção de um contrato regido pelo direito público, afastando-se do regime comum de direito privado e submetendo-se a uma jurisdição especial. Ao revés, Alemanha, Itália e Reino Unido mantiveram-se fiéis ao caráter privatista dos contratos celebrados pelo Estado. Não se pode, contudo, ignorar que se verifica um certo movimento de aproximação entre as duas experiências ao longo do tempo¹⁴.

Na lapidar lição de GONÇALVES¹⁵ sobre a afirmação da figura do contrato administrativo em Portugal: “se na Alemanha e na Itália ele tinha sido recusado por causa do interesse público e do poder público, entre nós é por causa do interesse público e do poder público que ele nasce; aceitando claramente uma mesma premissa essencial – ‘o poder público não se negocia’ –, os dois blocos de sistemas jurídicos evoluem em sentidos claramente opostos quanto à admissibilidade do contratos de objecto público”. É, pois, de um certo compromisso entre o consenso (*pacta sunt servanda*) e os poderes

¹⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Lecciones de administración (y políticas públicas)*. 1ª ed. Madri: Iustel, 2011, p. 478.

¹⁵ GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo* (uma instituição do direito administrativo do nosso tempo). 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2004 (reimpr. 2003), pp. 18-19.

extracontratuais reconhecidos à Administração que nasce a concepção francesa do contrato administrativo, como instrumento funcionalizado à persecução de interesses públicos.

Segundo esta concepção do contrato administrativo, parte-se de uma afirmação da possibilidade de adoção do instituto do contrato como o pacto por excelência entre partes em pé de igualdade, a qual resta desequilibrada pela inserção de módulos de exorbitância em favor da preeminência do contratante público, tutor dos cambiantes interesses públicos e do bem estar público – *formalmente iguais como partes com poderes para celebrar um contrato, mas diferentes na posição que ocupam na contratação em razão dos interesses que representam.*

De modo diverso, a tradição anglo-saxônica rejeita uma posição de supremacia dos entes públicos nos contratos que celebra, fazendo prevalecer, em princípio, a submissão dos contratos celebrados pela Administração às mesmas regras dos contratos celebrados entre privados, por força da vedação a privilégios que resultaria do *rule of law*¹⁶ - *diferentes nos interesses que tutelam e objetivos que perseguem, mas iguais no que tange à submissão a um mesmo regime jurídico de direito privado, vez que a regra consiste em Administração desvestir-se de sua posição de soberania para celebrar contratos com os particulares.*

A ressalva feita quanto à submissão, em princípio, às mesmas regras do direito privado há de ser vista com maiores detalhes no decorrer da exposição. De tomo modo, cumpre anotar que a concepção anglo-saxã não rejeita de todo expressões, ainda que residuais, que acabam por conferir em alguma medida um certo privilégio ao contratante público sem par no rol de direitos reconhecidos pelo *common law* aos contratantes privados, seja com arrimo nas doutrinas do *sovereign immunity*, do *executive necessity* ou do *rule against fettering*, na possibilidade de desvinculação das obrigações contratuais com fundamento na doutrina *ultra vires*, seja em razão de expressa previsão de poderes de natureza contratual em favor do contratante público nos modelos de cláusulas padronizadas¹⁷.

É o que se passa a expor.

¹⁶ TURPIN, Colin C. Public contracts (capítulo IV). In: *International encyclopedia of comparative law*. Vol VII, parte 1 – *Contracts in general*. Tübingen: J. C. B Mohr, 1982, p. 32.

¹⁷ TURPIN, Colin C. Public contracts (capítulo IV). In: *International encyclopedia of comparative law*. Vol VII, parte 1 – *Contracts in general*. Tübingen: J. C. B Mohr, 1982, p. 34.

2.1. *Iguais, mas diferentes: o contrato administrativo à francesa*

A concepção francesa do contrato administrativo assenta-se na premissa segundo a qual a colaboração dos privados na consecução de atividades públicas exige que a Administração mantenha uma certa dose de poder mitigador da rigidez do princípio contratual *pacta sunt servanda*. Fundou-se, num primeiro momento, animado pelas ideias liberais acerca das funções do Estado, na atribuição à iniciativa privada da realização de tarefas públicas para as quais a Administração carecia de recursos, ou que se mostravam aleatórias quanto aos riscos envolvidos¹⁸.

Pode-se verificar, pois, que a concepção francesa de contrato administrativo, a qual repousa no princípio da submissão a um regime de direito público, “caracteriza-se pelo mais alto grau de especificidade publicística das regras do regime aplicável a contratos celebrados pela Administração” em relação às regras gerais do direito comum privado¹⁹.

E, justamente, esta mais nítida distinção entre direito público e direito privado, a separação entre jurisdição comum e jurisdição administrativa, bem como a incidência de regras de direito público sobre certos contratos da Administração, os apartando do regime comum privado, foram objeto de destaque na exposição do britânico DAVIES²⁰ sobre a concepção francesa do *contrat administratif* em contraponto com a concepção de tradição anglo-saxônica. Avalia o Autor que a concepção francesa de contrato administrativo é marcada por uma busca de equilíbrio entre os interesses do particular contratado e a proteção do interesse público, mediados pela responsabilidade da Administração pelos danos causados e fundado em uma gama de teorias que reconhecem a flexibilidade do contrato administrativo.

Funda-se num regime de prerrogativas da Administração (poder de direção e controle, poder de modificação unilateral, poder de rescisão unilateral) e na garantia ao contratado do direito de obter uma remuneração pelas prestações acrescidas, de ser indenizado pelo agravamento de seus encargos em razão de um ato unilateral, ao largo do

¹⁸ ESTORNINHO, Maria João, *Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 128-129.

¹⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 173.

²⁰ DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, pp. 55-56.

quadro contratual, em razão de fato do príncipe, e de obter a modificação ou mesmo a rescisão contratual no caso de circunstâncias imprevisíveis e inevitáveis prejudicarem gravemente a continuidade da execução do contrato.

Contudo, não resultou de uma determinada centelha criadora, mas de uma certa evolução jurisprudencial que não se compreende sem se aperceber do papel da concepção de separação de poderes e da jurisdição administrativa em sua formação²¹.

2.1.1. O papel da justiça administrativa

A inicial concepção liberal do Estado relegou a Administração a uma posição de certa anemia, o que a doutrina denomina de Estado Guarda-noturno ou *État-gendarme*, sem atuações de maior relevância na conformação da sociedade, limitado “à cobrança de impostos e à garantia da segurança interna e externa”²². Fundava-se esta concepção em uma “radicalização liberal” da doutrina de separação de poderes idealizada por Montesquieu e Locke. A lei, geral e abstrata, era então compreendida como “fruto da razão humana”, em oposição à atuação concreta e particular, motivo pelo qual a superior dignidade da lei decorria da sua natureza racional (e não da sua formação assemblear). Está aí a raiz do princípio da legalidade como princípio fundante do Direito Administrativo, vez que a Administração passa a executar a “vontade geral” expressa na lei²³.

Da concepção da lei enquanto expressão racional da vontade geral destinada “a regular a liberdade e propriedade dos cidadãos e a estabelecer restrições aos respectivos direitos fundamentais” (sentido material de lei), decorrem duas consequências para a atuação administrativa. A primeira, de caráter garantístico dos direitos dos cidadãos, diz respeito ao primado da lei, ou seja, são inválidos (porque ilegais) os atos que contrariem a

²¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 35.

²² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Traços da evolução do direito administrativo português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, p. 270.

²³ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Princípio da legalidade e administração constitutiva. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº 169, 1981, p. 172. O Autor esclarece que a opção pelo domínio do Parlamento, ou do legislativo, não decorre apenas da maior ou menor representatividade de tal assembleia, mas decorre da concepção que identifica a bondade do direito na generalidade, igualdade e racionalidade em oposição ao concreto, individual e, assim, arbitrário: “Sendo assim, o legislativo desempenha uma função mais do que tecnicamente diferente da do executivo – é substancialmente de grau superior. É a superioridade que se exprime na primazia do decidir sobre o agir, da vontade pura sobre a vontade serva”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Traços da evolução do direito administrativo português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 271-274.

lei. A segunda, que se identifica como reserva de lei, apesar de partir de uma concepção garantística, acaba por atribuir à lei o poder de regular e limitar os direitos fundamentais dos cidadãos²⁴.

Mas o mito fundador do direito do administrativo como limitador da atuação estatal revela-se paradoxal se analisado o *Conseil d'État* francês, cuja jurisprudência forjou as noções básicas que vieram a se espalhar por via legislativa em outros ordenamentos como o português e o brasileiro. A própria criação de um tribunal administrativo, ao qual prevalentemente submetida a Administração Pública, já revela uma “genérica suspeita de parcialidade”. Ou seja, o desenvolvimento jurisprudencial (no seio da própria Administração) de um direito administrativo derogatório do direito comum denota a relativa importância da legalidade para a sua configuração e põe em cheque o esquema da separação de poderes tal qual idealizada pelas ideias liberais²⁵.

Fato é que a Revolução Francesa não logrou se desvencilhar de uma peculiar leitura da doutrina de separação de poderes de Montesquieu adaptada a concepções elaboradas ainda no Antigo Regime segundo a qual “julgar a Administração é administrar”²⁶, submetendo-se, pois, a Administração a uma jurisdição própria, da qual o Conselho de Estado é o órgão máximo.

E não se desvencilhou por uma razão muito simples: a manutenção de concepções e institutos do estado anterior permitiu à ascendente elite burguesa utilizar o direito administrativo como “instrumento para a gestão centralizada do Estado”, tanto para “se defender contra a classe nobiliária eliminada, quanto contra a classe popular”, garantindo-se ao cidadão “não um direito subjetivo (como no direito privado), mas um interesse juridicamente tutelado”²⁷.

²⁴ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Traços da evolução do direito administrativo português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, p. 275.

²⁵ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à legalidade*. 1ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 279.

²⁶ DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10ª ed. Londres: Macmillan, 1962 (reimpr. 1959), p. 335. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 21. Esclarece a Autora que a afirmação de uma jurisdição administrativa tem um inequívoco sentido de reação ao conservadorismo dos Parlamentos, a quem atribuídas funções contenciosas no Antigo Regime. No mesmo sentido: BRAIBANT, Guy e STIRN, Bernard. *Le droit administratif français*. 5ª ed. Paris: Science Po e Dalloz, 1999, p. 28.

²⁷ LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 93-94.

Lei de 16 e 24 de agosto de 1790 estabeleceu, em seu artigo 13, que as funções judiciárias são distintas e, por assim dizer, estanques, das funções administrativas. Posteriormente, um decreto de 16 *fructidor* do ano III, ainda em vigor, estabelece a proibição de os tribunais de conhecerem dos atos da administração. Se, por um lado, esta vedação ensejou a consolidação de uma Administração forte e centralizada, por outro, encontrava-se em certa contradição com os princípios liberais que animaram a Revolução. Teve lugar no governo de Napoleão a criação do Conselho de Estado, um órgão encarregado de funções consultivas e jurisdicionais com relação à Administração²⁸. Na III República, consolidou-se a independência do Conselho de Estado, pela lei de 24 de maio de 1872, dando destaque à sua contribuição para a gradual consolidação de um direito administrativo à francesa²⁹

A instituição do *Conseil d'État*, cuja concepção, denunciava DICEY³⁰, não era diversa do *Conseil du Roi* do antigo regime, consolidou um dos fundamentos do *droit administratif* que consistiria na não submissão da Administração ao poder judiciário, em razão da peculiar leitura da separação de poderes. O outro fundamento do *droit administratif*, segundo o Autor, corresponde à especialização de um conjunto de privilégios e prerrogativas aplicáveis ao Governo e a seus funcionários, em razão de representarem os interesses da nação.

Não se pode deixar de anotar que GAUDEMET, em texto publicado como apêndice da 10ª edição da obra de Dicey, pontua que o *droit administratif*, não obstante a reconhecida consolidação no governo absolutista de Napoleão, transformou-se, tendo abandonado a concepção arraigada na citada leitura da separação de poderes para adotar uma concepção focada nos problemas próprios do agir da Administração. Reconhece-se ao Conselho de Estado uma função de flexibilização do direito administrativo e de

²⁸ BRAIBANT, Guy e STIRN, Bernard. *Le droit administratif français*. 5ª ed. Paris: Science Po e Dalloz, 1999, pp. 28-29.

²⁹ FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006, pp. 16-17.

³⁰ DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10ª ed. Londres: Macmillan, 1962 (reimpr. 1959), pp. 335-336. Para o Autor, a concepção de *droit administratif* é resultado da adaptação de instituições do antigo regime por obra de Napoleão Bonaparte, de clara inspiração e conformação absolutista, mas que, em sua evolução, foi se moldando por ideias mais liberais, sem abandonar a sua vocação para a defesa das prerrogativas da Administração como defesa da nação.

balanceamento entre as prerrogativas públicas e a proteção dos direitos e liberdades dos cidadãos³¹.

Assim, no seio da jurisdição administrativa, pela atuação do Conselho de Estado, é que se formou a concepção de contrato administrativo à francesa, como fruto de um direito administrativo essencialmente jurisprudencial, definidor de um regime administrativo especial derogatório do direito comum³².

Na análise de casos concretos, o Conselho de Estado paulatinamente reconheceu o exercício, pela Administração, de poderes derogatórios do direito comum, em especial, no que interessa à presente exposição, derogatórios da máxima *pacta sunt servanda*, o que veio a sedimentar a noção de contrato administrativo.

2.1.2. Sistematização doutrinária

Em verdade, a teoria do contrato administrativo à francesa deve tanto às decisões do Conselho do Estado quanto à doutrina, em especial a Gastón JÈZE, a quem se atribui a sistematização das decisões isoladas numa teoria coerente³³, animado por uma certa concepção de serviço público como fundamento do Direito Administrativo.

Nas palavras de JÈZE³⁴:

O regime jurídico do contrato administrativo é dominado pela seguinte ideia fundamental: o contrato administrativo é um *expediente de técnica jurídica* posto à disposição dos agentes públicos *para assegurar o funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos por meios jurídicos mais facilitados e mais enérgicos* que os meios do direito privado. A justificação de tal *expediente jurídico especial* repousa na noção de serviço público. É unicamente para atender a um objetivo de interesse público que este expediente técnico especial foi imaginado e pode ser utilizado.

³¹ GAUDEMET, P. M. Droit administratif in France. In: DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10^a ed. Londres: Macmillan, 1962 (reimpr. 1959), pp. 487-488.

³² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 39.

³³ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 141.

³⁴ JÈZE, Gaston. Notes de jurisprudence. Régime juridique du contrat administratif. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. 60, ano 51, 1945, p. 251. No original: Le régime juridique du contrat administratif est domine par l'idée fondamentale suivante: le contrat administratif n'est qu'un *procédé de technique juridique* mis à la disposition des agents publics *pour assurer le fonctionnement régulier et continu des services publics*, par *des moyens juridiques plus faciles et plus énergiques* que les moyens du droit privé. La justification de ce *procédé technique spécial* est dans la notion de service public. c'est donc uniquement pour atteindre un but d'intérêt public (service public) que se procédé technique spécial a été imagine et peut être utilisé.

Analisa o Autor que, embora o regime jurídico do contrato administrativo seja menos preciso do que o regime do contrato privado, em virtude da ausência de codificação daquele, este traço seria uma virtude, o que permitiu ao Conselho de Estado deduzir as soluções, em cada caso concreto, a partir da noção de serviço público, cabendo à doutrina sistematizar e criticar tais decisões³⁵.

Adotando-se um conceito material de serviço público, afirma-se que a desigualdade entre o contratante público e o privado é corolário da desigualdade entre o interesse público e o interesse privado, da concepção do contrato administrativo como instrumento orientado a permitir e facilitar o funcionamento dos serviços públicos³⁶.

Assim, as ideias básicas em que se funda o conceito de contrato administrativo corresponde à desigualdade das partes (titularidade de prerrogativas de poder público e incumbência de satisfação do interesse geral) e à indisponibilidade do interesse público (atuação baseada em poderes e não em direitos subjetivos passíveis de disposição)³⁷.

Segundo J. RIVERO, a *puissance publique*, própria da decisão executória, também se manifesta nos contratos administrativos e dita a relação de desigualdade entre o contratante público e o contratante privado – de modo diverso, pois, da teórica igualdade de partes nos contratos de direito privado. Põe-se em marcha o exercício de prerrogativas públicas fundadas na primazia do interesse geral sobre o particular, contrabalançadas por um regime de sujeições imposto ao contratante público um regime de sujeições³⁸.

O regime jurídico do contrato administrativo implica o afastamento da regra do artigo 1134 do Código Civil francês que determina que o contrato tem força de lei entre as partes, na medida em que não há igualdade entre as partes e que o caráter obrigatório e

³⁵ JÈZE, Gaston. Notes de jurisprudence. Régime juridique du contrat administratif. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. 60, ano 51, 1945, pp. 252-253.

³⁶ GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Tomo I – *Droit administratif general*. 16^a ed. Paris. LGDJ, 2001, p. 672. Às pp. 42-44, esclarece o Autor que adota um conceito material de serviço público, em rejeição a uma concepção finalística, por entender que a definição da finalidade pública pertence ao campo mutável da política e, portanto, não se presta a servir de critério para a definição do regime jurídico administrativo. Em conclusão, não decorreria o regime jurídico da persecução de uma finalidade de interesse público, sob pena de, por exemplo, todos os contratos da administração serem, por definição, contratos administrativos. O que releva é observar a presença de uma vontade, de um poder de comando auto atribuído pela Administração, que age adotando expedientes jurídicos de direito administrativo. A partir do conteúdo do ato é que se pode identificar elementos de serviço público ou de poder público que indicam um caráter exorbitante do regime de direito privado.

³⁷ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6^a ed. Paris: LGDJ, 2008, pp. 23-24.

³⁸ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13^a ed. Paris: Dalloz, 1990, pp. 153-154.

imutável do que convencionado cede à possibilidade de atuação unilateral fundada no interesse geral³⁹.

Tratar-se-ia de um regime derogatório do regime comum do direito civil, em que reconhecida a aplicação de certas cláusulas exorbitantes, incompatíveis com ou, na maior parte dos casos, não usualmente atribuídas a (apenas) uma das partes no regime privado, como o poder de direção e controle, de sanção, de modificação unilateral e de rescisão unilateral – o que revela a sua fundamentação em um poder da Administração, sujeição a um regime de poder público⁴⁰.

Sobre o tema, anotam VEDEL e DEVOLVÉ que, não obstante não se possa dizer que o citado artigo 1134 do *Code Civil* tenha aplicação direta sobre os contratos administrativos, certo é que a adoção do instrumento contratual pela Administração Pública já denota que o efeito desejado é, assim como no Direito Civil, a criação de obrigações recíprocas. Mas, no contrato administrativo, ante a sua mutabilidade, resta a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro como a única a apresentar força de lei perante a Administração⁴¹.

As prerrogativas exorbitantes da Administração nos contratos administrativos podem ter origem no próprio contrato, vale dizer, decorrerem de expressa determinação legal para aquele tipo contratual ou de expressa estipulação contratual, não sendo, pois, em certo sentido, exorbitantes, mas integrantes daquele específico contrato (prerrogativas de origem contratual). Podem, outrossim, simplesmente decorrer do regime de *puissance publique* a que submetidos os contratos administrativos em geral, hipótese em que serão propriamente exorbitantes (prerrogativas da *puissance publique*)⁴².

Não se pode deixar de anotar que o poder de unilateralmente modificar ou rescindir o contrato administrativo não é ilimitado, mas somente se justifica quando da necessidade de adaptação do serviço público a uma nova situação, garantindo ao contratado a

³⁹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1999, p. 411.

⁴⁰ VEDEL, Georges e DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Tomo I. 11ª ed. Paris: PUF, 1990, p. 389.

⁴¹ VEDEL, Georges e DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Tomo I. 11ª ed. Paris: PUF, 1990, pp. 407-408.

⁴² VEDEL, Georges e DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Tomo I. 11ª ed. Paris: PUF, 1990, pp. 414-415.

recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, sendo reconhecido, ainda, no caso de excesso, o direito do contratado demandar a rescisão ao juiz⁴³.

No entanto, a concepção do contrato administrativo como um regime derogatório do direito privado encontra críticos. Assim, por exemplo, BÉNOIT⁴⁴ entende que houve um processo autônomo de evolução dos contratos de direito público a partir das transformações dos institutos medievais que lentamente passaram a se configurar como um acordo de vontades, não se podendo, pois, afirmar que a concepção administrativa de contrato seja uma derivação especial da noção privada de direito comum.

O regime dos contratos administrativos, diverso por natureza do regime do direito privado, repousa sobre a desigualdade das partes na relação e tem lugar por decisão do legislador, da jurisprudência ou mesmo das partes.

Portanto, as ditas cláusulas exorbitantes do direito comum não são exorbitantes, mas próprias da concepção de contrato administrativo. Não instauram um regime necessariamente mais gravoso para o contratado privado, na medida em que a este se garante “o direito a toda uma gama de indenizações no caso de vir a suportar encargos mais onerosos do que os que foram previstos, possibilidade que constitui um dos traços mais originais do regime dos contratos administrativos”⁴⁵. O contratado deve, assim, ser tratado como um colaborador da Administração na realização do interesse geral.

O que não significa que o liame contratual entre as partes seja fluído e resida apenas no direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, na medida em que, como expressa BÉNOIT, o conceito de contrato deve ser o mesmo em todos os ramos de direito e, assim, deve ser considerado lei entre as partes, não havendo razão para se reconhecer à Administração um poder de modificação unilateral do contrato, salvo hipóteses específicas expressamente previstas como no caso dos *marchés des travaux publiques*⁴⁶.

⁴³ WALINE, Jean. *Droit administratif*. 23^a ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 447.

⁴⁴ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 587 e p. 598.

⁴⁵ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 592. No original: “le droit à toute une gamme d’indemnités a ucas où il si trouve avoir supporter des charges plus lourdes que celles qui avaient été prevues, possibilite qui constitue um des traits le plus originaux du régime des contrats administratifs”.

⁴⁶ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, pp. 617-618.

2.1.4. Critérios definidores do contrato administrativo francês

A questão a ser posta no presente passo consiste em averiguar, segundo a concepção francesa, quais são as condições que podem ensejar o exercício de especiais poderes conferidos à Administração nas suas relações contratuais. A discussão acerca dos critérios de administratividade parece ocultar uma certa discussão acerca das razões pela quais o contratante público pode exercer poderes exorbitantes na relação contratual.

Ao lado dos contratos que são definidos como administrativos pela lei, há de se anotar que se construíram na jurisprudência outros critérios que permitem qualificar um contrato como administrativo. O ponto de partida consiste em avaliar que a presença de uma entidade pública num dos polos contratuais é condição necessária, mas não suficiente para a caracterização do contrato como administrativo, ao passo que a presença de entidades públicas nos dois polos é forte indício do caráter administrativo. O que não significa que um contrato entre dois entes privados não possa, excepcionalmente, ser considerado administrativo⁴⁷, se em um dos contratantes age por conta de um ente público⁴⁸.

É importante sublinhar que a noção de uma atuação exorbitante da Administração Pública decorre de se conceber uma certa bipartição na atuação do ente público que o permite atuar ora sob a égide do direito público, no interesse do serviço público, ora sob a égide do direito privado, ao praticar atos de gestão⁴⁹.

No geral, os traços que usualmente definem a administratividade costumam ser assim expostos: a) presença de um ente público em um dos polos, salvo exceções; b) objeto consistente em participação na execução de um serviço público; c) inserção de cláusulas exorbitantes no contrato⁵⁰.

Quanto ao primeiro aspecto, vê-se não ser definitivo, visto que uma entidade pública pode celebrar um contrato privado, desde que nele não insiram cláusulas exorbitantes. Curioso notar que o acórdão citado como paradigma para tanto (CE,

⁴⁷ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1999, p. 393. VEDEL, Georges e DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Tomo I. 11ª ed. Paris: PUF, 1990, p. 375.

⁴⁸ GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Tomo I – *Droit administratif general*. 16ª ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 675.

⁴⁹ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 93.

⁵⁰ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13ª ed. Paris: Dalloz, 1990, p. 148. WALINE, Jean. *Droit administratif*. 23ª ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 431. Conforme nota este Autor, os critérios *b* e *c* são alternativos.

31/07/1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*) não se utiliza da expressão “cláusulas exorbitantes”, apenas considera que não apenas o objeto do contrato pode determinar a sua administratividade, mas também o seu conteúdo⁵¹.

A questão passa, pois, pela definição do que são cláusulas exorbitantes, entendidas como “aquelas estranhas por sua natureza” ao regime civil comum e “aquelas que regulam o exercício de prerrogativas do poder público” (poderes de controlar a execução do contrato, de resolver unilateralmente, de dar instruções). O que não significa que sejam cláusulas impossíveis ou ilícitas no regime de direito privado, apenas que se afastam do *id quod plerumque accidit* no trânsito normal das relações privadas. Dadas as evidentes dificuldades para aferição do que sejam cláusulas exorbitantes, a jurisprudência francesa ensaiou a adoção de um conceito de regime exorbitante, mas este critério veio a se mostrar ainda mais vago⁵².

Vale indagar se a presença de uma cláusula que permite ao ente público contratante exercer a resolução unilateral é razão suficiente para a caracterização do contrato como administrativo. A resposta parece incerta. Na jurisprudência francesa, anota RICHER que a Corte de Cassação já decidiu que a previsão de um direito de resolução no caso de incumprimento de obrigações pelo contratante privado não implica necessariamente a administratividade do contrato. Por sua vez, o Conselho de Estado já decidiu tanto pelo caráter exorbitante quanto pelo caráter comum da cláusula de resolução unilateral. Revendo posição anterior, RICHER reconhece que o critério consistente no caráter incondicionado da resolução unilateral não é suficiente, haja vista que também o ente público encontra condicionamentos para seu exercício no regime público⁵³.

A análise dos casos acabava por não revelar um critério seguro de definição da natureza exorbitante de uma cláusula, talvez em razão da natureza dinâmica dos contratos privados pautados pela autonomia da vontade. Assim, nem sempre uma cláusula tida por exorbitante, instituidora de certos poderes para uma das partes, revelava-se de impossível

⁵¹ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª ed. Paris: LGDJ, 2008, pp. 93-94.

⁵² MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1999, pp. 398-400.

⁵³ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª ed. Paris: LGDJ, 2008, pp. 95-97.

inserção em um contrato entre privados. E nem sempre uma cláusula que estabelecia uma relação de desigualdade entre as partes mostrava-se inusual em contratos privados⁵⁴.

Considerando que, no caso francês, da qualificação do contrato administrativo decorre a sua sujeição a uma jurisdição administrativa especial e que a definição de competência de jurisdição é tema de ordem pública, concluiu-se que não se poderia deixar somente à vontade das partes consubstanciada no contrato, pela inserção ou não de cláusulas mais ou menos exorbitantes, a definição de sua submissão ao regime de direito público⁵⁵.

O segundo critério, que diz respeito à participação na execução de serviços públicos, tem suas origens no acórdão *Théron* (CE 0403/1910). Mas o debate que aí se seguiu foi no sentido de discutir se este critério deveria ser alternativo ou cumulativo ao critério das cláusulas exorbitantes. Na decisão do caso *Époux Bertin* (CE 2004/1956), definiu-se que se tratam de critérios alternativos, devendo, contudo, a participação na execução de um serviço público ser direta, uma ligação íntima, não bastando uma mera colaboração. Nos contratos de concessão, este critério, evidentemente, dita a administratividade⁵⁶.

O critério do serviço público acaba por também não oferecer uma resposta definitiva, na medida em que depende de uma avaliação do grau de colaboração do privado no serviço público. Se é possível determinar que em certos casos a intensa colaboração determina a administratividade, não parece ser tarefa simples especificar qual o grau de colaboração necessário para tanto⁵⁷.

Como conclui ESTORNINHO, dada a impossibilidade de se identificar um critério único, restou à concepção francesa, ainda apegada à distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração, “cumular os diversos critérios, num exercício que, com alguma ironia, pode dizer-se que conduz a um verdadeiro *pot-pourri* à francesa”⁵⁸.

⁵⁴ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª ed. Paris: LGDJ, 2008, pp. 97-98.

⁵⁵ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª ed. Paris: LGDJ, 2008, pp. 99-100.

⁵⁶ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1999, pp. 400-401 FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européennes*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006, p. 304.

⁵⁷ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 102.

⁵⁸ ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos – por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014 (reimpres. 2012), p. 178.

Em que pese a discussão acerca dos critérios de definição do contrato administrativo, em oposição ao contrato privado da administração, a questão hoje encontra uma parcial solução legislativa, vez que o *Code des Marchés Publics*, desde a lei MURCEF de 11/12/2001, atualmente o artigo 3.º da *Ordonnance* n.º 2015-899, de 23 de julho de 2015, estabelece que os contratos por ele regulados, celebrados por entes públicos, são contratos administrativos e, portanto, atraem o regime exorbitante de natureza pública.

2.2. Influência da concepção francesa em Portugal

O modelo administrativo napoleônico francês, fortemente centralizado e sujeito a uma jurisdição administrativa especializada, influenciou fortemente Portugal, no influxo de reformas liberais ocorridas a partir de 1832⁵⁹, mantendo-se, em certa medida, esta influência ao longo dos séculos XIX e XX, não obstante a alternância de governos autoritários e liberais. Com a consolidação da democracia no último quarto do século XX, passou o direito administrativo alemão a exercer grande influência sobre o português, o que teve por consequência a expressa inserção da jurisdição administrativa no poder judiciário e a acentuação da proteção dos indivíduos em face da Administração mediante garantias processuais de proteção dos direitos subjetivos⁶⁰.

Interessante notar que, em Portugal, exerceu grande influência o pensamento do autor positivista francês Charles-Jean Bonnin, mais conhecido como precursor da Ciência da Administração na França do que pela obra de Direito Administrativo. Sua obra influenciou os constituintes de 1820 e veio a ser adotada como texto seguido na disciplina de Direito Público português instituída em 1836. Até mesmo a ideia de elaboração de códigos administrativos tem origem na obra de Bonnin, que assim intitula um dos volumes de seu *Principes*⁶¹.

⁵⁹ Trata-se do ano de edição de três decretos cuja elaboração atribui-se a Mouzinho da Silveira. O de nº 23, que promoveu a reforma da Administração, teve nítida influência da centralização administrativa francesa, na divisão territorial e na nomeação de autoridades locais pelo governo central, em choque com “os sentimentos tradicionais de autonomia municipal e suscitou viva reação” – conflito que marcou profundamente os códigos administrativos posteriormente elaborados. Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. V. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 145-146.

⁶⁰ FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006, pp. 55-56.

⁶¹ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. V. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 166-167. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 36.

Tendo Portugal também adotado, como a França, um sistema de jurisdição administrativa, inspirado também na convicção que “julgar a administração é administrar”, veio, assim, a também enfrentar a necessidade de definição dos critérios de administratividade dos contratos a fim de determinar a jurisdição competente, inspirando-se nas respostas da doutrina e jurisprudência francesas⁶².

Como pano de fundo identificável tanto em França quanto em Portugal, verifica-se uma fase inicial de predominância de uma concepção privada dos contratos da Administração (fase de candura), em que a colaboração dos privados fazia-se imprescindível para a realização de grandes obras de interesse público, como estradas de ferro, iluminação pública, sistemas de abastecimento de água etc, mas cuja rigidez revelou-se inadequada para a satisfação das cambiantes necessidades de interesse público, muitas vezes ditadas pela evolução técnica submetidos. Passou-se a uma fase de atrito em que, já marcada por uma concepção pública dos contratos administrativos, verificava-se um certo antagonismo entre interesses públicos e privados. E, já no advento do Estado Social, passa-se a uma fase de convivência civilizada entre a Administração e o particular, o qual ganha status de colaborador da Administração⁶³.

Assim como no Brasil, um dos traços marcantes do direito português consiste na consagração legislativa do contrato administrativo, inspirado, em sua gênese, pela concepção francesa – a qual, contudo, havia sido moldada jurisprudencial e doutrinariamente⁶⁴.

Partindo-se de uma definição da jurisdição administrativa, sucederam-se diplomas normativos que tratavam de delimitar a competência da jurisdição administrativa para conhecer de demandas entre “empreiteiros ou arrematantes de quaisquer Rendas, Trabalhos ou Fornecimentos públicos, e a administração, relativas ao sentido ou execução das cláusulas dos seus contratos”⁶⁵.

OTERO, Paulo. *Direito administrativo* – relatório de uma disciplina apresentado no concurso para professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: [s/ ed.], 1998, pp. 44-45.

⁶² ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos* – por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014 (reimpres. 2012), pp. 12-13.

⁶³ ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos* – por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014 (reimpres. 2012), pp. 17-21.

⁶⁴ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 190.

⁶⁵ FREITAS, Lourenço Vilhena. *Direito dos contratos públicos e administrativos*. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 54.

É notável que um certo debate sobre o conceito substantivo de contrato administrativo tenha sido possível, em Portugal, desde o começo do século XX, ensejando até mesmo uma proposta legislativa em que se previa a sua inserção “nos limites do direito administrativo”. Porém, davam-se os esforços no sentido de aplicar as noções do direito civil comum aos contratos celebrados pela Administração – como, por exemplo, num caso de empreitada, em que se entendeu pela possibilidade de resolução unilateral, mas com fundamento no direito civil⁶⁶.

Em princípio, elaborou-se a definição em espécie dos contratos administrativos, como a realizada pelo Código Administrativo de 1940, artigo 815, § 2º.

Veja-se que prevaleceu inicialmente uma preocupação com a definição da jurisdição competente em detrimento de uma preocupação com a incidência de um específico regime jurídico administrativo, considerando-se que “o trabalho da doutrina se resume a apurar quais os traços que têm levado o legislador a integrar no âmbito do contencioso administrativo certas categorias de contratos”. De importância para a definição, a apuração de uma associação duradoura entre o particular e a Administração para o desempenho de uma atribuição desta⁶⁷.

Funda-se, assim, numa ideia de colaboração do particular no desempenho de atribuições públicas, de modo que, assim como a Administração, também o particular estaria jungido à satisfação do interesse público por meio de uma *cláusula de sujeição*. Por outro lado, garante-se pela *cláusula de remuneração*, “um resultado financeiro normal no negócio bem conduzido”, sem sacrifício anormal do interesse do particular⁶⁸.

Já no regime do Decreto-lei nº 129/1984, consoante dispunha o artigo 9º, n. 1, o critério substantivo assumiu relevo na definição do regime jurídico aplicável bem como da

⁶⁶ FREITAS, Lourenço Vilhena. *Direito dos contratos públicos e administrativos*. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 58-62.

⁶⁷ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. V. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 586-587. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 190.

⁶⁸ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. V. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 590. Como avalia SÉRVULO CORREIA, estaria CAETANO ainda imbuído de uma concepção em que a tônica da relação do Estado com os cidadãos decorre sempre do exercício de poderes de autoridade motivo pelo qual é dado destaque à situação de sujeição do privado à satisfação do interesse público mesmo quando a relação é de natureza contratual. Cf: SÉRVULO CORREIA, José Manoel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpr. 1987), p. 363.

jurisdição competente, havendo, como avalia SÉRVULO CORREIA⁶⁹, uma influência alemã na definição:

A fórmula, primeiramente empregada no PCPAG e depois no ETAF, parece manifestamente inspirada pela primeira parte do § 54 da “*Verwaltungsverfahrensgesetz*”, em cujos termos “pode, mediante contrato, constituir-se, modificar-se ou extinguir-se uma relação jurídica no âmbito do Direito Público (contrato de direito público) desde que a isto não se oponham preceitos legais.

Se a inspiração francesa deixa de ser exclusiva, não afasta uma certa dose de influência da jurisprudência e da doutrina francesas na busca de um critério racional de definição dos contratos administrativos – não obstante se entenda que as concepções de serviços público e de cláusulas exorbitantes tenham sido respostas contingentes, que não foram capazes de afastar a contínua busca do verdadeiro critério de destinação. E, se o critério da cláusula sujeição explica parte da questão, não consegue albergar a totalidade das figuras contratuais da Administração⁷⁰.

Não se pode deixar de registrar a postura crítica de ESTORNINHO com relação à inadequação do conceito de relação jurídica administrativa, previsto no artigo 178, nº 1, do Código do Procedimento Administrativo, para servir de critério único à definição do caráter administrativo do contrato, por se revelar como um conceito equívoco quanto ao fundamento, o qual pode tanto remeter à noção de interesse público, à concepção de regime administrativo (cláusulas exorbitantes) ou à noção estatutária de origem alemã. Além disso, a emergência do direito comunitário dos contratos públicos, em cujo bojo acomodaram-se várias tradições jurídicas e vários contratos celebrados por diversos entes, públicos e privado) teria acentuado a publicização dos contratos da Administração, conferindo a todos um traço de direito público⁷¹.

AMARAL também afirma a influência francesa da concepção francesa no direito dos contratos públicos português, fundada na distinção entre contratos administrativo e contratos de direito privado, na mutabilidade da relação contratual administrativa ante

⁶⁹ SÉRVULO CORREIA, José Manoel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpr. 1987), p. 358.

⁷⁰ SÉRVULO CORREIA, José Manoel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpr. 1987), pp. 363-371 – como os contratos de cooperação paritária previstos no Projeto de Código de Processo Administrativo Gracioso.

⁷¹ ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos – por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014 (reimpres. 2012), pp. 38-39.

imperativos de interesse público e no princípio do equilíbrio financeiro, que visa evitar seja o interesse público realizado em detrimento do interesse do privado na contratação.⁷²

Para MENEZES DE ALMEIDA, a enunciação dos poderes do contraente público no artigo 302 do Código dos Contratos Públicos é prova da ainda influente concepção francesa de contrato administrativo no direito português⁷³.

2.3. Influência da concepção francesa no Brasil

A influência francesa no direito administrativo brasileiro pode ser ilustrada⁷⁴ com recurso à obra de Visconde do URUGUAI (Paulino José Soares de Souza), para quem o sistema francês seria, comparado com o anglo-saxão, “mais simples, mais metódico, mais claro e compreensivo, e o que mais facilmente pode ser adoptado por um país que arrasa, de um só golpe, todas as suas antigas instituições”. Se, de um lado, descreve a prevalência do *self-government* nos sistemas anglo-saxões, não deixa de manifestar sua inclinação à tendência centralizadora do sistema administrativo francês, de cuja “fonte têm ido beber a Bélgica, a Espanha, Portugal e Brasil”, sem ignorar, contudo, que “A França não goza de uma completa liberdade política, mas não há talvez país melhor administrado, e onde a segurança pessoal, o direito de propriedade e a imparcialidade dos tribunais sejam melhor assegurados e garantidos⁷⁵”.

O que não significa que a absorção da influência francesa tenha tido no Brasil o mesmo sentido que em outras monarquias europeias. Na França, Áustria e Prússia, a partir do conceito de polícia, “voltado à regulamentação da vida urbana e ao disciplinamento metucioso dos corpos individuais”, o qual foi tardiamente absorvido por Portugal (enquanto dele não necessitava para ser um Estado rico e poderoso), passou-se a um conceito de direito administrativo como limitador, pela lei, do arbítrio do monarca no

⁷² AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol II. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 548-549.

⁷³ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 191. Também sobre a influência francesa na concepção portuguesa de contratos administrativos: FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006, pp. 307-308.

⁷⁴ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 43-44.

⁷⁵ URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo* (1862). In: CARVALHO, José Murilo de (org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Ed. 34, 2002, pp. 502-503. Registre-se, a título de curiosidade, que esta importante figura histórica brasileira iniciou, em 1823, os estudos em direito na Universidade de Coimbra mas somente concluiu o curso na Faculdade de Direito de São Paulo em 1831.

exercício da polícia administrativas em contudo abandonar aquele desígnio de regulamentação e disciplinamento. No Brasil, diversamente, a construção do direito administrativo teve uma função constitucional de legitimação do poder real, orientado a “assegurar a felicidade geral, a conservação da nação e a estabilidade do governo imperial”⁷⁶.

Do ponto de vista institucional, aponta-se a criação do Conselho de Estado, no artigo 142 da Constituição de 1824, como uma clara manifestação da influência francesa⁷⁷, em que pese a sua tímida conformação, mais consultiva do que jurisdicional⁷⁸, do que não resultaram atuações de maior relevo no campo do direito administrativo – objeto de críticas por parte de, por exemplo, Visconde do URUGUAI⁷⁹ e Themistocles Brandão CAVALCANTI⁸⁰.

Mas, o que poderia ter evoluído, tal qual ocorreu com o próprio Conselho de Estado francês, foi interrompido em razão da proclamação da República e a influência das ideias norte-americanas – em especial, de interesse para a presente exposição, a afirmação da unidade de jurisdição⁸¹.

Seguiu-se, como avalia MENEZES DE ALMEIDA⁸², por força das transformações políticas e sociais que exigiram um novo papel da Administração, mais intervencionista, uma crescente produção doutrinária e legislativa. Diversamente do modo de elaboração do direito administrativo francês, em que o Conselho de Estado exerceu um papel criador e a doutrina um papel sistematizador, no Brasil os institutos de direito administrativo francês foram incorporados dogmaticamente pela doutrina e aplicados pela

⁷⁶ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. Espécie invasora - história da recepção do conceito de direito administrativo pela doutrina jurídica brasileira no século XIX. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, jan./abr. 2015, p. 244.

⁷⁷ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 45-46.

⁷⁸ A predominância de poderes consultivos coincide com o período da *justice retenue* do Conselho de Estado francês, durante o qual somente por aprovação do Imperador as manifestações do conselho adquiriam eficácia. Cfr. TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. In: *Temas de direito público*. Vol. I, 1997, p. 14.

⁷⁹ URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo* (1862). In: CARVALHO, José Murilo de (org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Ed. 34, 2002, pp. 164-165.

⁸⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. O nosso conselho de Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 24, abr. 1951, p. 6.

⁸¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 47-49.

⁸² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 51.

jurisdição como tal, sendo apenas posteriormente absorvidos pela legislação, mantido o caráter dogmático das formulações: “Aliou-se, assim, o caráter dogmático da formulação doutrinária, com o caráter conservador da aplicação judicial”.

A afirmação do contrato administrativo no Brasil deu-se, pois, pela incorporação da concepção francesa em que se sublinha a superioridade da Administração na relação, vergando-se os interesses privados, egoísticos⁸³, ao interesse público revelado pela Administração e passível de reavaliação a todo instante, mediante os poderes unilaterais de alteração e de rescisão. Acrescentando-se que a Administração somente se obriga pela Lei, resulta numa concepção de contrato administrativo como fonte *relativa* de obrigações, garantindo-se ao particular contratado um certo equilíbrio econômico-financeiro, mas não o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas. Ou, numa leitura ainda mais ácida, na concepção do contrato administrativo como “expropriação de bens ou serviços, com escolha isonômica do expropriado (por licitação, bem dito) e sem prévia indenização, mas diferida em parcelas”⁸⁴.

Se, em França, a concepção de contrato administrativo foi aos poucos sedimentada na jurisprudência do Conselho de Estado, afirmando-se no bojo de um Direito Administrativo, pouco legislado, avesso à ideia da codificação típica do direito privado, no Brasil coube, em primeiro lugar, à doutrina tomar como dogma concepções francesas sobre o contrato administrativo (as quais não tinham, em França caráter dogmático, mas flexível). Afastou-se, assim, a ideia corrente segundo a qual seria uma contradição a utilização de um instrumento que afirma a igualdade das partes nas relações entre a Administração e os administrados. Posteriormente, influenciada pela doutrina, veio a legislação a petrificar num regime jurídico único, aplicável a todos os contratos administrativos, o que na França seria uma espécie de *judge made law*, reveladora de maiores nuances e modulações.

MARQUES NETO⁸⁵ chama a atenção para a “maldição do regime único”: a Lei nº 8.666/1993, a partir do modelo de contrato de empreitada para obras de engenharia,

⁸³ Conforme avaliação já *supra* citada sobre o direito administrativo francês: COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'état – sur la démocratie en France et en Amérique*. Paris: PUF, 1985, pp. 95-96

⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, nº 107, dezembro/2009, pp. 76-77.

⁸⁵ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, nº 107, dezembro/2009, p. 78.

instituiu um regime jurídico único para os contratos da Administração por ela regulados o qual exerce expressiva influência em todas as contratações públicas – mesmo naquelas que deveriam ser consideradas como contratos privados da administração, seja pela insuficiência dos regimes próprios (concessões, parcerias público-privadas etc), o que demanda a aplicação subsidiária do regime geral, seja por influência da doutrina, que tende a analisar tudo pela ótica do regime geral.

Assim como MENEZES DE ALMEIDA, MARQUES NETO⁸⁶ defende, em vez de um regime “monolítico”, que não admite nuances e modulações, a utilização do contrato pela Administração como instrumento de regulação dos interesses das partes, permitindo uma maior adaptabilidade às peculiaridades do caso concreto, aos “objetivos específicos”, à mais conveniente alocação dos riscos. Sublinhe-se que o Autor não nega a importância de um regime geral dos contratos administrativos, “seja para assegurar o exercício das funções públicas dependentes do ajuste seja para conferir proteção ao particular contra a exorbitância do uso da autoridade. Contudo, essas regras deverão corresponder em cada distinta modalidade de contrato ao quanto necessário para adaptar o regime obrigacional às peculiaridades da ação estatal”.

Predomina, no direito brasileiro, certa concepção do contrato administrativo que o identifica pelo critério orgânico, expulsando, na prática, o que disciplinado na lei como contratos privados da administração. Afirma-se que a Administração não se desveste de suas prerrogativas quando entra qualquer contrato – pois a potestade pública seria inalienável⁸⁷. Assim, por exemplo, a decisão na AMS nº 110.574-DF, Tribunal Federal de Recursos, Rel. Min. Costa Leite. Visto que sempre orientada pela finalidade pública de sua atuação contratual, admitir-se-ia apenas uma modulação do grau de intensidade do regime de prerrogativas e sujeições em função da finalidade pública, observado o princípio da proporcionalidade⁸⁸.

⁸⁶ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, nº 107, dezembro/2009, pp. 78-79. Do que resulta, também, a importância da afirmação de um certo campo em que sejam reconhecidos contratos administrativos atípicos, como é previsto no Decreto-Lei nº 18/2018 português.

⁸⁷ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. *Concepção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 98.

⁸⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. Aplicação do Código Civil nas relações administrativas. *Interesse Público*, ano 15, nº 71, jan./fev. 2012, pp. 55-57.

Registre-se que, sendo da natureza dos contratos de empreitada, inclusive privados, o reconhecimento do poder de rescisão unilateral ao dono da obra, ao se formular o regime dos contratos administrativos a partir do regime de empreitada de obras públicas, opera-se uma extrapolação, quiçá exagerada, segundo nos parece, de tal poder de rescisão unilateral para todo e qualquer contrato administrativo – o que resta ainda mais exarcebado pela tendência de identificação do caráter administrativos dos contratos públicos com fundamento apenas no critério orgânico.

2.4. *Diferentes, mas iguais: a sujeição da Administração pública ao common law*

A diversidade das concepções francesa e britânica sobre o direito administrativo é explicada por FROMONT com base nas seguintes peculiaridades britânicas: a) prevalência do direito não escrito (*common law* e *equity*); b) a deferência da monarquia ao Parlamento e às autoridades locais (em virtude da Revolução Gloriosa, de 1689); e c) a aliança entre o Parlamento e as Cortes, que garantiu a estas o poder de continuar aplicando e desenvolvendo a *common law*. Encontrando-se o poder central dividido territorialmente (autoridades locais) e funcionalmente (Parlamento e Judiciário), prevaleceu, durante o século XIX, um desinteresse na elaboração de uma teoria do Estado, diversamente de outros países europeus⁸⁹.

Questão assaz interessante consiste em verificar que, ao menos em princípio, afirma-se a submissão dos contratos celebrados pela Administração ao *rule of law*, às normas do direito comum dos contratos privados, ao mesmo tempo em que se rejeita a plena submissão do Governo (EUA) e da Coroa (Reino Unido) às demandas dos contratantes em razão da afirmação das doutrinas *sovereign immunity*⁹⁰, da *executive necessity* ou da *rule against fettering*⁹¹.

⁸⁹ FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006, pp. 61-62.

⁹⁰ WHELAN, John W. e NAGLE, James F. *Federal government contracts – cases and materials*. 3ª ed. Foundation Press, 2007, p. 711.

⁹¹ DAVIES, Anne C. L. English law's treatment of government contracts: the problem of wider public interests. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, pp. 121-122.

2.4.1. Reino Unido

Deferente a esta tradição, DICEY influenciou mais de uma geração⁹² a respeito da incompatibilidade do *rule of law* (*due supremacy of the ordinary law of the land*) com o *droit administratif* – para o qual sequer haveria tradução efetivamente inteligível para o inglês, o que ilustra a intensidade com que rejeitou a concepção francesa⁹³. Em suma, avaliava o Autor que o mesmo *common law* regula as relações entre particulares e entre estes e a Coroa, ao passo que o *droit administratif* seria exatamente um direito que, derogando o direito comum, regula as relações entre a Administração e os cidadãos⁹⁴.

DICEY discorreu sobre a superioridade do modelo britânico, baseado no *rule of law*, em comparação com o modelo continental, baseado na exorbitância (ou mesmo regime de exceção) do direito aplicado à Administração. Do ponto de vista institucional, o reconhecimento da dupla soberania do Parlamento, no sentido de produzir regras de definição e de limitação dos poderes e de fiscalização da atuação com base na doutrina dos atos *ultra vires* jungiria a atuação da Administração ao *rule of law*, submetendo-se basicamente às mesmas regras que os entes privados⁹⁵.

Mas não se pode perder de vista que a defesa que DICEY faz da concepção britânica ignora que, com fundamento no *common law*, reconhece-se à Coroa uma série de privilégios (*royal prerogatives*), que constituem um certo estatuto especial a abranger matéria de prova, de recurso, de ser demandada em juízo, de responsabilidade, etc⁹⁶. Acrescente-se que somente em 1947, com a edição do *Crown Proceedings Act*, superou-se, na Inglaterra, a imunidade da Coroa à jurisdição civil.⁹⁷

A concepção de DICEY vem muito arraigada de uma leitura de Tocqueville que repudiava a jurisdição administrativa como odioso privilégio, por remeter às figuras das

⁹² Como anota FREEDLAND, a tese de DICEY mostra-se ainda influente na defesa da unidade da jurisdição. Cfr: FREEDLAND, Mark. The evolving approach to the public / private distinction in english law. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, pp. 96-97.

⁹³ DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10ª ed. Londres: Macmillan, 1962 (reimpr. 1959), p. 329.

⁹⁴ DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10ª ed. Londres: Macmillan, 1962 (reimpr. 1959), pp. 387-388.

⁹⁵ FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006, pp. 62-63.

⁹⁶ FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006, p. 63.

⁹⁷ FREEDLAND, Mark. The evolving approach to the public / private distinction in english law. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, p. 96.

jurisdições reais, abolidas pelo Parlamento britânico em 1641⁹⁸. É revelador que um dos maiores autores franceses, Jean RIVERO, no prefácio ao livro de FLOGAÏTIS, tenha reconhecido que a postura de DICEY foi a de um liberal que, nas críticas que fez à concepção francesa de direito administrativo, “reconheceu um instrumento de opressão, concebido para servir exclusivamente a um poder absoluto, no direito administrativo subtraído do juiz ordinário e confiado a um Conselho de Estado criado pelo déspota vencido em Waterloo”⁹⁹.

Como observa WADE, pretendendo apenas rechaçar uma certa concepção (a francesa) de direito administrativo, DICEY negou, equivocadamente, a existência de um direito administrativo britânico. Revelou-se, também, equivocado o principal fundamento da negativa de DICEY, qual seja, a caracterização da concepção francesa de direito administrativo como instituidora de um regime e de uma justiça de exceção¹⁰⁰.

Contudo, DICEY veio a reconhecer o desenvolvimento de um *administrative law* na Inglaterra, que se consolidou em virtude da multiplicação das tarefas sociais a cargo do Governo (pensões, saúde pública, seguro desemprego) que se estruturou, em termos institucionais, com a atribuição de poderes judiciais ou quase judiciais aos órgãos encarregados de tais novas tarefas. Sem prejuízo, como defende o Autor, da resistência do *rule of law* e da competência dos tribunais ordinários, no que seria ainda diverso do *droit administratif*¹⁰¹.

No período que o FROMONT¹⁰² identifica entre 1914 e 1970, novas demandas sociais decorrentes da industrialização e da urbanização acabaram por agigantar a Administração central britânica, à qual veio a se reconhecer legislativamente amplo espaço de discricionariedade, bastando mesmo que, em certos casos, a autoridade estivesse convencida da necessidade e utilidade da medida. Some-se a isto a multiplicação de autoridades administrativas independentes (*Administrative Tribunals*) incumbidas do

⁹⁸ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 41.

⁹⁹ FLOGAÏTIS, Spyridon. *Administrative law et droit administrative*. Paris: LGDJ, 1986, p. 15. Nas palavras de J. RIVERO: “On ne peut s’étonner que le livre refletat l’idéologie commune à tous les libéraux européens de la majeure partie du XIXème siècle, et vit um instrument d’oppression, conçu pour le service exclusif d’un pouvoir absolu, dans ce droit administratif soustrait a juge ordinaire, et confie à la garde d’un Conseil d’État créé par le despote vaincu à Waterloo”.

¹⁰⁰ WADE, H. W. R. *Administrative law*. Londres: Clarendon, 1961, p. 8.

¹⁰¹ DICEY, A. V. The development of administrative law in England. In: DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10ª ed. Londres: Macmillan, 1962 (reimpr. 1959), pp. 498-499.

¹⁰² FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006, p. 64.

exercício da jurisdição administrativa, no lugar da jurisdição comum ordinária – carentes, na sua criação, de maiores garantias. Acrescente-se que se assistiu a uma redução dos privilégios da Coroa, como o já citado *Crown Proceedings Act*, de 1947, que extinguiu o procedimento do *petition of right*¹⁰³.

Não obstate tais mudanças bruscas na conformação da Administração Pública britânica, WADE¹⁰⁴ ainda avaliava, em 1961, que: “A afirmação que o direito administrativo é direito ordinário, aplicado pela justiça comum, resta evidenciada pelo amplo campo de aplicação dos remédios processuais do direito privado, tais como ações de dano, injunções e declarações”.

O período subsequente revela uma tomada de consciência, uma consolidação das atividades administrativas exercidas pelo poder central, que passam a ser melhor reguladas e desenvolvidas e que reconhecem maiores garantias para os cidadãos – o que também coincide com um período de maior influência do direito produzido no âmbito da União Europeia. Consolidou-se um regime que reconhece à Administração poderes e reponsabilidades. Institui-se a figura do *ombudsman*, com a perspectiva de fazer renascer o controle jurisdicional de direito comum. Criou-se na *High Court* uma seção especializada nos assuntos da Administração (*Administrative Court*). Criou-se um remédio processual que permite ao particular demandar direitos públicos contra a autoridade (*application for judicial review*)¹⁰⁵.

Para FLOGAÏTIS¹⁰⁶, a edição do *Tribunals and Inquiries Act*, de 1958, consolidado em 1971, marca o fim de uma era na tradição britânica de negação do direito administrativo, ao transformar os diversos *administrative tribunals*, orientados primordialmente à análise de demandas sobre benefícios do *welfare state*, em órgãos jurisdicionais sujeitos a um conselho coordenador.

¹⁰³ WADE, H. W. R. *Administrative law*. Londres: Clarendon, 1961, p. 223.

¹⁰⁴ WADE, H. W. R. *Administrative law*. Londres: Clarendon, 1961, pp. 81-82. Mantivemos, na tradução, o *Oxford comma* que consta do original: “The fact that administrative law is ‘ordinary law’, enforced by ordinary courts, becomes particularly plain from the large part played by the ordinary remedies of private law, such as actions for damages, injunctions, and declarations.”

¹⁰⁵ FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006, pp. 65-66.

¹⁰⁶ FLOGAÏTIS, Spyridon. *Administrative law et droit administrative*. Paris: LGDJ, 1986, pp. 98-99. Sobre os *administrative tribunals* veja-se: SCHWARZ, Bernard e WADE, H. W. R. *Legal control of government – administrative law in Britain and in United States*. Oxford: Clarendon, 1978 (reed. ed. 1972), pp. 143-157.

Este movimento acentuou-se até a consolidação de um procedimento judicial para o julgamento da atividade administrativa, em 1977. Assim, na decisão *O'Reilly v. Mackman* (1983)¹⁰⁷, a Câmara dos Lordes reputou como abuso de direito o recurso a este novo procedimento para a resolução de causas estritamente privadas, e vice-versa. Já não se tratava mais, então, de mera taxinomia, nas palavras de FREEDLAND, mas de uma distinção entre direito público e direito privado com consequências de ordem prática na determinação do procedimento aplicável¹⁰⁸.

A evolução daria ainda um passo atrás, na esteira das ideias liberais que prevaleceram nos anos de 1990, em que o aumento da atividade contratual do Estado era percebido como um movimento em direção ao incremento do uso de formas privadas para a consecução das tarefas públicas que se sujeitavam, portanto, às mesmas regras de direito privado prescritas pela *common law*. Como marcos desta época, o *Deregulation and Contracting Out Act*, bem como a *Private Finance Initiative*. Em causa, portanto, a redução da esfera da atividade estatal percebida como essencialmente pública e a consequente redução da percepção de um espaço próprio para o direito público¹⁰⁹.

Outra onda de renovação ocorreu com a participação na União Europeia, o que ensejou uma certa influência do direito de concepção continental com relação aos procedimentos de procura pública e aos contratos administrativos, pela transposição das diretivas europeias, no *Public Contracts Regulation* e no *Utilities Contracts Regulation*, ambos de 2006¹¹⁰.

A União Europeia também legou ao direito (público) britânico as regras de direitos humanos, compostas pelo Convenção Europeia de Direitos do Homem, protocolos adicionais e a respectiva jurisprudência, com inequívoca e ainda mal resolvida influência sobre as contratações públicas. A tensão decorre exatamente da discussão acerca da

¹⁰⁷ Ora parcialmente superado pela decisão *Clark v. University of Lincolnshire and Humberside*, o que demonstra uma certa erosão de uma inequívoca distinção entre direito público e direito privado. Cfr. FREEDLAND, Mark. The evolving approach to the public / private distinction in english law. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/ private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, p. 103.

¹⁰⁸ FREEDLAND, Mark. The evolving approach to the public / private distinction in english law. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/ private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, pp. 96-98.

¹⁰⁹ FREEDLAND, Mark. The evolving approach to the public / private distinction in english law. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/ private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, pp. 98-99.

¹¹⁰ FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006, p. 323.

aplicabilidade de tais regras às relações entre os cidadãos e os entes privados contratados pela Governo para o desenvolvimento de atividades classificáveis como serviços públicos, como no caso dos serviços de saúde¹¹¹.

Há autores britânicos que defendem o reconhecimento de uma dimensão de direito público para os contratos do Governo, a despeito da enorme influência da diversa avaliação de DICEY sobre a incompatibilidade de tal conceito com a *rule of law*. Assim, DAVIES propõe ser inevitável o reconhecimento de um aspecto de direito público no âmbito dos contratos do Governo que, tendo este como figura central, cumpra a função de facilitar o atingimento dos objetivos públicos, sujeite à observância de certas regras e enseje a *accountability*. Do conjunto de regras de direito público que regulam o exercício das tarefas a cargo do Governo, a Autora destaca a regra da *common law* contra o agrilhoamento da discricionariedade (*no fettering of discretion*), muito embora, como será melhor explanado alhures, entenda que tal regra cria embaraços ao contratante privado¹¹².

Avalia DAVIES que o regime britânico dos contratos públicos (*government contacts*) apresenta, no âmbito interno, uma configuração relativamente informal, mais guiada por orientações internas elaboradas no âmbito dos próprios entes públicos do que pela *common law*, voltando-se à realização da máxima *best value for money*. Por sua vez, as normas da União Europeia, assim como as do *General Procurement Agreement*, firmado por alguns membros da Organização Mundial do Comércio, cumprem um papel mais voltado a evitar a discriminação de fornecedores não nacionais, garantindo a consolidação do mercado comum e do livre comércio também nas compras governamentais. Do que resulta uma certa complementação das agendas, ainda que não seja impossível a ocorrência de conflitos¹¹³.

Veja-se que a prática da contratação pelos entes públicos levou à consolidação de modelos uniformes que contemplam cláusulas padronizadas, em oposição a uma ideia privada de contrato formado pela livre negociação entre partes *at arm's length*. A formação de tais modelos uniformes, com a participação de diversos atores públicos, pode sugerir ser

¹¹¹ FREEDLAND, Mark. The evolving approach to the public / private distinction in english law. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/ private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, p. 102.

¹¹² DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, pp. 67-69.

¹¹³ DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, p. 33 e pp. 52-53.

um equívoco reconduzir tais contratos da Administração somente aos preceitos do direito comum dos contratos. Dentre as cláusulas padronizadas é comum a previsão da *break clause*, que confere ao contratante público a possibilidade de extinguir o contrato mediante notificação por escrito e o pagamento de uma compensação, bem como de outras cláusulas que conferem poderes de direção e de supervisão, sujeitos ao mesmo controle do poder discricionário¹¹⁴.

Atualmente, são de fundamental relevância para o tema das contratações públicas na concepção britânica as normas produzidas no âmbito da própria Administração, sejam *government guidances*, dos quais o mais relevante é o *OGC's (Office of Government Commerce) Gateway*¹¹⁵, sejam modelos padronizados de contrato (*standard form contracts*). Tratam-se, pois, de normas que, embora sejam obrigatórias para os agentes públicos aos quais endereçadas, escapam de uma definição mais estrita de lei, vez que não derivam diretamente do *common law*, nem repousam sobre uma delegação legislativa atribuída pelo Parlamento – o que não significa que sejam *soft law* no sentido de serem disponíveis para o ente público contratante. Na dinâmica entre *government regulators* e *government regulated*, tais normas constituem inequívoco mecanismo de orientação e *compliance* com o principal objetivo de obter *best value for money*, em razão de estar em causa o dispêndio de recursos públicos¹¹⁶.

A tradicional concepção britânica de *rule of law* assevera que os contratos celebrados pela Administração sejam submetidos, em princípio, ao direito comum privado, não obstante defenda-se que “o ente público tenha certos privilégios e que deve perseguir objetivos de interesse geral”¹¹⁷. Assim, já não parece ser correta a assertiva segundo a qual a ausência de um direito dos contratos público é dos traços característicos do direito inglês, aplicando-se apenas e tão somente o direito comum (privado). Ainda que neste sejam encontrados seus fundamentos, há diversas normas de natureza pública que se sobrepõem às de natureza privada e se aplicam apenas aos contratos celebrados por entes públicos¹¹⁸.

¹¹⁴ CRAIG, Paul. *Administrative law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1983, pp. 592-593.

¹¹⁵ Sucedido pelo *Crown Commercial Service*.

¹¹⁶ DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, pp. 34-35. Como esclarece o Autor, diversos atores do governo central participam da regulação, como os *spending departments*, o *Treasury*, e o *Office of Government Commerce* (OGC). Por sua vez, obrigam-se não apenas os departamentos do governo central, como também as autoridades locais, ainda que com menos intensidade.

¹¹⁷ FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006, pp. 321-322.

¹¹⁸ DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, p. 42-48.

Um aspecto interessante repousa na tradicional aplicação pela jurisprudência aos contratos públicos da teoria dos atos *ultra vires*, inicialmente forjada no direito privado a propósito das companhias de responsabilidade limitada (*private limited liability companies*). O fundamento de tal transposição encontra-se na concepção da atribuição de poderes (*vires*) aos entes públicos pelo Parlamento como um ato de natureza pública por excelência, realizado exclusivamente no interesse do ente público¹¹⁹. A concepção parlamentarista britânica, de um Estado dirigido a partir do Parlamento, dá ensejo a esta aplicação da teoria dos atos *ultra vires* aos atos que, de alguma forma, se desviam dos poderes atribuídos aos entes públicos pelo *statute*¹²⁰.

2.4.2. Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, a influência da *common law* inglesa veio a se por em questão com a ampliação do “intervencionismo estatal”, que, na versão norte-americana, firmou-se na figura das agências (*agencies*), desde finais do século XIX até meados do século XX¹²¹. Trata-se de uma alternativa norte-americana à estatização de setores da economia, como foi comum na Europa continental, que se iniciou com a criação do *Interstate Commerce Commission* de 1887¹²².

A regulação da economia pelo Estado, através da figura das *agencies*, teve início no contexto da expansão norte-americana para o oeste. As empresas de transporte ferroviário valiam-se da máxima *as traffic would bear* para maximizar seus lucros, o que encontrou enorme resistência por parte dos fazendeiros da região. Uma vez organizados (movimento conhecido como *national grange*), os fazendeiros lograram a aprovação de leis estaduais de regulação das tarifas dos transportes e dos preços de armazenagem de grãos. A constitucionalidade de tais leis foi questionada na Suprema Corte, a qual, por

¹¹⁹ FREEDLAND, Mark. The evolving approach to the public/private distinction in english law. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, p. 106.

¹²⁰ SERVULO CORREIA. *A autonomia contratual da administração no direito inglês*. Separata da Edição Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró”, 1988, p. 29.

¹²¹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 51.

¹²² COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'état – sur la démocratie en France et en Amérique*. Paris: PUF, 1985, p. 97.

ocasião do caso *Munn v. Illinois*, entendeu possível a regulação da economia quando presentes interesses públicos (*business affected with a public interest*)¹²³.

A evolução do direito administrativo norte-americano operou-se com a crescente preocupação com relação à “hipertrofia do poder administrativo”, dada a proliferação de agências, o que culminou com a edição do *Federal Administrative Act*, em 1946. Como resultado de um certo compromisso entre o Governo e o poder judiciário, impôs certos parâmetros de publicidade e de procedimentos para tomada de decisão¹²⁴.

Ainda que se assemelhe à concepção francesa, na medida em que a legislação norte-americana busca obter um equilíbrio entre o interesse público e a proteção dos contratados, adota outros mecanismos para atingir tal objetivo, mais voltados à distribuição do risco¹²⁵. Após uma certa crise de confiança no modelo das *agencies*, em razão das críticas dirigidas à ineficácia e à captura das agências pelos setores regulados, emergiu uma noção de *Administrative Law* que, superando a concepção como mero controle do exercício do poder administrativo, abraçou um modelo de democracia participativa que se apoia na representação de interesses públicos não organizados por associações e por escritórios de advocacia especializados, com ampla possibilidade de resolução das questões no âmbito do poder judiciário¹²⁶.

Embora, diferentemente do Reino Unido, não tenha refutado uma certa concepção de direito administrativo, especialmente centrada na figura das *agencies*, o direito dos contratos celebrados pelo Governo não foi erigido a categoria especial como na concepção francesa. Desde o caso *Cooke v. United States* (1875), afirmou-se a doutrina segundo a qual os contratos firmados pelo Governo são contratos privados: *If [the government] comes down from its position of sovereignty, and enters the domain of commerce, it submits itself to the same laws that govern individuals there*¹²⁷.

¹²³ TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. In: *Temas de direito público*. Vol. I, 1997, p. 16.

¹²⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 53. COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'état – sur la démocratie en France et en Amérique*. Paris: PUF, 1985, p. 98.

¹²⁵ DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, p. 58.

¹²⁶ COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'état – sur la démocratie en France et en Amérique*. Paris: PUF, 1985, p. 99.

¹²⁷ Citado por: WHELAN, John W. e NAGLE, James F. *Federal government contracts – cases and materials*. 3ª ed. Foundation Press, 2007, p. 40. Nossa tradução: *Se o Governo desce de sua posição de soberania e adentra no domínio do comércio, submete-se às mesmas regras aplicáveis aos indivíduos em tal âmbito*.

Em comparação com o direito britânico, o direito norte-americano dos contratos da Administração (*government contracts*) apresenta aspecto mais formal, na medida em que se encontra mais pautado por normas legais em sentido estrito (*statutes*) do que por orientações internas da própria administração. Ademais, no direito norte-americano, as cláusulas padronizadas dos *federal Government contracts* encontram fundamento no FAR (*Federal Acquisition Regulation*), no que difere do caráter menos formal das orientações internas que prevalecem no direito britânico¹²⁸.

Observe-se que o FAR encontra fundamento direto no *Federal Procurement Policy Act*, de 1974, lei (*statute*) editada pelo Congresso norte-americano, que instituiu o *Office of Federal Procurement Policy*, no âmbito do *Office of Management and Budget*, diretamente ligado ao Presidente. A fim de abarcar todo o braço executivo do governo americano, atribui-se a elaboração do FAR, em conjunto, ao citado *Office of Procurement Policy*, bem como ao Departamento de Defesa e à NASA¹²⁹.

3. DO RECONHECIMENTO DO PODER DE RESOLUÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO

A questão a ser posta consiste em analisar quais são as soluções para as hipóteses em que entram em conflito o interesse público perseguido pelo ente público na contratação e a própria manutenção da contratação. Se, por um lado, é usualmente reconhecida a necessidade de manutenção da liberdade de ação do ente público, ainda que às custas da manutenção do contrato, as soluções para resolver a questão apresentam-se um tanto quanto diversas, conforme as diferentes concepções sobre a contratação pública reconheçam, de ordinário, poderes exorbitantes de ordem extracontratual ao contratante público¹³⁰.

¹²⁸ DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, p. 59.

¹²⁹ Para os fins do presente trabalho, cremos bastar a referência à regulamentação dos contratos públicos norte-americanos em nível federal.

¹³⁰ TURPIN, Colin C. Public contracts (capítulo IV). In: *International encyclopedia of comparative law*. Vol VII, parte 1 – *Contracts in general*. Tübingen: J. C. B Mohr, 1982, p. 40.

Não há, em França, previsão legislativa para a resolução unilateral por interesse público, a qual se funda no reconhecimento jurisprudencial de um tal poder ao ente público contratante no seio de um contrato administrativo.

De ordinário, refere-se à decisão do Conselho de Estado francês no caso *Distillerie de Magnac-Laval*, de 1958 como o atestado do inequívoco reconhecimento do poder de rescisão unilateral do contrato administrativo em razão do interesse público. Havia o Estado francês, após a desocupação nazista no final da II Guerra Mundial, iniciado uma política de intervenção na produção e na comercialização de álcool a fim de estimular o incremento da produção nacional. No ano de 1953, tendo a agricultura francesa sido tomada pelo cultivo de beterraba para a produção de álcool, e considerando os altos custos para as finanças públicas que representava a manutenção de tal política pública de intervenção na economia, editou-se o decreto de 09/08/1953 que estabeleceu a redução gradual da quantidade a ser obrigatoriamente adquirida pelo Estado bem como extinguiu o regime que possibilitava ao Estado adquirir, por contrato, uma quantidade adicional de álcool, com efeito extintivo aos contratos em curso¹³¹.

Na decisão, fixou-se que a Administração poderia validamente reduzir a quantidade de álcool a ser compulsoriamente adquirida, revogar o regime de aquisição mediante contrato de quantidades suplementares, bem como poderia rescindir os contratos de aquisição suplementar de álcool em curso, individualmente ou de um só golpe, por decreto, garantindo-se aos produtores contratados o direito à indenização, diversamente do regime de direito privado, no qual somente seria possível a rescisão por culpa (*faute*) de uma das partes¹³².

Como anota GIACOMUZZI, há, na decisão, um silogismo insuperável que decorre, a rigor, da aceitação dos poderes exorbitantes da Administração como um dado *a priori*, que não admite contestação, como típica expressão do dualismo entre direito público e direito privado. Consiste o silogismo em afirmar que o Estado goza de um poder inerente de

¹³¹ LACHAUME, Jean-François. *Les grandes décisions de la jurisprudence – droit administratif*. 12^a ed. Paris: PUF, 1999, p. 419.

¹³² Conforme consta da citada decisão: “il lui appartenait, em tout état de cause, en vertu des règles applicables aux contrats administratifs, et sous réserve des droits à indemnité des intéressés, de mettre fin, comme il l’a fait, à ces marchés de fournitures”.

irescindir unilateralmente o contrato como decorrência do regime jurídico de direito público aplicável ao caso¹³³.

Se, como se verá, no direito norte-americano dos contratos públicos, a *termination for convenience* surgiu no contexto de contratos das forças armadas, também o Conselho de Estado francês teve que se debruçar sobre o tema da rescisão por ocasião dos conflitos, antes mesmo da sempre citada decisão de 1958 no caso *Magnac-Laval*. Como anota LAUBADÈRE¹³⁴, houve uma série de decisões do Conselho de Estado que reconheceram à Administração o direito de rescindir os contratos de fornecimento para as operações de guerra após a cessação do conflito – (09/01/1923) *Chantiers de Saint-Nazaire*; (08/07/1925) *Chantiers de la Loire*; (06/06/1930) *Chantiers du Midi*. Inclusive, na decisão do Conselho de Estado no caso *Compagnie du Gaz de Bordeaux* (3003/1916), já se havia afirmado o poder de rescisão dos contratos de fornecimento, desde que garantida uma indenização ao contratado privado.

Afirma-se, destarte, um regime próprio do contrato administrativo que implica, independentemente de expressa previsão, o poder de modificação e de rescisão unilateral. Ademais, conforme decidiu o Conselho de Estado no caso *EUROLAT* (06/05/1985), o poder de rescisão unilateral não admite limitação por uma cláusula contratual¹³⁵.

Na decisão dos casos *Société TV 6* e *Société France V* (02/02/1987), o Conselho de Estado afirmou que se reconhece ao poder concedente, em virtude de regras aplicáveis aos contratos administrativos em geral – inclusive de concessão – o poder de por fim ao contrato por razões de interesse público¹³⁶. Tal decisão pôs fim à celeuma que decorria da distinção até então feita pela jurisprudência entre o resgate (*rachat*) da concessão e a resolução unilateral, do que se concluía não ser possível a resolução unilateral nos casos de concessão. O Tribunal de Conflitos veio, ainda, a esclarecer que o resgate outra coisa não é

¹³³ 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, p. 341.

¹³⁴ LAUBADÈRE, André. Du pouvoir de l’administration d’imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l’étranger*, n° 1, jan./mar.-1954, p. 47.

¹³⁵ LONG, Marceau *et alii*. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 138.

¹³⁶ LACHAUME, Jean-François. *Les grandes décisions de la jurisprudence – droit administratif*. 12^a ed. Paris: PUF, 1999, p. 420. LONG, Marceau *et alii*. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 138.

que a resolução unilateral regulada pelo contrato (*Soc. d'amenénegement et de developpement de Briançon-Montgenèvre*, 02/03/1987)¹³⁷.

Nesta mesma decisão, o Tribunal de Conflitos afirmou que compete à Administração o poder de rescisão unilateral por motivo de interesse público mesmo no silêncio do contrato (*Soc. d'amenénegement et de developpement de Briançon-Montgenèvre*, 02/03/1987). Também o Conselho Constitucional francês já teve oportunidade, na decisão CC 84-185, DC 18/01/1985, de manifestar que o poder de rescisão unilateral, atribuído por lei à Administração no regime dos contratos de associação das escolas privadas ao ensino público, é compatível com os princípios aplicáveis aos contratos públicos¹³⁸.

Colhe-se na jurisprudência do Conselho de Estado que são considerados motivos de interesse público a ensejar a rescisão unilateral tanto as modificações das necessidades e do funcionamento do serviço público (*Ministre des finances c./ Societé financière d'exploitations industrielles*, 23/05/1962), a supressão ou reorganização do serviço (*Societe du port du pêche de Lorient*, 26/02/1975), o desentendimento entre dois contratados (*Office public d'HLM de la ville d'Alès c. Brasseur*, 31/01/1968), ou a modificação do capital social da contratada (*Soc. des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, 31/07/1996)¹³⁹.

A possibilidade de resolução unilateral por motivos orçamentários também já foi reconhecida no caso *Jedjiga*, julgado pelo Conselho de Estado em 08/07/2005. O que, no entender de RICHER, não significa possa sempre e em qualquer hipótese ser acolhido como motivo suficiente, como no caso de resolução unilateral de um contrato para obter melhor preço no mercado em razão de ser improvável que a eventual economia de recursos compense o valor da indenização a ser pago¹⁴⁰.

¹³⁷ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 250.

¹³⁸ LONG, Marceau et alii. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 139.

¹³⁹ LONG, Marceau et alii. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 139.

¹⁴⁰ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 253.

Considera-se, pois, que o poder de rescisão unilateral configura-se como uma competência discricionária da Administração que independe de expressa previsão contratual e não admite renúncia¹⁴¹.

Mas, se o reconhecimento do poder de resolução unilateral por interesse público não encontra maiores resistências, a questão do seu fundamento encerra algumas discussões doutrinárias no âmbito da concepção francesa, acomoda-se legislativamente nos ordenamentos português e brasileiro e encontra tratamento diverso nos regimes adotados no Reino Unido e nos Estados Unidos.

3.1. Poder de resolução unilateral como expressão do poder de alteração unilateral

Há entendimento doutrinário segundo o qual o poder de rescisão unilateral do contrato administrativo por interesse público é “o prolongamento lógico do seu poder de modificação unilateral e se justifica pela mesma necessidade de adaptação da ação administrativa às circunstâncias que podem se modificar”¹⁴².

Ante a mutabilidade do interesse público em razão da alteração das circunstâncias, afirmado o primado daquele, afasta-se a imutabilidade dos contratos privados traduzida no princípio *pacta sunt servanda*, para se afirmar o poder de modificação (e rescisão) unilateral, como no caso julgado pelo Conselho de Estado em 02/02/1983 (*Union des transports publics urbains*). Afirma-se que o poder de modificação unilateral do contrato administrativo dá ensejo ao poder de rescisão unilateral no interesse do serviço, na hipótese de a Administração considerar que o contrato não mais satisfaz às necessidades do serviço público¹⁴³.

¹⁴¹ GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Tomo I – *Droit administratif general*. 16ª ed. Paris. LGDJ, 2001, p. 704.

¹⁴² RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13ª ed. Paris: Dalloz, 1990, pp. 168-169. No original: “Cette prérogative est le prolongement logique de don pouvoir de modification unilatérale et se justifie par la même necessite d’adaptation de l’action administrative à des circonstances susceptibles de se modifier”. No mesmo sentido: GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Tomo I – *Droit administratif general*. 16ª ed. Paris. LGDJ, 2001, p. 704. WALINE, Jean. *Droit administratif*. 23ª ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 453. TURPIN, Colin C. Public contracts (capítulo IV). In: *International encyclopedia of comparative law*. Vol VII, parte 1 – *Contracts in general*. Tübingen: J. C. B Mohr, 1982, pp. 40-41.

¹⁴³ LONG, Marceau *et alii*. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 138

Portanto, desde esta perspectiva, imprescindível que se compreenda o poder de alteração unilateral para tratar do poder de rescisão unilateral.

Uma importante questão que foi submetida ao exame do Conselho de Estado francês consistiu em examinar a possibilidade de alteração de contratos de concessão de serviços de iluminação pública a gás a fim de exigir a atualização da para energia elétrica. Neste sentido, veja-se a decisão do Conselho de Estado de 10/01/1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, em que se reconheceu a possibilidade de a Administração exigir a atualização da forma de prestação do serviço, permitindo-se, inclusive, a atribuição a outra empresa no caso de recusa. O Conselho entendeu que o direito de privilégio de exploração do serviço que decorre da concessão resume-se a um direito de preferência a continuar prestando o serviço na forma designada pela Administração¹⁴⁴.

Em 11/03/1910, no caso *Compagnie Générale Française de Tramways*, o Conselho de Estado decidiu pela manutenção do ato da Administração que havia determinado o aumento no número de viagens diárias durante o verão, por entender que, compondo-se a concessão por um ato de natureza regulamentar (caderno de encargos) e um por um ato de natureza ato contratual, permitir-se-ia a alteração unilateral nas cláusulas de natureza regulamentar com a finalidade de satisfazer ao interesse público, garantindo-se ao concessionário a eventual indenização pelo agravamento das condições de prestação do serviço (donde a ideia de equilíbrio econômico-financeiro) ou, caso a alteração resultasse em ônus insuportáveis ao concessionário, o direito a pleitear a rescisão do contrato. Trata-se de decisão que inovou na jurisprudência do Conselho, visto que, no caso *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord*, de 13/01/1903, havia decidido pela possibilidade de autolimitação do poder regulamentar por força das disposições contratuais – vale dizer, pela prevalência do contrato em face do ato administrativo de alteração. No caso de 1910,

¹⁴⁴ É interessante notar que, da leitura do julgado, um dos fundamentos da decisão repousa no silêncio do contrato sobre a forma de prestação do serviço de iluminação pública, e, portanto, não parece que a *ratio decidendi* tenha sido o reconhecimento de um poder de efetiva alteração dos termos do contrato: “*qu’il en est autrement du défaut de toute stipulation dans le traité de prorogation intervenu en 1887, époque où l’éclairage au moyen de l’électricité fonctionnait déjà dans des localités voisines ; qu’à cet égard les parties sont en faute de n’avoir pas manifesté expressément leur volonté, ce qui met le juge dans l’obligation d’interpréter leur silence et de rechercher quelle a été en 1887 leur commune intention*”. A substituição da iluminação a gás por energia elétrica encontrou solução diversa em outros países, como, por exemplo, na Itália, onde se consolidou o entendimento acerca da natureza unilateral (não contratual) e, portanto, revogável, da concessão, cf. ATHAYDE, Augusto de. *Poderes unilaterais da administração sobre o contrato administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 1981, p. 13.

pelo contrário, afirmou-se que tal poder somente deveria encontrar limites na própria lei, mas não no contrato.

Da decisão, G. JÈZE extraiu a seguinte conclusão: a Administração tem o poder de modificar, por via de regulamento e por razões de interesse geral, a organização do serviço público¹⁴⁵.

Tal decisão revolucionou o conceito de concessão, na medida em que a decompôs em um ato de natureza regulamentar e outro de natureza contratual e garantiu ao concessionário o direito à indenização por fato do príncipe como se o contratante público tivesse tomado uma medida de cunho geral que tornou a execução do contrato mais onerosa¹⁴⁶.

Há inequívoca influência do pensamento de Leon Duguit quanto ao caráter misto do contrato de concessão, composto por uma parte contratual, da qual decorrem direitos subjetivos, e outra parte ato-condição e/ou ato-regra, da qual decorrem regras ou situações jurídicas objetivas modificáveis por ato da Administração no interesse do funcionamento do serviço público¹⁴⁷.

Frise-se que, consentâneo com o pensamento de G. JÈZE, deve a alteração ou supressão decorrer do poder regulamentar de organização do serviço público com vistas ao melhor atendimento do interesse público. Decorre, de tal afirmação, que os aspectos contratuais devem obedecer à máxima *pacta sunt servanda*, o que impede, por exemplo, a substituição do concessionário por ato unilateral da Administração¹⁴⁸.

Em que pese tenha sido decidido pela primeira vez num caso de concessão de serviço público (no citado caso *Compagnie générale des tramways*), há quem defenda que o poder de modificação (e rescisão) unilateral tem caráter geral, não se restringindo aos

¹⁴⁵ JÈZE, Gaston. Nature juridique de la concession de service publique (Conseil d'État, 11 mars 1910, Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française de tramways), *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. 27, ano 17, 1910, p 290.

¹⁴⁶ BURDEAU, François. *Histoire du droit administratif*. 1ª ed. Paris: PUF, 1995, p. 283.

¹⁴⁷ ATHAYDE, Augusto de. *Poderes unilaterais da administração sobre o contrato administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 1981, pp. 28-29.

¹⁴⁸ JÈZE, Gaston. Théorie générale des contrat de l'administration.. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. 53, ano 43, 1936, p. 69.

contratos de concessão em que a dualidade entre cláusulas regulamentares e contratuais afigura-se mais evidente¹⁴⁹.

Quando de concessão de serviço público não se trata, o regime jurídico público assentar-se-ia na desigualdade entre as partes que decorre da supremacia do interesse público e do poder de auto executoriedade (*puissance publique*)¹⁵⁰.

Mas esta posição não é pacífica, tendo muitas nuances que, no geral, condizem com o desenvolvimento jurisprudencial do contrato administrativo na França.

Esta é a leitura que BENOIT faz do caso *Compagnie générale française des Tramways*: uma decisão acerca do possível exercício, em face de razões de interesse geral, do poder de polícia ou do poder de organização dos serviços públicos, a despeito da estipulação contratual¹⁵¹.

Num trabalho de 1945, G. JÈZE, forte na noção de serviço público, rechaça a ideia segundo a qual o poder de modificação unilateral do contrato seja uma das características de todo contrato administrativo, tal como então usualmente defendido, por exemplo, por G. PEQUIGNOT¹⁵². Tal poder seria, conforme defende JÈZE, uma decorrência do poder de natureza regulamentar que assiste à Administração para alterar a organização do serviço, aplicável, pois, nos contratos de concessão e nos contratos de obras públicas (*marché de travaux publics*)¹⁵³.

Num dos trabalhos franceses mais influentes sobre o poder de modificação unilateral do contrato administrativo, LAUBADÈRE¹⁵⁴ refere-se a esta posição de JÈZE como restritiva, tendo sido, ademais, considerada inovadora no pensamento deste, o qual já

¹⁴⁹ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13ª ed. Paris: Dalloz, 1990, p. 161. Assim também: GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Tomo I – *Droit administratif general*. 16ª ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 704.

¹⁵⁰ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 22.

¹⁵¹ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 638.

¹⁵² PEQUIGNOT, Georges. Les contrats de l'administration. Les deux sortes de contrats e leurs critères. *Juris-classeur administratif*, fascículo 500, nº 4, 1952, p. 26. Anote-se que, como lembra RICHER, PEQUIGNOT concebia o contrato administrativo como um instituto específico, diferente dos contratos em geral, uma situação intermédia entre uma relação contratual e uma relação estatutária exatamente em função do amplo reconhecimento de poderes próprios para a Administração contratante. Cfr: RICHER, Laurent. La résiliation unilatérale: motifs et procédures de rupture. *L'Actualité de la Commande et des Contrats Publics*, nº16, novembro-2002, p. 30.

¹⁵³ JÈZE, Gaston. Notes de jurisprudence. Régime juridique du contrat administratif. *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. 60, ano 51, 1945, pp. 257-258.

¹⁵⁴ LAUBADÈRE, André. Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, nº 1, jan./mar.-1954, pp. 41-42.

havia defendido, em trabalho anterior, o reconhecimento da aplicação do poder de modificação unilateral em todos os contratos administrativos. Também criticou o laconismo de JÈZE, que reconheceu o poder de modificação unilateral nos contratos de concessão e nos de obras públicas, sem explicitar o fundamento, sendo certo que a explicação usualmente apresentada para o contrato de concessão, que decorre da sua concepção como ato híbrido (regulamentar e contratual), não se aplica aos contratos de obras públicas¹⁵⁵.

LAUBADÈRE, por sua vez, nega que o fundamento seja a natureza eventualmente híbrida do ato, pois, como defende, o que coloca em causa a definição de um dado aspecto da contratação como regulamentar é a específica medida de (re)organização do serviço público. Conclui que, nos contratos de concessão, o poder de modificação e de rescisão decorrem do poder que a Administração mantém sobre o serviço público mesmo quando o concede para exploração pelo particular; nos contratos de obras públicas, de modo semelhante, a condição de “dono da obra”, a qual se realiza no interesse público, fundamenta o poder de alteração e de rescisão; por fim, nos demais contratos administrativos, como é o caso dos contratos de fornecimento, o reconhecimento dependeria da intensidade da colaboração do particular na realização do serviço público, havendo, pois, maior espaço para o poder de rescisão e modificação quanto mais direta a colaboração¹⁵⁶.

Esta concepção do poder de resolução unilateral como expressão do poder de modificação encontra ecos na doutrina de Diogo Freitas do AMARAL, o qual avalia que se fundamenta o exercício do poder de resolução unilateral por motivo de interesse público em idêntica ponderação a respeito da mutação do interesse público, ou seja, novas necessidades ou nova avaliação das condições existentes, as quais não se satisfazem pela modificação unilateral do contrato¹⁵⁷.

¹⁵⁵ LAUBADÈRE, André. Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, n° 1, jan./mar.-1954, p. 57.

¹⁵⁶ LAUBADÈRE, André. Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, n° 1, jan./mar.-1954, p. 57 e pp. 61-63

¹⁵⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol II. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 657.

3.2. Crítica à posição da equiparação entre o poder de resolução e o de alteração unilateral

Preliminarmente, ainda que o poder de resolução unilateral e o de alteração unilateral tenham o mesmo fundamento, importa destacar que visam objetos distintos, visto que o poder de resolução unilateral tem por objeto promover a extinção de todo o bloco contratual (eficácia extintiva), ao passo que o poder de alteração unilateral tem por objeto promover a alteração de certo(s) aspectos da contratação (eficácia modificativa)¹⁵⁸.

Em França, como defende BENOIT, o poder de rescisão unilateral por interesse público, exercível a qualquer momento, é reconhecido para todos os contratos administrativos, ainda que não expressamente previsto no contrato¹⁵⁹.

Por certo, este poder encontra grande desincentivo na indenização integral garantida ao contratado, o que pode resultar na manutenção de um contrato ainda que inútil ou inapto ao interesse geral¹⁶⁰.

Para BÉNOIT¹⁶¹, afirmar que o poder de rescisão unilateral é uma variação do poder de modificação unilateral demonstra um certo desconforto em aceitar tal poder. Conforme preceitua, trata-se de um poder diverso e mais grave que o de modificação. Pois uma coisa é impor ao contratado uma obrigação diversa daquela que ele aceitou, obrigando-o a continuar a execução das prestações a seu cargo. Coisa diversa é simplesmente extinguir o contrato, exonerando o contratado de suas obrigações e garantido o direito à indenização pelo lucro esperado no momento da contratação. Deveria, pois, ser reconhecido com naturalidade o poder de rescisão unilateral com fundamento em interesse público, em que se equilibram as necessidades do serviço e das finanças públicas e o interesse do contratado, via de regra conversível em pecúnia.

Afirma-se, assim, que o fundamento do poder de rescisão unilateral encontrar-se-ia, pois, no interesse do serviço público, em função do qual foi celebrado o contrato

¹⁵⁸ FREITAS, Lourenço Vilhena. *Direito dos contratos públicos e administrativos*. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 451.

¹⁵⁹ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 661.

¹⁶⁰ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 662.

¹⁶¹ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, pp. 662-663. Reitere-se que o Autor é contrário à aceitação de um poder de natureza contratual de modificação unilateral, o qual deve ser restrito ao exercício de poderes de polícia ou de organização do serviço público e resolvidas pela teoria do fato do príncipe. Por sua vez, supressões quantitativas podem ser reconduzidas à noção de rescisão parcial e, portanto, as admite.

administrativo, desde que garantida uma indenização ao contratado, conforme, por exemplo, a decisão do Conselho de Estado no caso *Société TV 6* (0202/1987)¹⁶².

Segundo propõe ATHAYDE, o eventual exercício de um poder de modificação ou rescisão, sem previsão contratual seriam expressões da teoria do *fait du prince* correspondentes aos atos que diretamente intervêm no regime contratual¹⁶³. Também para LACHAUME, o poder de rescisão unilateral configura-se como expressão máxima do fato do príncipe, reconhecido à Administração no interesse geral, que se fundamenta na supremacia do interesse geral sobre os interesses individuais e privados e garante, em princípio, uma indenização ao contratado¹⁶⁴.

Opõe-se BÉNOIT à concepção que funda o direito do contratado à indenização por fato do príncipe no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em razão de uma responsabilidade contratual sem culpa. Tendo agido a Administração no exercício de poderes não contratuais (poder de polícia ou de organização dos serviços públicos), surgiria uma responsabilidade híbrida: que se fundamenta na responsabilidade geral da Administração por seus atos e resta, contudo, mais facilmente comprovada em razão de o contratado gozar de uma posição contratual que possibilita a fácil demonstração do prejuízo anormal por ele suportado. De tal modo que, para o Autor, o tema do equilíbrio econômico-financeiro é de responsabilidade geral da Administração¹⁶⁵.

3.3. Do poder de resolução unilateral como expressão da prerrogativa expropriatória e sua crítica

É possível avaliar o poder de resolução unilateral por motivo de interesse público como uma expressão da prerrogativa expropriatória geralmente reconhecida à Administração.

¹⁶² VEDEL, Georges e DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Tomo I. 11ª ed. Paris: PUF, 1990, p. 418.

¹⁶³ ATHAYDE, Augusto de. *Poderes unilaterais da administração sobre o contrato administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 1981, p. 11.

¹⁶⁴ LACHAUME, Jean-François. *Les grandes décisions de la jurisprudence – droit administratif*. 12ª ed. Paris: PUF, 1999, p. 422.

¹⁶⁵ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, pp. 641-642.

Para GARCIA DE ENTERRIA e FERNANDEZ¹⁶⁶, a exorbitância dos contratos administrativos em relação ao direito comum dos contratos reside na prerrogativa de autotutela executória que se reconhece em geral à Administração e, portanto, de natureza extracontratual; no poder de alteração unilateral do contrato, que se expressa na teoria do fato do príncipe; e nos possíveis efeitos extra partes dos contratos administrativos que decorrem não do contrato em si, mas da lei ou do regulamento do serviço público.

E, quanto ao poder de alteração unilateral do contrato, no qual se incluiria o poder de resolução unilateral, reconhecem os Autores que teria por fundamento ou o poder geralmente reconhecido à Administração de sacrificar situações patrimoniais (poder expropriatório), ou o poder regulamentar de organização dos serviços públicos, que permite promover alterações contratuais como decorrência do exercício de um poder normativo.

Anote-se que G. JÈZE analisa que a manutenção da equação financeira exige que, no caso de modificação ou supressão do serviço público antes do término do seu prazo contratualmente previsto, seja o concessionário equitativamente indenizado por todos os prejuízos decorrentes. Do contrário, estar-se-ia diante de uma desapropriação por interesse público sem indenização¹⁶⁷.

Assim, uma certa concepção da responsabilidade do Estado por atos lícitos encontra-se numa acepção lata de indenização por expropriação em que se resume “a tensão entre a necessária prossecução do interesse público e o inevitável sacrifício de bens particulares”¹⁶⁸. Esta ideia, que propugna a indistinção entre a expropriação e responsabilidade do Estado (sob a denominação *responsabilité de la puissance publique*), encontrando solo fértil nas concepções solidaristas francesas, forjou a jurisprudência do Conselho do Estado no tema. Abandonou-se o ponto de vista da intencionalidade ou não intencionalidade do causador do dano rumo a uma afirmação do princípio *favor privatis*, buscando-se a reparação simplesmente a partir do dano experimentado pelo particular¹⁶⁹.

¹⁶⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Vol. I. 4ª ed. Madri: Civitas, 1984, pp. 634-639.

¹⁶⁷ JÈZE, Gaston. *Théorie générale des contrat de l'administration*. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. 53, ano 43, 1936, p. 70.

¹⁶⁸ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 39.

¹⁶⁹ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 83-86.

Ao lado da soberania, a alteridade do Estado em relação aos particulares é mesmo afirmada como máxima em que se fundamenta o direito público, exigida da desigualdade entre o Estado na condição de (bom?) gigante em face dos particulares pigmeus. Esta concepção, que fundamenta a *égalité devant les charges publiques*, diverge da concepção anglo-saxã de responsabilidade do Estado, que se sujeita ao regime geral de responsabilidade civil aplicável aos privados¹⁷⁰ e, como será melhor analisado adiante, espalha-se na indenização devida no caso de resolução por interesse público num e noutro sistema.

Importante contribuição sobre o tema foi dada por CANOTILHO, para quem a possibilidade de responsabilização do ente público por atos lícitos ablatórios de direitos repousa numa concepção ampla de atos expropriatórios para a qual não releva a transferência da propriedade ou o enriquecimento do Estado. Perquire-se o elemento teleológico que marca a orientação do ato ablatório à satisfação de interesses públicos da comunidade – como, por exemplo, o Estado destrói o patrimônio alheio, como gado, com o objetivo de evitar a proliferação de uma epidemia¹⁷¹.

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem desenvolveu jurisprudência, com base no artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades (atualmente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem), no sentido de entender abrangida pelo direito à proteção da propriedade¹⁷² também a proteção ao direito de crédito de origem contratual¹⁷³, da qual não se pode ser privado “a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional”, nos termos do citado artigo.

Em caso julgado em 09/12/1994¹⁷⁴, o Tribunal concluiu que a ausência de indenização a uma empresa concessionária, como decorrência da resolução unilateral pelo Governo grego de um contrato de construção de uma refinaria de petróleo, ofende o direito

¹⁷⁰ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 38 e 89.

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra, 1970-71, pp. 398-399. Ousamos alterar o exemplo oferecido pelo Autor, sobre a destruição de casas para evitar a proliferação de uma epidemia, pelo clássico exemplo do abate de gado para evitar a proliferação de doenças.

¹⁷² Lê-se *possessions*, na versão em inglês, e *propriété*, na versão em francês.

¹⁷³ CHATELIER, Gilles. Où en est-on de la mise en oeuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet? *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, nº 19, 03/06/2013, pp. 1092-1101.

¹⁷⁴ União Europeia. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Raffineries grecques Stran et Stradis Andreadis v. Grèce* (1994).

à propriedade, nos termos do citado artigo 1º do Protocolo adicional. A nota que parece fundamental no caso decorre de ter sido celebrado durante o governo autoritário militar e rescindido já no período do governo democrático, com fundamento não apenas nos interesses econômicos gregos, mas também nos reclamos de depuração dos contratos que haviam sido celebrados pelo regime autoritário sem maiores preocupações com a lisura.

Com base em precedente que tratava de limitações ao poder de construir, estimou-se que não havia sido mantido um justo equilíbrio entre as exigências do interesse geral da comunidade e a salvaguarda dos direitos fundamentais do indivíduo.

Apesar de a Corte haver invocado um teste de proporcionalidade da intervenção na ordem urbanística e de ter fundamentado a decisão desde uma leitura expansiva do dispositivo que trata da proteção ao direito à propriedade, parece ter prevalecido na decisão a lógica da concepção francesa de contrato administrativo que repousa sobre a manutenção do equilíbrio econômico financeiro da avença. Nos termos da decisão¹⁷⁵:

A Corte não põe em dúvida a necessidade do Estado democrático grego de por fim a um contrato que estima prejudicial a seus interesses econômicos. A jurisprudência internacional ou arbitral reconhece a todos os Estados um poder soberano de modificar, ou até mesmo rescindir, mediante compensação, um contrato concluído com particulares, como decorre da preeminência dos *interesses superiores do estado sobre obrigações contratuais e a necessidade de salvaguardar o equilíbrio do contrato*.

Da leitura de outro caso¹⁷⁶ que tratou de intervenção do Governo austríaco na liberdade de estipulação do valor da renda dos imóveis, ao estimar que a atuação do ente público era proporcional, ainda que implicasse certa dose de sacrifício do direito do privado, não resultou qualquer reconhecimento a uma indenização. De modo diverso, em que pese tenha reconhecido e reafirmado a proporcionalidade do decreto grego que determinou a extinção dos “contratos de favor” celebrados durante o período autoritário, reconheceu o direito à indenização. Parece, pois, que a Tribunal Europeu de Direitos do Homem, na sua jurisprudência sobre a proteção do direito fundamental à propriedade, por

¹⁷⁵ No original: “*La Cour ne doute pas de la nécessité pour l’Etat démocratique grec de mettre fin à un contrat qu’il jugerait préjudiciable à ses intérêts économiques. La jurisprudence internationale, juridictionnelle ou arbitrale, reconnaît d’ailleurs à tout Etat un pouvoir souverain pour modifier, voire résilier, moyennant compensation, un contrat conclu avec des particuliers (sentence arbitrale Shufeldt du 24 juillet 1930, Recueil des sentences arbitrales, Société des Nations, vol. II, p. 1095); ainsi le veulent la prééminence des intérêts supérieurs de l’Etat sur les obligations contractuelles et la nécessité de sauvegarder l’équilibre du contrat*”.

¹⁷⁶ União Europeia. Corte Europeia dos Direitos do Homem. *Mellacher et autres v. Autrich* (1984).

um lado, expande o seu âmbito de aplicação para outros direitos de natureza patrimonial, à moda italiana e germânica¹⁷⁷, por outro, parece tender ao tratamento diverso das ofensas a direitos patrimoniais decorrentes dos contratos públicos, à moda francesa.

Discordamos, pois, em parte, do que defendido por FREITAS¹⁷⁸. Se é certo que o conceito de expropriação para fins de proteção ao direito de propriedade encontra dilatada concepção no Tribunal Europeu de Direitos do Homem, não nos parece que, para fins de indenização, a lógica aplicável seja a mesma quando se trata de uma intervenção nos direitos de propriedade e quando se trata de uma intervenção em um direito que decorre de um contrato administrativo.

Vale citar que, no caso *Fedorenko v. Ukraine*, de 01/06/2006¹⁷⁹, o Tribunal reafirmou a sua jurisprudência no sentido de abrigar sob a proteção estabelecida pelo artigo 1º do Protocolo Adicional não apenas o direito de propriedade (*possessions*), mas também outros ativos patrimoniais, incluindo demandas nas quais fundadas ao menos uma legítima de obter o gozo de um direito de propriedade. No caso, o judiciário nacional ucraniano havia reconhecido o caráter *ultra vires* da cláusula inserida no contrato de venda do imóvel do sr. Fedorenko ao Governo que garantia um valor mínimo fixado em dólares. Como houve uma enorme variação cambial, em vez de USD 17.000,00, o sr. Fedorenko havia recebido USD 10.457,50, o que motivou a demanda, julgada procedente pela Corte. Não parece despropositado, pois, ver em tal decisão mais um indício da influência da concepção francesa dos contratos administrativos do direito aplicado no âmbito da União Europeia, na medida em que se desconsiderou o eventual caráter *ultra vires* da cláusula que garantia um preço mínimo em dólares.

Assim, opinamos que assimilação do poder de resolução unilateral por interesse público numa noção alargada de poder expropriatório somente se justifica na medida em que aquele ainda não tenha sido expressamente reconhecido. Trata-se, como pensamos, de uma solução subsidiária que se presta a não deixar o prejudicado sem alguma indenização,

¹⁷⁷ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 111-117.

¹⁷⁸ FREITAS, Lourenço Vilhena de. *Direito dos contratos públicos e administrativos*. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 572-573.

¹⁷⁹ União Europeia. Corte Europeia dos Direitos do Homem. *Fedorenko v. Unkraine* (2006).

mas que não prescinde de uma lógica própria de direito contratual que não encontra paralelo na lógica da expropriação patrimonial.

A marca da atoexecutoriedade que caracteriza a prerrogativa expropriatória e o poder exorbitante de rescisão unilateral por interesse público não parece ser suficiente para afirmar que se trate da mesma coisa, ignorando a natureza contratual do poder de rescisão unilateral, em oposição à natureza extracontratual do poder expropriatório, bem como as distintas finalidades de um e outro instituto, que, no caso da expropriação, bole com o patrimônio dos privados e, no caso da rescisão, extingue uma relação contratual.

3.4. Consagração legislativa do poder de resolução unilateral

Conforme já se havia adiantado, Portugal e Brasil optaram por consagrar legislativamente muitas das soluções francesas, de origem jurisprudencial e doutrinária, concernentes ao contrato administrativo.

Veja-se que a fórmula legislativa que remete ao interesse público como hipótese de resolução unilateral é adotada em Portugal. De ordinário, os Autores ponderam sobre o tema que se trata de uma decorrência da identificação da Administração como “intérprete – e, tantas vezes, quase *dominus* – do interesse público¹⁸⁰”.

Impende observar que, no direito português, a redação do artigo 335 do Código de Contratos Públicos foi objeto de justas críticas por parte de GONÇALVES¹⁸¹, em artigo de 2007, não tendo sido, infelizmente, objeto de maiores ponderações por parte do legislador por ocasião da edição do Decreto Lei nº 33/2018. O citado dispositivo legal indevidamente separa as hipóteses de resolução por ato do contraente público em resolução por motivo de interesse público (artigo 335, nº 1) e resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (artigo 335, nº 2). Não obstante, e nisto reside a crítica, a hipótese de resolução unilateral por motivo de interesse público acaba por absorver a hipótese de resolução unilateral por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, não havendo, pois, razão, para se confundir este instituto geral de direito dos contratos com a específica

¹⁸⁰ PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*. 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 85.

¹⁸¹ GONÇALVES, Pedro Costa. A relação jurídica fundada em contrato administrativo. *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 64, jul./ago. 2007, p. 42.

prerrogativa reconhecida ao contraente público de determinar a resolução unilateral por motivo de interesse público.

O reconhecimento de tais poderes ao contratante público está condicionado à lógica da função e, pois, à identificação da desigualdade de partes que implica alguma submissão do contratante privado ao interesse público. Assim, somente se aplicam aos contratos que segundo a tipologia estabelecida pelo CCP, adequam-se ao tipo do contrato administrativo¹⁸².

Do que decorre que, tanto o poder de resolução unilateral quanto os demais poderes exorbitantes conferidos pelo artigo 302 do CCP, não se reconhecem ao contratante público nos contratos entre entes públicos, em que prevalece a lógica da cooperação (artigo 338 do CCP). Também escapam dos poderes exorbitantes os contratos sobre o exercício de poderes públicos, cuja resolução regulava-se pelo artigo 332 a 335 do CCP, devendo, ainda, ser observado o caráter de ato constitutivo de direito de que usualmente se revestem tais tipos de contratos. Também não se sujeitam aos poderes extroversos os contratos “de execução instantânea e os contratos não exequíveis, ou seja”, contratos que “ou não carecem de execução ou, carecendo, ela se esgota num único ato”¹⁸³.

Este último caso, parece-nos, assemelha-se ao que regulado pelo Código Civil, o qual trata apenas do caso da resolução unilateral dos contratos que se protraem no tempo - trata-se de uma condicionante lógica da resolução: a subsistência de um contrato válido, se já cumprido, extinto estaria.

Vale dizer, ainda, que tal lógica da função, “o imperativo de interesse público”, é que dita a decisão de resolução unilateral¹⁸⁴, nos casos em que persecução do interesse público por aquele contrato restou impossível, ou porque “já se alcançou ou já não se pode alcançar”¹⁸⁵.

GONÇALVES defende que o interesse público deve resultar de “casos imperiosos, seja pela dimensão dos eventos, seja pela importância dos interesses públicos envolvidos”.

¹⁸² GONÇALVES, Pedro Costa. A relação jurídica fundada em contrato administrativo. *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 64, jul./ago. 2007, p. 39.

¹⁸³ PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*. 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 59.

¹⁸⁴ SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos contratos públicos*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, 688.

¹⁸⁵ FREITAS, Lourenço Vilhena. *Direito dos contratos públicos e administrativos*. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 452.

Rejeita que o interesse público se fundamente na desvantagem econômica para a Administração e em motivos alheios ao objeto ou à razão de ser do contrato¹⁸⁶.

SOUSA e MATOS lecionam que o poder de resolução unilateral decorre da necessidade de transpor para o âmbito do contrato as “mutações do interesse público, verificadas em momento posterior à sua celebração, por alteração da realidade ou reformulação do interesse público, em virtude das quais se tenha passado a entender que um determinado contrato administrativo deixou de ser necessário ou passou a ser pernicioso para o interesse público, ou que deve a própria administração a assumir directamente a atividade cujo exercício tinha sido contratualmente transferido para outrem¹⁸⁷”.

A funcionalização reclama, de ordinário, os princípios da “eficiência e da urgência da máquina administrativa”. Mas, como também alerta GUIMARÃES, há uma “dialética entre comandos constitucionais de sentido oposto”, em que se contende a prossecução do interesse público e princípios da liberdade, igualdade, autonomia contratual, a segurança jurídica, da proteção da confiança, do que avulta tal tensão dialética¹⁸⁸.

Em causa está, portanto, a própria razão de ser do instituto, do poder reconhecido à Administração na posição de contratante a fim de conferir maleabilidade à relação contratual funcionalizada à realização do interesse público que não é perene, mas contingente, e que sofre influxos políticos, orçamentais, etc. Coloca-se, pois, em questão, a ponderação entre o princípio da prossecução do interesse público e o princípio da proteção da confiança¹⁸⁹.

Dada a natureza jurídica de poder, é de se indagar se a resolução por interesse público se submete aos mesmos condicionamentos que, de regra, se impõem à espécie, apesar de inserida numa relação contratual. Mais especificamente: dada a natureza jurídica de ato administrativo ablativo, estando em causa a proteção de posições jurídico-

¹⁸⁶ GONÇALVES, Pedro Costa. *O contrato administrativo* (uma instituição do direito administrativo do nosso tempo). reimpr. 1ª ed (2003), Coimbra: Almedina, 2004, p. 133.

¹⁸⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de, e MATOS, André Salgado de. *Contratos públicos* – Direito administrativo geral, tomo II, 2ª ed. Lisboa: Dom Quixote, 2010, p. 160.

¹⁸⁸ GUIMARÃES, Ana Luísa. A forma do “ato administrativo” na execução dos contratos e o caso (aparentemente) nebuloso da caução. In GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de Contratação Pública*, volume IV, 1ª edição. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 397-399.

¹⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. A propósito do regime do contrato administrativo no “Código dos Contratos Públicos”. In GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de Contratação Pública*, volume II, 1ª edição. Coimbra: Almedina, 2010, p. 30.

subjetivas, com fundamento na proteção da confiança e na boa-fé, é cabível avaliar a resolução por interesse público desde a perspectiva da proporcionalidade ou da proscricção do arbítrio?

A resposta é dada por VIEIRA DE ANDRADE, o qual defende que a natureza de ato administrativo ablativo (extintivo de direitos do contratado privado) determina que a fundamentação do ato de resolução por interesse público deva ser avaliada de acordo com os ditames do “princípio da proporcionalidade, na sua tripla dimensão de adequação, necessidade e equilíbrio”¹⁹⁰.

No mesmo sentido, a propósito da tutela da confiança do contratado privado, CORDEIRO observa que esta se radica na legalidade e na igualdade, do que decorre a aplicabilidade da proscricção do arbítrio dos atos do contratante público¹⁹¹.

Ainda que seja possível discutir se se trata de uma verdadeira discricionariedade ou de uma discricionariedade imprópria, é inconteste que há uma ampla margem de apreciação atribuída à Administração para o ato de resolução contratual por interesse público, o que decorre da maneira como legalmente configurado o instituto, na medida em que o conceito jurídico indeterminado (razões de interesse público) que embasa a hipótese da norma enseja uma ampla margem de avaliação acerca dos pressupostos de fato aptos a ensejar a resolução unilateral do contrato, não obstante preveja apenas uma consequência possível, qual seja, a resolução. Portanto, de um ponto de vista formal, restará cumprido o dever de fundamentação se a Administração expuser a justificação (a demonstração da verificação *in concreto* dos pressupostos abstratamente previstos na norma) que conduza à resolução contratual. Na motivação, ainda que a norma preveja uma única consequência jurídica possível, cabe, salvo melhor juízo, uma ponderação entre os interesses em tensão, notadamente a proteção da confiança do contratado privado e o interesse público visado pela Administração¹⁹².

¹⁹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de direito administrativo*. 4ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 292. Também pela aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para a avaliação do ato de rescisão unilateral: ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos* – por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2012, p. 511.

¹⁹¹ CORDEIRO, António Menezes. *Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativista, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*. Cadernos o Direito, nº 2, Coimbra: Almedina, 2007, p. 100.

¹⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*. Reimpressão da dissertação de doutoramento - 1990. Coimbra: Almedina, 2003, p. 255. Como alerta o Autor, não se desconhecem as críticas à divisão da fundamentação do ato administrativo entre justificação e motivação. Contudo, embora haja uma inequívoca comunicabilidade entre ambas, fazendo-se, por vezes,

Tendo em vista o ditame da proporcionalidade, é aconselhável que a Administração também pondere sobre a possibilidade de soluções menos drásticas que permitam alguma proteção à confiança no cumprimento do contrato e que são, em tese, menos onerosas para a Administração, como a modificação do contrato (artigo 312.º, b, do CCP) ou mesmo a revogação (artigo 331.º, do CCP).

É certo que partir da justificação e da motivação expostas pela Administração na fundamentação do ato de resolução será possível submeter a decisão ao teste da proporcionalidade.

Pressupondo-se que a Administração fundamentou a decisão de resolver o contrato, os potenciais vícios residiriam ou em fundamentação errada ou em fundamentação falsa. Na primeira hipótese, estar-se-ia diante de situação em que a Administração errou a indicação da norma aplicável, não obstante a existência de outra norma apta a embasar a sua decisão. Na segunda hipótese haveria uma fundamentação expressa a falsear a real (e oculta) fundamentação do ato. Para ambas as hipóteses a anulação do ato seria a consequência possível, ressalvados os casos de ato de conteúdo vinculado, os quais tendem a ser mantidos pela jurisprudência, pois mesmo sem o erro ou a falsidade o ato deveria ter sido praticado¹⁹³.

Pode-se aventar, contudo, que a regra que garante a indenização do interesse contratual positivo ao contratado privado em caso de resolução fundada em interesse público significa uma prévia acomodação em nível legislativo dos interesses públicos e privados (em termos de concordância prática), segundo a qual a prevalência da lógica da função deve ser no mínimo neutra (em termos monetários) ao interesse privado, garantindo-se, pois, o princípio proteção da confiança.

Parece-nos, em suma, que a patrimonialização do interesse no cumprimento do contrato faz operar um certo desinteresse na discussão da proporcionalidade da resolução por interesse público, ressalvados casos em que outros interesses estejam em jogo, como, por exemplo, o interesse de um artista na divulgação de sua obra.

difícil uma separação total, trata-se de categorias que apresentam alguma diferença típica, sendo a primeira mais próxima da subsunção e a segunda mais próxima da ponderação.

¹⁹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*. Reimpressão da dissertação de doutoramento - 1990. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 341-352.

No direito brasileiro, que também adotou a consagração legislativa do instituto, o artigo 78, II, da Lei nº 8.666/1993 contém a previsão acerca da possibilidade de rescisão unilateral do contrato administrativo por razões de interesse público de “alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”. Trata-se, no entender de CÂMARA, de “pura superposição do interesse público ao que pactuado”¹⁹⁴.

Prevalece na doutrina brasileira uma concepção orgânica para a delimitação dos contratos sujeitos ao regime da Lei de Licitações e Contratos, vale dizer, que reconhece a aplicabilidade aos contratos celebrados pela Administração, em geral, do regime estabelecido pela lei para os contratos administrativos, inclusive os poderes exorbitantes, pautado no dogma da exclusiva atuação em nome do interesse público, quer nos contratos administrativos, quer nos contratos privados da Administração, vez que sempre presente, em alguma medida, a lógica da função¹⁹⁵.

Contudo, como defende CÂMARA¹⁹⁶, tal afirmação pode levar a um exacerbado desequilíbrio entre as partes em contratos cuja configuração requer uma maior igualdade entre as partes, como os casos expressamente excepcionados pelo artigo 63, § 3º, I, da Lei de Licitações e Contratos (contratos de financiamento, seguro, locação de imóveis).

Retome-se, a propósito, a crítica de MARQUES NETO¹⁹⁷, quanto à “maldição do regime único” estabelecido pela Lei nº 8.666/1993 para contratos de empreitada para obras de engenharia de igual aplicação para os demais contratos da Administração.

Assim como no direito português, emprega-se a expressão “interesse público” para fundamentar a prerrogativa do contratante público de rescindir o contrato administrativo (e, segundo majoritária doutrina, também passível de aplicação a outros

¹⁹⁴ CÂMARA, Jacintho Arruda. Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos. Vol. 6. In: DI PIETRO (coord.). *Tratado de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 368.

¹⁹⁵ A propósito, DI PIETRO, Maria Sylvia, *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 269-172

¹⁹⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda. Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos. Vol. 6. In: DI PIETRO (coord.). *Tratado de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 358. Parece-nos, contudo, que a fundamentação da posição do Autor poderia ter sido melhor fundamentada para além da citada decisão do Supremo Tribunal Federal datada de 1979 (Recurso Extraordinário nº 89.217, de 06.06.1979).

¹⁹⁷ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, nº 107, dezembro/2009, p. 78.

contratos celebrados pela Administração). Há, portanto, ampla margem de discricionariedade para a avaliação, pelo contratante público, da situação apta a caracterizar uma razão de interesse público. Pode-se, ainda, observar uma certa tendência a afastar o controle da legitimidade das razões de interesse público em razão da presunção de legitimidade dos atos da administração, desde que observados os demais requisitos ditados pelo artigo 78, II, da Lei de Licitações e contratos¹⁹⁸.

Em sentido diverso, entende TANAKA que “esse poder de rescisão é o extremo que a Administração poderá atingir em nome do interesse público”, sendo certo, ainda, que ensejará prejuízos para ambas as partes, o que exige a demonstração que “o prejuízo será maior com a continuidade do contrato celebrado que aquele que sofrerá com a rescisão”. Não se trata, no entender da Autora, do exercício de um poder discricionário, mas de um (poder-)dever imposto à Administração a fim de satisfazer o interesse público¹⁹⁹.

3.5. A (falta de) solução britânica para o conflito entre poderes discricionários e direito contratuais – uma questão contratual

Passa-se ao exame do modo britânico de lidar com as alterações de circunstâncias. Anote-se que não se deixa de reconhecer tanto ao Parlamento quanto aos entes públicos (dentro de seus poderes legais) a possibilidade de exercício de um regular poder discricionário para alterar as políticas públicas por variados motivos: alteração da cor política do partido no poder, novas evidências científicas, alterações das circunstâncias fáticas, percepção da inadequação das políticas públicas em execução etc. Por outro, a proteção do contratado é defendida com base na constatação de que seria prejudicial ao Governo assumir a pecha de um contratante não confiável, gerando maiores custos de contratação, razão pela qual, inclusive, os modelos de contratos padronizados contemplam tais indenizações não obstante a regra do *no fettering of discretion*²⁰⁰.

¹⁹⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda. Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos. Vol. 6. In: DI PIETRO (coord.). *Tratado de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 364.

¹⁹⁹ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. *Concepção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 145.

²⁰⁰ DAVIES, Anne C. L. *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, p. 169. É curioso notar que o Conselho de Estado francês, na decisão do caso *Eurolat* (06/05/1985), fixou que o poder de rescisão unilateral não pode ser limitado por uma cláusula contratual, o que nos parece, de um certo modo,

Na lapidar lição de ARROWSMITH²⁰¹: constitui princípio geral do direito público que um ente público deve manter a liberdade para exercer, se e quando exigidos pelo interesse público, seus poderes discricionários e um aspecto desta regra é a vedação ao agrilhoamento contratual do exercício da discricionariedade futura”.

No direito britânico dos contratos públicos há uma linha de decisões que se fundamentam na doutrina *no fettering discretion* – que lança um problema estranho ao direito civil comum. Em termos gerais, entende-se nula uma estipulação contratual que agrilhoie um poder discricionário reconhecido ao ente público contratante.

A fonte do poder público pode ser de duas ordens. A Coroa e alguns de seus Ministros, nos termos da *common law*, gozam de poderes de celebração de contratos em seu nome, independentemente de autorização parlamentar. Os demais entes públicos dependem de uma autorização Parlamentar mediante um *statute*, o que confere legitimação democrática aos contratos que celebram com observância dos poderes concedidos. Atuando fora dos poderes concedidos, entende-se que se tratam de contratos *ultra vires*²⁰².

Assim, no caso, *Ayr Harbour Trustees v. Oswald* (1823), decidiu-se que os *trustees* não poderiam limitar seu poder de adquirir terras e construir por estipulações contratuais que garantissem ao antigo proprietário o direito de acesso ao porto. No caso *William Cory & Son Ltd. V. City of London Corporation* (1951), decidiu-se que o poder discricionário de alterar o estatuto do ente público não poderia ser limitado pelo fato de ensejar um contrato menos vantajoso aos contratados²⁰³. CRAIG considera ser fora de dúvidas que ter

assemelhado à doutrina *no fettering of discretion*. Cfr. LONG, Marceau *et alii*. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 138.

²⁰¹ ARROWSMITH, Sue. *The law of public and utilities procurement*. Londres: Sweet & Maxwell, 2010, p. 59. No original: “Its a general principle of public law that a public body must retain the freedom to exercise its discretionary powers as required from time to time in the public interest, and one aspecto f this rule is that it may not fetter by contract its discretion to act in future”.

²⁰² DAVIES, Anne C. L. English law’s treatment of government contracts: teh problme of wider public interests. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, p. 114. A Autora, às fls. 115-116, esclarece que após a decisão no caso *Crédit Suisse v. Allerdale BC*, houve uma evolução legislativa no que diz respeito às contratações celebradas pelas autoridades locais, no bojo do *Local Government Contractts Act* (1997), no sentido de exigir que tais autoridade se certifiquem acerca dos poderes de que dispõem antes da celebração dos contratos e permitir aos juízes relevar eventuais aspectos *ultra vires* a fim preservar os interesses regulados pelo contrato.

²⁰³ WADE, H. W. R. *Administrative law*. Londres: Clarendon, 1961, p. 55.

celebrado um mau negócio não pode servir de motivação para a extinção do vínculo contratual²⁰⁴.

Por sua vez, para a avaliação da nulidade da contratação em razão do *fettering of discretion*, um teste de incompatibilidade foi elaborado por ocasião do julgamento do caso *R. v. Inhabitants of Leake* (1833), o qual tratou da incompatibilidade entre a destinação de uma área para a construção de uma rodovia que havia sido previamente concedida a uma comissão para serviços de drenagem (“whether a land vested in commissioners responsible for drainage could be deemed dedicated to the public as a highway”). Tal teste propugnava um exame de compatibilidade entre os fins a serem perseguidos pelo ente público, conforme estabelecido no *statute*, e a afetação dos poderes discricionários por força do contrato²⁰⁵.

Este teste foi aprimorado no caso *Brittish Transport Commission v. Westmorland CC* em que se afirmou que a incompatibilidade não se configura se não for razoavelmente previsível que um conflito surgirá entre o contrato e os poderes discricionários do ente público²⁰⁶.

Sobre este caso, esclarece DAVIES que o eventual e improvavelmente utilizado poder de demolir uma ponte de utilização ferroviária não poderia ser considerado agrilhado em razão de também passar a ser dedicada ao uso público como rodovia. Por sua vez, no caso *Blake v. Hendon Corporation*, considerou-se que há poderes auxiliares que podem ser limitados pela via contratual com menor impacto ao exercício dos poderes discricionários voltados à satisfação dos objetivos do ente público²⁰⁷.

Vale dizer, dado que a atuação contratual dos entes públicos é, por um lado, útil e, por outro, importa via de regra alguma limitação da discricionariedade, são vedadas as disposições contratuais que limitem de modo não razoável a atuação pública, o que se

²⁰⁴ CRAIG, Paul. *Administrative law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1983, p. 597

²⁰⁵ SERVULO CORREIA. *A autonomia contratual da administração no direito inglês*. Separata da Edição Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró”, 1988, pp. 17-18.

²⁰⁶ CRAIG, Paul. *Administrative law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1983, pp. 598-599.

²⁰⁷ DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, p. 179.

resolve mediante o sopesamento da utilidade do contrato em face da particular limitação da discricionariedade²⁰⁸.

Contudo, o teste da incompatibilidade não afasta a possibilidade de compensação dos eventuais danos sofridos pelo contratado. A dualidade da atuação dos entes públicos como contratantes e como autoridades públicas somente poderia ser resolvida, no entender de CRAIG, pela criação de um remédio à moda francesa (como o fato do príncipe ou a teoria da imprevisão), vale dizer, que seja afastada a aplicação dos princípios do direito comum (privado), os quais seriam insuficientes para resolver a questão da atuação do contratante público como autoridade pública que causa prejuízos ao contratante privado. Pois, não podendo o ente público se obrigar, por contrato, a não exercer seus poderes públicos, sob pena de caracterização de ato *ultra vires*, o contratante privado não poderia provar que o ente público deixou de cumprir uma obrigação expressa ou implícita. Ademais, conforme decidido no caso *Birkdale electricity supply co* (1926), a viabilidade financeira da contratada não é de responsabilidade do ente público²⁰⁹.

Segundo a regra *no fettering of discretion*, se um contrato celebrado por um ente público comprometer seriamente o exercício futuro de sua discricionariedade conferida pela lei (*statute*), então será reputado *ultra vires*²¹⁰.

Caso a Coroa seja o ente público contratante, apresenta-se um teste de incompatibilidade ainda menos estrito, tal como decidido no famoso caso *Amphitrite* (1921). Tratou-se de um caso em que os proprietários de uma embarcação Sueca impetraram contra a Coroa uma ação de reparação de danos (*petition of rights for damages for breach of contract*) em razão da detenção do navio em porto britânico ao arrepio de um prévio acordo com a Coroa britânica, representada pelo consulado em Estocolmo, que garantia a liberdade de circulação caso transportassem determinadas mercadorias. A decisão considerou que não havia no caso um contrato, mas uma declaração de intenções por parte da Coroa – não havendo que se falar, pois, em inadimplemento contratual, e que, ademais, não poderia a Coroa agrilhoar sua futura

²⁰⁸ ARROWSMITH, Sue. *The law of public and utilities procurement*. Londres: Sweet & Maxwell, 2010, p. 59

²⁰⁹ CRAIG, Paul. *Administrative law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1983, pp. 601-604. É curioso notar que o Autor chega a utilizar a palavra “*envy*” para expressar o sentimento com relação à solução francesa.

²¹⁰ DAVIES, Anne C. L. English law’s treatment of government contracts: the problem of wider public interests. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, pp. 122-123

atuação determinada por imperativos da coletividade ao assumir obrigações contratuais. WADE avalia que o teor da norma enunciada na decisão é dúbio tanto em razão de não se fundar na autoridade de outros casos quanto em razão de ser incerto o conteúdo de futura ação executiva (*future executive action*)²¹¹. CRAIG critica o extremismo da decisão que afastou a caracterização do acordo como contrato em razão de a Coroa não poder se se obrigar, em absoluto, por contrato, quanto ao exercício em potencial de seus poderes²¹².

O fundamento da regra expressa no caso *Amphitrite*, para os contratos celebrados pela Coroa, repousa na doutrina *executive necessity*: “*the government ‘cannot by contract hamper its freedom of action in matters which concern the welfare of the State’*”. Expressa a doutrina certa preocupação com os termos latos em que fixado o precedente, defendendo que somente tenha aplicação quando presentes razões de inequívoca gravidade para por fim à contratação²¹³.

No que tange aos *public procurement contracts* celebrados por entes públicos diversos da Coroa, cujas atribuições são conferidas por ato normativo, está em jogo, a avaliação do eventual caráter *ultra vires* da contratação, não a doutrina da *executive necessity*. Diferentemente da Coroa, cujos poderes decorrem diretamente do *common law*, os demais entes públicos haurem as suas atribuições das leis e dos estatutos²¹⁴.

Assim, a doutrina *no fettering discretion* é avaliada sob a ótica da doutrina dos atos *ultra vires*, fazendo-se prevalecer o exercício da discricionariedade do ente público em detrimento do contrato caso se entenda que este restrinja a discricionariedade atribuída pela lei ou regulamento ao órgão – como no caso *Cory v. London Corporation*, em que foram impostas novas obrigações ao contratado a fim de aperfeiçoar o serviço de tratamento de esgoto. Noutro caso (*Dowty Bolton Paul v. Wolverhampton Corporation*), em razão sopesamento entre a efetiva utilidade da contratação e o baixo risco de limitação desarrazoada da discricionariedade, considerou-se válido o contrato de arrendamento de uma área pública para exploração de um campo de aviação, não tendo prevalecido o exercício de discricionariedade pelo ente público que invocou a doutrina *ultra vires* com o objetivo de desvincular da contratação e destinar a área para a construção de casas. Como

²¹¹ WADE, H. W. R. *Administrative law*. Londres: Clarendon, 1961, p. 230.

²¹² CRAIG, Paul. *Administrative law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1983, p. 605.

²¹³ DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, p. 180.

²¹⁴ ARROWSMITH, Sue. *The law of public and utilities procurement*. Londres: Sweet & Maxwell, 2010, p. 60.

propugna DAVIES, há de se indagar, pois, se há uma razão de superior interesse público cuja satisfação dependa da resolução do contrato para que este seja considerado *ultra vires*²¹⁵.

A aplicação da doutrina *ultra vires* acaba por possibilitar ao ente público uma “rota de fuga” das obrigações assumidas por contrato, o que, por certo, gera insegurança. Como, por exemplo, no caso *Crédit Suisse v. Allerdale BC*. O ente público, com o objetivo de desenvolver uma área, contratou uma empresa para construir uma piscina, cujos custos seriam custeados pela construção no entrono e venda, no sistema de *time-share*, de unidades imobiliárias (*flats*). O ente público assumiu também o papel de garantidor dos empréstimos tomados para a elaboração do empreendimento. Como não andaram bem as vendas, o ente público esquivou-se do pagamento dos empréstimos inadimplidos com arrimo na doutrina *ultra vires*. A decisão expressamente consignou que, não gozando o ente público de poderes estatutários para a celebração dos contratos de empréstimos, resultava nula a sua aquiescência ao contrato na posição de garantidor²¹⁶.

Em suma, não há remédio judicial a disposição do contratante privado que, como no caso narrados, enfrente uma situação de declarado inadimplemento por parte do ente público. A potencial insegurança gerada por esta rota de fuga aberta pela doutrina *ultra vires* acaba por ensejar o aumento do custo da contratação, em razão da tendência a precificação de um tal risco²¹⁷.

Tem-se resolvido a questão pela inserção de cláusulas padronizadas que atribuem ao ente público a possibilidade de rescisão por conveniência (*termination for convenience*)²¹⁸. Assim, o ente público que pretende exercer um poder discricionário em sentido diverso àquele estabelecido em contrato, pode rescindir o contrato mediante o pagamento de uma compensação ao contratado, quando e nos termos em que usualmente previstos com base nas cláusulas padronizadas preconizadas pelo então existente OGC

²¹⁵ DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, pp. 177-182.

²¹⁶ BOYRON, Sophie. The public-private divide and the law of government contracts: assessing a comparative effort. In: RUFFERT, Matthias (org.). *The public-private law divide: potential for transformation?* Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 228.

²¹⁷ BOYRON, Sophie. The public-private divide and the law of government contracts: assessing a comparative effort. In: RUFFERT, Matthias (org.). *The public-private law divide: potential for transformation?* Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2009, pp. 230-231.

²¹⁸ ARROWSMITH, Sue. *The law of public and utilities procurement*. Londres: Sweet & Maxwell, 2010, p. 60.

(*Office of the Government Contracts*)²¹⁹, substituído, em suas funções, pelo *Crown Commercial Service* desde 2014.

Nos modelos elaborados e atualizados pelo *Crown Commercial Service*, observa-se a previsão do direito do contratante público de resolver o contrato por conveniência, sob o nome de *termination for convenience*. Assim, por exemplo, no modelo preconizado para a contratação de serviços²²⁰:

Termination by the Authority

33.1 The Authority may terminate this Agreement by issuing a Termination Notice to the Supplier:

*(a) **for convenience at any time**, including where the Agreement should not have been entered into in view of a serious infringement of obligations under European Law declared by the Court of Justice of the European Union under Article 258 of the Treaty on the Functioning of the EU;*

(b) if a Supplier Termination Event occurs;

(c) if a Force Majeure Event endures for a continuous period of more than 90 days; or

(d) if the Agreement has been substantially amended to the extent that the Public Contracts Regulations 2015 require a new procurement procedure,

and this Agreement shall terminate on the date specified in the Termination Notice. (Grifou-se)

3.6. A solução norte-americana dos tempos de guerra para os tempos de paz

A análise do direito norte-americano revela que, apesar de tal sistema jurídico propugnar, em princípio, a submissão das contratações públicas ao *rule of law*, às mesmas regras do direito comum (*Lynch v. United States, 1934; Perry v. United States 1935*)²²¹, a possibilidade de rescisão do contrato por conveniência do Governo (*termination for convenience*) surgiu nas contratações das forças armadas com especial aplicação durante os

²¹⁹ DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, p. 183.

²²⁰ Reino Unido. *Crown Comercial Service. Model Services Contract* – versão 1.03, atualizada até 01/01/2018. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/682410/Model_Services_Contract_-_England_Wales_v1.03__01.01.18__1_.pdf.

²²¹ Citados por: WHELAN, John W. e NAGLE, James F. *Federal government contracts* – cases and materials. 3ª ed. Foundation Press, 2007, p. 654.

períodos de guerra e, paulatinamente, ganhou terreno nas contratações dos demais entes públicos que integram o governo federal.

O instituto da *termination for default* tem fundamento no direito comum dos contratos privados e estatui que a parte prejudicada pelo inadimplemento da outra tem o direito de rescindir o contrato. Mas a *termination for convenience* não encontra paralelo no direito comum²²².

Ao menos desde o caso *United States v. Corliss Steam Engine* (1875), é reconhecida a possibilidade de *termination for convenience* ainda que ausente uma expressa previsão contratual ou normativa. Cuidava-se de reconhecer à Marinha americana o poder de alterar e de por fim aos contratos celebrados por ocasião dos esforços de guerra, seja em razão do fim do conflito, seja em razão de exigências decorrentes do avanço tecnológico²²³.

Um dos fundamentos de tal decisão repousa numa espécie de reminiscência do *sovereign immunity doctrine* ainda reconhecido à União nas contratações públicas²²⁴. Veja-se que a concepção da imunidade do soberano com relação às obrigações contratuais, embora tenha raízes na monarquia, veio a ser reafirmada pelos *founding fathers*, como Alexander HAMILTON²²⁵: “The contracts between a nation and individuals are only binding on the conscience of the sovereign and have no pretensions to a compulsive force. They confer no right independent of the sovereign will”.

A doutrina estabelecida pelo caso *Corliss*, segundo a qual os departamentos militares contratantes têm o poder de por fim aos contratos quando alteradas gravemente as expectativas de sua celebração, permaneceu influente durante o século vinte, vindo a se expandir também para as contratações civis²²⁶.

²²² WHELAN, John W. e NAGLE, James F. *Federal government contracts – cases and materials*. 3ª ed. Foundation Press, 2007, p. 546.

²²³ PETRILLO, Joseph J. Petrillo e CONNER, William E. From Torncello to Krygoski: 25 Years of the Government's Termination for Convenience Power, *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 7, nº 4, inverno/1997, p. 338.

²²⁴ PEDERSON, Marc A., Rethinking the Termination for Convenience Clause in Federal Contracts, *Public Contracts Law Journal*, vol. 31, nº 1, outono/2001, p. 84.

²²⁵ HAMILTON, Alexander. *The federalist*, nº 81, In: *Great books of the western world*, nº 43. Encyclopedia Britannica: Londres, 1952, p. 240.

²²⁶ PEDERSON, Marc A., Rethinking the Termination for Convenience Clause in Federal Contracts, *Public Contracts Law Journal*, vol. 31, nº 1, outono/2001, p. 87.

Durante a I Guerra Mundial, orientações internas das forças armadas (como circulares) preconizavam a inserção de previsões contratuais que a fim de autorizar a rescisão do contrato mesmo sem culpa do contratado, no interesse do Governo. Contudo, foi com a II Guerra Mundial, em razão do grande incremento das contratações públicas no período, que se firmou a *termination for convenience* como uma cláusula usualmente adotada nas contratações públicas das forças armadas. Tendo em vista as inúmeras questões que a efetiva aplicação suscitava na prática dos contratos públicos, veio a ser editado pelo Congresso o *Contract Settlement Act* de 01/07/1944, o qual se restringiu aos contratos relacionados ao término da II Guerra Mundial²²⁷.

Para se ter uma ideia da magnitude do problema envolvendo a resolução dos contratos celebrados pela forças armadas norte-americanas por ocasião do iminente término da II Guerra Mundial, ERWIN²²⁸, em 1944, avaliava o “vulcão econômico” que entraria em erupção ante a necessidade de desmobilizar em cinco meses o que fora mobilizado em aproximadamente cinco anos. Até aquela altura, já haviam sido formalizadas resoluções contratuais da ordem de 14.5 bilhões de dólares – valor que poderia hoje passar de 200 bilhões de dólares, considerando apenas a inflação média norte-americana no período²²⁹.

Após a II Guerra Mundial, houve uma expansão da cláusula *termination for convenience* para contratos celebrados em tempos de paz pelas forças armadas, conforme o regime estabelecido pelo *Armed Services Procurement Regulation*, de 1954. Em 1964, o *Federal Procurement Regulation* passou a prever a possibilidade de inclusão da *termination for convenience clause* nos contratos celebrados pelos departamentos civis do governo federal norte-americano. Por sua vez, em 1967, a inclusão de tal cláusula passou de facultativa a obrigatória na maioria dos contratos²³⁰. Uma explicação possível para esta

²²⁷ WHELAN, John W. e NAGLE, James F. *Federal government contracts – cases and materials*. 3ª ed. Foundation Press, 2007, pp. 645-648.

²²⁸ ERWIN, Nemmers E. Termination of war contracts, *Columbia Law Review*, nº 44, 1944, pp. 864-865.

²²⁹ Estimativa elaborada em 21/06/2018 no site: <https://www.officialdata.org/1944-dollars-in-2018?amount=14500000000>.

²³⁰ PETRILLO, Joseph J. Petrillo e CONNER, William E. From Torncello to Krygoski: 25 Years of the Government's Termination for Convenience Power, *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 7, nº 4, inverno/1997, pp. 339-349.

transposição de um poder típico de tempos de guerra para tempos de paz pode residir no esmaecimento de tal distinção durante a guerra fria²³¹.

O reconhecimento da *termination for convenience* assumiu contornos de poder quase incontestável no caso *Colonial Metals v. United States* (US Court of Claims, 1974)²³². Um resumo do caso exposto por KEYES demonstra que a Marinha deliberadamente rescindiu o contrato, que se demonstrou oneroso desde a celebração, a fim de adquirir os lingotes de cobre, objeto da contratação, pelo custo mais uma certa margem de lucro, em valor inferior à proposta da empresa – hipótese que, no entender do Autor, estaria dentro da margem de discricionariedade do ente público contratante²³³. Na ocasião do julgamento, a *Court of Claims* firmou o entendimento segundo o qual assiste à autoridade contratante o poder discricionário de determinar qual é o melhor interesse do Governo, sendo possível, inclusive, promover a rescisão por conveniência para promover nova aquisição por preço menor (*termination to buy elsewhere at a cheaper price*), ainda que a autoridade contratante soubesse da existência de condições mais favoráveis já por ocasião da contratação que pretende rescindir. Somente na hipótese de comprovada má fé ou abuso de discricionariedade seria possível infirmar a regular aplicação da *termination for convenience*²³⁴. Configurava-se, então, como um direito quase absoluto do contratante público²³⁵, para resolver o contrato a qualquer tempo, por qualquer motivo, ainda que retrospectivamente²³⁶.

²³¹ PETRILLO, Joseph J. Petrillo e CONNER, William E. From Torncello to Krygoski: 25 Years of the Government's Termination for Convenience Power, *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 7, nº 4, inverno/1997, p. 371.

²³² Estados Unidos da América. Corte de Apelações, 1974, *Colonial Metals Co v. United States* (US Court of Claims, 1974).

²³³ KEYES, Noel W. *Government contracts in a nutshell*. 2ª ed. St. Paul: West Publishing, 1990, pp. 505-506.

²³⁴ PERLMAN, Matthew S. e GOODRICH JR., William W. Jr. Termination for Convenience Settlements – The Government's Limited Payment for Cancellation of Contracts, *Public Contracts Law Journal*, vol. 10, nº 1, 1978, p. 6.

²³⁵ STECKMAN, Laurence A. e FRANKEL, James E. Limiting termination for convenience clauses in government contracts: contractor's actions for anticipated profits and the problem of notices as consideration under New York Law, *Public Contracts Law Journal*, vol. 21, nº 63, 1991, p. 68.

²³⁶ PETRILLO, Joseph J. Petrillo e CONNER, William E. From Torncello to Krygoski: 25 Years of the Government's Termination for Convenience Power, *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 7, nº 4, inverno/1997, pp. 343-344. A possibilidade de resolução retrospectiva é conhecida como *constructive termination for convenience*, e pode ser resumida como a possibilidade de o contratante público negar o pagamento de *breach damages* na hipótese em que poderia ter resolvido o contrato por conveniência, mesmo não o tendo feito expressamente – converte-se a *termination for default* em *termination for convenience*.

Dada a ampla margem de discricionariiedade para a rescisão por conveniência da administração e a dificuldade (para não dizer quase impossibilidade) de provar a má fé ou o abuso de discricionariiedade, acumularam-se críticas a respeito da distância entre a realidade dos contratos públicos e a professada submissão ao *common law*, na medida em que os contratos públicos seriam menos obrigatórios do que os demais contratos²³⁷.

Já no conhecido caso *Torncello and Soledad v. United States* (US Court of Claims, 1982), um dos mais paradigmáticos sobre o tema, a *termination for convenience* foi reconhecida como um instituto comum das contratações públicas. No caso, a empresa *Soledad* foi contratada para prestar serviços de manutenção e de recolhimento de resíduos de seis alojamentos para familiares de integrantes da Marinha, em São Diego (Califórnia). Os serviços, especificados em dozes itens, incluíam uns prestados rotineiramente e outros por demanda – dentre estes, o serviço de controle de diversas pragas reunidos num só item, ao valor de U\$500,00 por chamado. A Marinha deixou de demandar tais serviços da *Soledad*, sob a alegação de que precisava apenas de controle de roedores, a um custo muito menor. A empresa, embora alegasse que o alto preço dado para o item se justificava em razão de, nos termos da cláusula contratual, poder vir a ser demandada para realizar serviços de controle de qualquer praga, alguns de alto custo, ofereceu prestar o serviço de controle de roedores por U\$35,00. Mesmo assim, a Marinha seguiu contratando os serviços de uma outra empresa que, aliás, havia concorrido e perdido no procedimento de procura pública. Após a falência, a empresa *Soledad* demandou em juízo os alegados prejuízos em razão da quebra contratual consistente na atribuição dos serviços de controle de pragas a outra empresa. Na instância inferior, a demanda da empresa foi julgada improcedente em razão de o contrato conter a previsão de *termination for convenience*, aplicando-se, ao caso, a sua versão retrospectiva (*constructive*), vale dizer, que poderia ter sido formalmente adotada quando da atribuição dos serviços a outra empresa.

Esta versão da *termination for convenience* foi rechaçada pela Corte de Apelações, a qual entendeu, com fundamento no direito comum dos contratos, que não é admissível que uma das partes se reserve um amplo poder de se desincumbir de suas obrigações, sob pena de suas obrigações serem ilusórias e o contrato írrito (*a party may not*

²³⁷ PETRILLO, Joseph J. Petrillo e CONNER, William E. From Torncello to Krygoski: 25 Years of the Government's Termination for Convenience Power, *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 7, nº 4, inverno/1997, p. 344.

reserve to itself a method of unlimited exculpation without rendering its promises illusory and the contract void)²³⁸. Invocando o caso da Suprema Corte *Williard, Sutherland & Co. v. United States (1923)*, afirmou a Corte de Apelações que somente por legislação específica podem ser atribuídos ao Governo contratante poderes sem equivalente no direito comum dos contratos, não sendo, para tanto, suficiente a previsão em regulamentos.

O que há de ser retido de tal decisão consiste na exigência de uma mudança de circunstâncias apta a ensejar a *termination for convenience*. Como, no caso, estava evidente desde a contratação que havia outros proponentes capazes de oferecer o serviço de controle de pragas por preço inferior, não poderia o contratante público, após aceitar a proposta de maior valor, validamente rescindir aquela parcela da contratação por conveniência.

Tal como expressamente exposto no voto do Judge Bennett, em torno do qual se formou a maioria, pretendeu-se superar (*overrule*) a decisão tomada no caso *Colonial Metals Company v. United States (1974)*, na qual havia se fixado o entendimento pela possibilidade de utilização pelo contratante público da *termination for convenience* mesmo no caso em que a Administração fora manifestamente imprevidente e, posteriormente à celebração, tenha se dado conta do caráter desvantajoso para o Governo²³⁹.

O caso foi decidido por unanimidade, mas apenas três juízes, num colegiado composto por seis, concordaram com a fundamentação consistente na necessária alteração de circunstâncias para a regular adoção do *termination for convenience*, o que dificultou a missão de interpretar qual seria a verdadeira doutrina fixada no caso. O voto do juiz Davis pode ainda ser lido como um certo diálogo entre o conceito tradicional da proscrição má fé no exercício de poderes discricionários e a percepção da não alteração das circunstâncias como uma possível demonstração da má fé. Os outros dois votos adotaram posições bem diversas. Nichols entendeu que o problema consistia na impossibilidade de rescindir unilateralmente apenas uma parcela do contrato que havia sido celebrado como resultado da aplicação do critério do menor preço global da proposta. Por sua vez, Friedman não apresentou de modo mais eloquente o fundamento de seu voto, tendo se limitado a afirmar

²³⁸ PETRILLO, Joseph J. Petrillo e CONNER, William E. From Torncello to Krygoski: 25 Years of the Government's Termination for Convenience Power, *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 7, n° 4, inverno/1997, p. 346.

²³⁹ KEYES, Noel W. *Government contracts in a nutshell*. 2ª ed. St. Paul: West Publishing, 1990, pp. 505-506.

que no caso concreto, em que se tratava de contratação de serviços por demanda, o contratante público não poderia ter desviado as suas demandas pelo serviço para outra empresa com fundamento na *constructive termination for default*²⁴⁰.

Aproximadamente vinte e cinco anos depois, o precedente (fixado por maioria) no caso *Torncello* foi seriamente desafiado pela *Court of Claims – Federal Circuit*, na decisão do caso *Krygoski Construction Co. Inc. v. United States*²⁴¹. A empresa Krygoski foi contratada, após procedimento público de adjudicação, por uma divisão de engenheiros do exército para realizar a demolição de dois edifícios militares abandonados. Fazia parte do objeto do contrato a remoção e destinação de asbesto (amianto), mediante remuneração fixada por unidade do material removido. Após a formalização do contrato, antes do início da execução, a empresa Krygoski realizou um levantamento *in loco* e descobriu que havia uma quantidade de asbesto muito superior à que havia sido estimada pelo contratante público. Com base no levantamento, o contratante público apurou que haveria um incremento de aproximadamente 320 mil dólares no custo da contratação, originalmente fixada em aproximadamente 415 mil dólares para todo o serviço de demolição.

Ante o que considerou uma *cardinal change*, uma mudança que excede o escopo do contrato, o *contracting officer* decidiu promover a *termination for convenience* e realizar novo procedimento de adjudicação, do qual a empresa Krygoski participou, mas não logrou oferecer a melhor proposta.

Krygoski então entrou com uma demanda judicial junto à Corte de Reclamações Federais dos EUA (*Court of Federal Claims*), em que alegou que se configurava uma quebra de contrato (*breach of contract*), em razão de a decisão do *contracting officer* não ter seguido a doutrina fixada no caso *Torncello*, segundo a qual se exigiria uma alteração de circunstâncias para ensejar a resolução por conveniência. A Corte de Reclamações julgou procedente a demanda, o que foi objeto de apelação pelo contratante público.

Na análise do caso, a Corte de Apelações do Circuito Federal (*Court Of Claims – Federal Circuit*), afastando a doutrina fixada em *Torncello*, aplicou o teste da má-fé ou abuso de discricionariedade do *contracting officer*. Concluiu que, no caso, a decisão de

²⁴⁰ PETRILLO, Joseph J. Petrillo e CONNER, William E. From *Torncello* to *Krygoski*: 25 Years of the Government's Termination for Convenience Power, *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 7, n° 4, inverno/1997, pp. 344-348.

²⁴¹ Estados Unidos da América. Corte de Apelações do Circuito Federal, 1996, *Krygoski Construction Co. Inc. v. United States*. (US Court of Claims – Federal Circuit, 1996).

resolução por conveniência do Governo não configurava quer má-fé quer abuso de autoridade, reputando correta e abrangida pelo escopo da norma a decisão de resolução.

Não parece possível, contudo, afirmar que a decisão em *Krygoski* tenha promovido o *overrule* da decisão do caso *Torncello*. Neste caso, a decisão foi tomada *en banc*, por todos os membros da *Court of Claims*. Por sua vez, a decisão no caso *Krygoski* foi proferida por um órgão fracionário (*panel*) do *Federal Circuit*²⁴².

Outro aspecto polêmico da decisão no caso *Krygoski* reside na maneira como restou fundamentada. De modo a evitar um (impossível) *overruling* da decisão do caso *Torncello*, foi adotado como fundamento o *Competition in Contracting Act* (1984), ato legislativo posterior à decisão do caso *Torncello*, para afirmar que a exigência de *ful and open competition* permite a *termination for convenience* no caso de o contrato não representar o resultado de um adequado processo competitivo. Mas tal possibilidade seria limitada pela *cardinal change doctrine*, segundo a qual somente no caso de uma mudança substancial das necessidades públicas seria regular a resolução do contrato a fim de promover um novo procedimento de procura pública²⁴³.

Uma análise possível do julgamento do caso *Torncello* consiste em avaliar a doutrina que formou a maioria como uma censura à injusta alocação do risco de rescisão entre o contratante público e o contratado privado, num cenário em que a *termination for convenience clause* havia sido generalizada para as contratações das agências federais, que não encontrava proteção adequada na doutrina da má-fé ou abuso de discricionariedade fixada nos precedentes anteriores²⁴⁴.

Por sua vez, a doutrina fixada no caso *Krygoski* permitiu ao contratante público rescindir o contrato e proceder a novo procedimento de procura pública, de modo evitar o

²⁴² PETRILLO, Joseph J. Petrillo e CONNER, William E. From *Torncello* to *Krygoski*: 25 Years of the Government's Termination for Convenience Power, *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 7, nº 4, inverno/1997, p. 362. Anote-se que a *Court of Claims* foi sucedida, em suas atribuições, pela *Court of Claims – Federal Circuit*.

²⁴³ PETRILLO, Joseph J. Petrillo e CONNER, William E. From *Torncello* to *Krygoski*: 25 Years of the Government's Termination for Convenience Power, *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 7, nº 4, inverno/1997, p. 364. Os Autores criticam esta fundamentação da decisão do caso *Krygoski* em razão de a exigência de ampla e aberta competição ser anterior ao *Competition in Contracting Act* de 1984. Ademais, ainda segundo os Autores, a *cardinal change doctrine* seria aplicável para hipóteses em que resultasse na imposição de obrigações para o contratante privado materialmente diferentes do que originalmente contratado, situação que não se configura na hipótese de obras e demolições, em que estimativas são, de regra, revistas ao longo da execução.

²⁴⁴ GARSON, Michael D. *Krygoski*, and the termination for convenience: have circumstances really changed. *Public Contracts Law Journal*, nº 27, 1997, p. 143.

incremento da litigiosidade em torno da decisão de rescisão por conveniência, na medida em que fechou as portas para a insatisfação de outros possíveis interessados que poderia ter origem na manutenção de um contrato que, antes mesmo do início de sua execução, demandava uma expressiva modificação²⁴⁵.

Em razão posterior da inclinação da *Court of Appeals* de seguir o precedente fixado em *Krygoski*, restringindo a aplicação da doutrina fixada em *Torncello* apenas para os casos em que o contratante público tem conhecimento anterior ao contrato da situação apta a gerar a rescisão por conveniência, concluiu-se que a decisão em *Krygoski* colocou um “prego de cobre no caixão” da doutrina da alteração de circunstâncias fixada em *Torncello*²⁴⁶.

Um conjunto de cláusulas sobre *termination for convenience* é previsto em regulamento, no FAR 52.249-1 a 52.249-7, sendo, mandatória a inserção em vários dos contratos celebrados pelas agências federais norte-americanas. A *termination for convenience* pode ser definida com o direito de completa ou parcialmente encerrar a continuidade do cumprimento do objeto do contrato no interesse do Governo (FAR 2.101)²⁴⁷.

Como expressão do caráter mais formal com que tema das contratações públicas é tratado nos Estados Unidos da América em comparação com o Reino Unido, decidiu-se, no caso *G. L. Christian and Associates v. United States*²⁴⁸, que, mesmo tendo o contrato omitido a expressa inserção da cláusula *termination for convenience*, deve-se considerá-la aplicável em razão de decorrer de expressa determinação de ordem legal a sua obrigatoria inclusão²⁴⁹.

²⁴⁵ GARSON, Michael D. Krygoski, and the termination for convenience: have circumstances really changed. *Public Contracts Law Journal*, nº 27, 1997, p. 148.

²⁴⁶ GARSON, Michael D. Krygoski, and the termination for convenience: have circumstances really changed. *Public Contracts Law Journal*, nº 27, 1997, p. 150.

²⁴⁷ NASH JR., Ralph C. *et alii*. *The government contracts reference book – a comprehensive guide to the language of procurement*. 3ª ed. Washington: Wolters Kluwer, 2007, p. 572.

²⁴⁸ Estados Unidos da América. Corte de Apelações. 1963. *G. L. Christian and associates v. United States* (US Court of Claims, 1963).

²⁴⁹ TURPIN, Colin C. Public contracts (capítulo IV). In: *International encyclopedia of comparative law*. Vol VII, parte 1 – *Contracts in general*. Tübingen: J. C. B Mohr, 1982, p. 41. PEDERSON, Marc A., Rethinking the Termination for Convenience Clause in Federal Contracts, *Public Contracts Law Journal*, vol. 31, nº 1, outono/2001, pp. 91-92. LERNER, Lawrence. Tying together termination for convenience government contracts. *Pepperdine Law Review*, nº 7, pp. 714-715.

4. EXTENSÃO DO DEVER DE INDENIZAR POR RESOLUÇÃO FUNDADA EM INTERESSE PÚBLICO

Convém, neste passo, anotar o diagnóstico de BOYRON acerca da diferença entre o direito dos contratos (inclusive privados) no Reino Unido e na França. Nesta, o contrato assenta-se numa ideia de um certo equilíbrio entre as partes, que assumem obrigações recíprocas, o que pode explicar a existência de soluções para hipóteses em que tal equilíbrio resta gravemente afetado pela alteração de circunstâncias. Naquele, o contrato é concebido como um instrumento de alocação de riscos entre as partes, as quais devem, por ocasião da contratação, antever o quanto possível os riscos envolvidos e negociar a sua assunção. Esta diferença parece explicar, por exemplo, a razão pela qual o direito dos contratos no Reino Unido tende a negar uma solução posterior para a alteração das circunstâncias por considerar que a parte deveria ter previsto um tal risco²⁵⁰.

4.1. O dever de indenização: uma questão de equilíbrio na tradição francesa

Esta ideia de equilíbrio soma-se a outro traço característico do direito dos contratos administrativos à francesa que consiste no reconhecimento ao ente público contratante de um poder de rescisão unilateral com fundamento em interesse público que, diversamente do que se passa nos contratos privados, constitui hipótese de rescisão lícita, diversa do inadimplemento²⁵¹.

Não obstante, é curioso notar que, combinadas as duas ideias que animam o contrato administrativo à francesa, quais sejam, a manutenção de um certo equilíbrio e o reconhecimento de poderes exorbitantes ao contratante público, chega-se a um semelhante dever de indenização, quer na rescisão por inadimplemento pelo ente público, quer na

²⁵⁰ BOYRON, Sophie. The public-private divide and the law of government contracts: assessing a comparative effort. In: RUFFERT, Matthias (org.). *The public-private law divide: potential for transformation?* Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 238.

²⁵¹ CÂMARA, Jacintho Arruda. Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos. Vol. 6. In: DI PIETRO (coord.). *Tratado de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 356.

rescisão com fundamento em interesse público – ainda que, em tese, encontre-se escudado por um dito poder exorbitante da Administração que dita a licitude de sua atuação.

Vale dizer, na versão francesa do contrato administrativo, de cariz predominantemente jurisprudencial, o exercício lícito, pelo contratante público, de um poder de resolução unilateral do contrato com fundamento em interesse público dá ensejo ao reconhecimento de um direito à indenização ao contratante privado, em razão da caracterização de uma responsabilidade contratual sem culpa²⁵².

Não se pode menosprezar a natureza dissuasória da ampla indenização fixada para o caso da rescisão fundada em interesse público, o que exige, inclusive, que a Administração pondere sobre o custo da rescisão antes da sua efetivação²⁵³.

Anote-se que a íntima relação entre equilíbrio contratual e dever de indenização foi uma vez mais reafirmada pela jurisprudência francesa em recente caso julgado pelo Conselho de Estado francês, no caso *Société Leasecom*, de 03/03/2017. Tratou-se de um caso de locação de máquinas copiadoras, com duração de três anos. O contrato previa uma indenização, na hipótese de resolução antecipada, equivalente ao total dos aluguéis devidos até o termo final da contratação, majorado em 10%. O ente público resolveu unilateralmente o contrato um ano antes de seu término e restou condenado ao pagamento da indenização nos termos do contrato pelo Tribunal Administrativo de Marselha. Em segundo julgamento, em sede de apelação, o Conselho de Estado anulou a cláusula, sob o fundamento de que tal indenização era manifestamente desproporcional e, assim como se veda o enriquecimento sem causa, deveria ser vedado o empobrecimento sem causa, em proteção às finanças públicas. Ademais, não se admitiria que o poder de resolução unilateral por motivo de interesse público restasse severamente limitado pelo seu alto custo decorrente da previsão contratual de uma indenização fixada em valor muito acima dos prejuízos sofridos. No que interessa ao presente estudo, remeteu-se, para a solução do caso, à aplicação das regras gerais de indenização para o caso de resolução unilateral por interesse público²⁵⁴.

²⁵² TERNEYRE, Philippe. *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*. Paris: Economica, 1989, pp. 149-150.

²⁵³ RICHER, Laurent. La résiliation unilatérale: motifs et procédures de rupture. *L'Actualité de la Commande et des Contrats Publics*, nº16, novembro-2002, p. 28.

²⁵⁴ LOMBARD, Frédéric. Modalités d'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation pour motif d'intérêt general. *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, nº 29, 11/09/2017, pp. 1678-1681. Cumpre

4.1.1. A igualdade perante os encargos públicos

Previsto no artigo 13 da Declaração de 1789, era considerado, inicialmente, como exclusivamente voltado para a distribuição dos encargos fiscais. Contudo, a evolução logrou alargar seu conteúdo no sentido de proteger a repartição mais equitativa do encargos e vantagens da sociedade (Preâmbulo da Constituição francesa de 1848), vindo a ser consagrado pela doutrina como pedra angular do regime de responsabilidade do Estado²⁵⁵.

Em se tratando de responsabilidade do Estado sem culpa (*sans faute*), duas concepções são tratadas pela doutrina francesa. A primeira corresponde ao desenvolvimento da responsabilidade pelo risco e a segunda consiste na responsabilidade pela ruptura da igualdade perante os encargos públicos. Esta enuncia que, de modo geral, se a coletividade se beneficia de um serviço público, deve reparar eventual prejuízo especial suportado por um indivíduo²⁵⁶.

Há posição doutrinária que fundamenta o dever de indenização integral, no caso de rescisão por interesse público, nesta segunda teoria, qual seja, o “princípio da repartição equitativa dos ônus”, como, por exemplo, ALMEIDA²⁵⁷. Anote-se que esta Autora avalia que o conceito de lucros cessantes não está presumido na expressão “prejuízos”, adotada pelo artigo 79, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos. Analisando os artigos 402 e 403 do Código Civil brasileiro, conclui que a lei civil distingue “prejuízos” de “perdas e danos”, adotando esta expressão para, com o objetivo de sancionar o inadimplemento, abarcar também os lucros cessantes.

Há de se anotar, neste passo, uma precisão. Dentro da mesma concepção de equilíbrio que anima a concepção de direito administrativo e fundamenta a

anotar que, no caso, não tendo o contratante privado deduzido em seu pedido a indenização com base nas regras gerais, o Conselho de Estado negou a sua aplicação de ofício e, por consequência, julgou improcedente o pedido de indenização.

²⁵⁵ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 54-55.

²⁵⁶ GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Tomo I – *Droit administratif general*. 16ª ed. Paris. LGDJ, 2001, p. 804.

²⁵⁷ ALMEIDA, Beatriz Monzillo de. A rescisão do contrato administrativo por razões de interesse público e o pagamento de lucros cessantes pela Administração. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 9, nº 108, dez-2010, p. 61.

responsabilidade da Administração sem culpa, há de se fazer a distinção entre o princípio do equilíbrio contratual e o princípio da igualdade perante os encargos públicos que tem aplicação no campo extracontratual. O campo de aplicação de cada um é nitidamente diverso, embora a similitude de funções exercidas por cada um destes conceitos acabe por indicar mesmo uma correspondência entre casos de reponsabilidade por quebra de igualdade perante os encargos públicos, no âmbito extracontratual, e responsabilidade por fato do príncípie, no âmbito contratual²⁵⁸.

Neste sentido, defende FREITAS²⁵⁹ que o “princípio do equilíbrio econômico financeiro não constitui, portanto, fundamento autônomo do dever de indenizar”, tratando-se apenas de um mero “aflorescimento” da responsabilidade do estado por ato lícito cujo fundamento repousaria, no seu entender, no dever de indenização pelo sacrifício:

Ora, os requisitos da indemnização pelo sacrifício são todas características que se verificam, com facilidade no caso do exercício do poder de modificação unilateral e no poder de rescisão unilateral com fundamento em interesse público, que constituem meio adequado a causar certos danos, indemnizáveis como aflorescimento da regra da indemnização pelo sacrifício pelo menos quanto aos danos directos que resultam da lesão autoritariamente conformada pela sua eficácia jurídica específica, sem prejuízo do estabelecimento contratual e legal de um regime específico quanto ao cômputo da indemnização.

4.1.2. Primazia da responsabilidade contratual

É usualmente reconhecido nos países influenciados pela concepção francesa de contrato administrativo que a responsabilidade contratual absorve a extracontratual. Basta um exemplo para comprovar o que afirmado: a responsabilidade pelo fato do príncipe, que apresenta natureza de responsa.

Trata-se do princípio da primazia da responsabilidade contratual, o qual determina que, ocorrendo o dano que se vincula diretamente à execução do contrato, durante a vigência deste, entre as partes do contrato, configura-se a responsabilidade contratual, de

²⁵⁸ TERNEYRE, Philippe. *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*. Paris: Economica, 1989, pp. 165-166. 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, p. 357.

²⁵⁹ FREITAS, Lourenço Vilhena de. *Direito dos contratos públicos e administrativos*. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 581

tal modo que resta excluída a aplicação de qualquer outro regime de responsabilidade, de direito público ou privado²⁶⁰.

Anote-se que não parece correto defender que a resolução do contrato ocasione a sua extinção, de modo que, já inexistente a relação contratual, restaria ao contratante prejudicado recorrer à responsabilidade extracontratual. Pois a resolução do contrato põe fim às obrigações estabelecidas no contrato, mas não à relação contratual²⁶¹.

No Brasil, entretanto, parece-nos que a doutrina veio a inverter esta lógica, animada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal brasileira²⁶², fazendo inserir necessariamente o conceito de lucros cessantes no conceito de dano.

Assim, por exemplo, Lúcia Valle FIGUEIREDO²⁶³ defende que é “no instituto da responsabilidade do Estado que se há de encontrar suporte para a indenização na hipótese de rescisão unilateral administrativa”. A Autora afirma categoricamente que se trata de responsabilidade extracontratual que decorre da “competência-dever de a Administração perseguir sempre o interesse público, que só pode ser *‘rebus sic stantibus’*”. Desta defesa da absorção da responsabilidade contratual pela extracontratual, resulta uma afirmação a respeito da ampla indenizabilidade dos danos causados, a exigir, inclusive, o pagamento danos emergentes e dos lucros cessantes.

Esta posição parece consentânea com a de BÉNOIT, o qual se opõe à concepção que funda o direito do contratado à indenização por fato do príncipe no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tendo agido a Administração no exercício de poderes não contratuais (poder de polícia ou de organização dos serviços públicos), surgiria uma responsabilidade híbrida: que se fundamenta na responsabilidade geral da Administração por seus atos e resta, contudo, mais facilmente comprovada em razão de o contratado gozar de uma posição contratual que possibilita a fácil demonstração do prejuízo anormal por ele

²⁶⁰ TERNEYRE, Philippe. *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*. Paris: Economica, 1989, pp. 27 e 59.

²⁶¹ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6ª ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 296.

²⁶² “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

²⁶³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 74-75.

suportado. De tal modo que o tema do equilíbrio econômico-financeiro é de responsabilidade geral da Administração²⁶⁴.

No mesmo sentido, opinião de PORTO FILHO e ARAÚJO²⁶⁵, segundo a qual o direito a indenização integral, também pelos lucros cessantes, repousa no tanto na responsabilidade civil extracontratual da Administração, previsto no citado artigo 37, § 6º, da Constituição Federal brasileira, quanto no direito à manutenção do equilíbrio econômico financeiro e na vedação ao enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Não se propõe, neste passo, desafiar a supremacia da Constituição. Contudo, o citado princípio da primazia da responsabilidade contratual sobre a extracontratual, dita o oposto, ou seja, que, havendo a possibilidade de configuração de uma responsabilidade contratual, afasta-se a configuração da responsabilidade extracontratual. Portanto, não parece razoável pretender fundamentar a responsabilidade contratual no disposto da constituição brasileira que trata da responsabilidade extracontratual do Estado.

4.1.3. A ampla indenizabilidade como corolário do equilíbrio contratual

A doutrina parece fazer eco da concepção segundo a qual a rescisão do contrato por interesse público abala o princípio do equilíbrio econômico da avença, cujo caráter público se reafirma como contraponto ao poder público de rescisão²⁶⁶, dando ensejo à indenização não apenas pelos danos emergentes, como também pelos lucros cessantes. Trata-se de expressão contratual do reiterado princípio da reparação integral do dano. Mas, diversamente da versão extracontratual, na vertente contratual da responsabilidade, quer do direito privado quer do direito administrativo, não releva, em princípio, o caráter culposos da ação danosa, havendo lugar para a reparação integral em um e outro caso²⁶⁷.

²⁶⁴ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, pp. 641-642.

²⁶⁵ PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende e ARAÚJO, Juliano Barbosa de. A aplicação do Código Civil na apuração dos lucros cessantes nos contratos administrativos de empreitada de obra pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 8, nº 91, jul-2009, p. 74.

²⁶⁶ SYMCHOWICKZ, Nil. L'indemnité de résiliation. *L'actualité de la Commande et des Contrats Publics*, nº16, novembro-2002, p. 34.

²⁶⁷ TERNEYRE, Philippe. *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*. Paris: Economica, 1989, pp. 300-301. SYMCHOWICKZ, Nil. L'indemnité de résiliation. *L'actualité de la Commande et des Contrats Publics*, nº16, novembro-2002, p. 32.

O dever de indenização que surge para a Administração no caso de resolução unilateral por motivo de interesse público decorre, nas palavras de RICHER²⁶⁸, de uma aplicação da teoria geral da responsabilidade contratual sem culpa por fato do príncipe, que enseja o pagamento de uma indenização integral do prejuízo, que engloba o *damnum emergens* e, desde que comprovado, o *lucrum cessans*.

Marçal JUSTEN FILHO²⁶⁹ aproxima o poder de rescisão unilateral do contrato administrativo reconhecido à Administração do seu poder de revogação de atos administrativos por razões de conveniência e oportunidade, conforme consagrado no verbete sumular de nº 473 do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Noutra obra, o Autor acrescenta que a ampla indenização que incumbe à contratante pública no caso de rescisão por interesse público decorre da concepção da proposta do contratado privado como um todo que afasta não seja assim, integralmente, tendo em vista todo o montante contratado, considerada na apreciação da indenização devida.²⁷⁰ Parece, pois, que há uma lógica de equilíbrio econômico financeiro que se perfectibiliza com a aceitação pelo contratante público da proposta do contratado privado e, desta maneira, releva para fins de determinação do *quantum* indenizatório.

Relembre-se que, como defendem VEDEL e DEVOLVÉ a característica mutabilidade do contrato administrativo enseja que somente a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro presente, verdadeiramente, força de lei perante a Administração²⁷¹

É também a alteração do equilíbrio econômico financeiro que, segundo GARCIA DE ENTERRIA e FERNANDEZ, daria ensejo à indenização integral, incluídos os danos emergentes e os lucros cessantes, no caso de exercício do *ius variandi*. Tratar-se-ia, segundo a concepção dos Autores, de uma decorrência do exercício do poder expropriatório geral, reconhecido à Administração, a exigir uma justa compensação que,

²⁶⁸ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6^a ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 254. No mesmo sentido: GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Tomo I – *Droit administratif general*. 16^a ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 704.

²⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 569-571.

²⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11^a ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 603.

²⁷¹ VEDEL, Georges e DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Tomo I. 11^a ed. Paris: PUF, 1990, pp. 407-408.

no caso da resolução unilateral (e demais alterações unilaterais), liquida-se no seio da própria relação contratual²⁷².

Ademais, RIVERO pontua que, em contrapartida ao poder de rescisão unilateral, garante-se ao contratado o direito à indenização integral, “por aplicação da teoria do fato do príncipe”, conforme já decidido no caso *Distillerie de Magnac-Laval*, C.E, 02/05/1958²⁷³. A indenização integral que se garante ao contratado corresponde à cobertura integral da álea administrativa, ressalvada a possibilidade de previsão de uma indenização fixa (forfetária), sendo o cálculo da indenização realizado com referência ao preço previsto na contratação.

Nos moldes em que concebida na França, a teoria do fato do príncipe configura-se como uma manifestação do princípio do equilíbrio econômico financeiro decorrente da ideia de álea administrativa – ao lado da teoria da imprevisão que, por sua vez, decorre da álea econômica. Tem lugar quando: a) o ente público contratante exerce a prerrogativa de modificação unilateral das obrigações do contratado, seja diretamente sobre o contrato, seja no exercício de um poder regulamentar; b) uma medida de caráter geral editada pelo contratante público cause um prejuízo especial e anormal ao contratante privado²⁷⁴.

A indenização por rescisão unilateral, no Direito francês, abarca não apenas o *damnum emergens* (a perda sofrida), mas também o *lucrum cessans* (o que se deixou de ganhar a título de lucro em face do que legitimamente esperado em razão do contrato). Contudo, anotam VEDEL e DEVOLVÉ que “elementos de moralidade interferem na jurisprudência do Conselho de Estado”, de modo a afastar a indenização por lucros cessantes nos casos em que a rescisão é motivada por um “evento independente da vontade da Administração”. Quando, noutro giro, a rescisão é motivada por uma nova apreciação acerca das necessidades do serviço, reconhece-se a indenização também pelos lucros cessantes²⁷⁵.

²⁷² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Vol. I. 4ª ed. Madri: Civitas, 1984, pp. 681-682.

²⁷³ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13ª ed. Paris: Dalloz, 1990, p. 169. No original: “Elle a comme contrepartie l’obligation d’indemniser intégralement le cocontractant par l’application de la théorie du fait du prince”. Assim também: WALINE, Jean. *Droit administratif*. 23ª ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 453.

²⁷⁴ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13ª ed. Paris: Dalloz, 1990, pp. 164-165. Também: WALINE, Jean. *Droit administratif*. 23ª ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 450

²⁷⁵ VEDEL, Georges e DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Tomo I. 11ª ed. Paris: PUF, 1990, p. 418.

Na jurisprudência do Conselho de Estado, encontram-se julgados em que, por razões de equidade, afasta-se o direito do contratado à indenização pelos lucros cessantes no caso de a rescisão ser determinada por razões estranhas à vontade da Administração, como no caso de guerra (09/01/1925, *Chantiers de Saint Nazaire*). Aventa-se que esta orientação jurisprudencial ressoa em decisões internacionais que reconhecem aos Estados um poder soberano para rescindir ou modificar um contrato celebrado com particulares, como na CEDH 9/12/1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*²⁷⁶.

Em contrapartida às prerrogativas da Administração que não encontram par no direito privado, assiste ao contratado garantias de ordem financeira tendentes a garantir uma “remuneração conforme ao que inicialmente previsto”, o que também escapa à normalidade do direito privado²⁷⁷.

No mesmo contexto em que foi reconhecido o poder de rescisão unilateral (*Distillerie Magnac-Laval*), de extinção de uma política pública francesa de estímulo à produção de álcool que havia sido adotada após II Guerra Mundial, outros casos de produtores que se sentiram prejudicados chegaram ao Conselho de Estado e ensejaram maior detalhamento quanto à indenização devida. Assim, no caso de 02/11/1960, *Société Les Distilleries de la Saône et de la Beaune-la-Rolande réunies* e no caso de 15/07/1960, *Société des Alcools du Vexin c./ Société Distillerie de la Croix Rouge*, fixou-se o direito à indenização consistente no prejuízo experimentado pela redução da atividade e pelos benefícios (*bénéfices*) dos quais ficaram privados a partir do decreto de 09/09/1953 até o final do contrato²⁷⁸.

Afirma-se, portanto, que ao contratado prejudicado pela rescisão unilateral assiste o direito a uma indenização que tem por fundamento a equação econômico-financeira do contrato tal qual enunciada na decisão do Conselho de Estado no caso *Cie. générale française des tramways*²⁷⁹.

²⁷⁶ LONG, Marceau *et alii*. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 140.

²⁷⁷ WALINE, Jean. *Droit administratif*. 23^a ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 446.

²⁷⁸ LACHAUME, Jean-François. *Les grandes décisions de la jurisprudence – droit administratif*. 12^a ed. Paris: PUF, 1999, p. 421.

²⁷⁹ LONG, Marceau *et alii*. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12^a ed. Paris: Dalloz, 1999, pp. 139-140.

Avalia GIACOMUZZI que, na concepção francesa, não é o equilíbrio econômico financeiro o único fundamento da indenização devida ao contratado privado no caso de rescisão. É também no interesse do serviço público que se preserva o contratado privado na sua condição de colaborador – e não na condição de titular de um eventual direito subjetivo²⁸⁰.

Também é a ideia de equilíbrio contratual perturbado por ato da Administração que fundamenta a ampla indenização devida no caso de resgate do contrato de concessão²⁸¹.

No direito brasileiro a questão é resolvida legislativamente colocando-se como merecedoras da mesma tutela ressarcitória todas as hipóteses em que contrato tenha sido rompido sem culpa do contratante privado, como disposto no artigo 79, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos: ressarcimento dos prejuízos comprovados, devolução da garantia, pagamento pela execução do contrato até a data da rescisão e pagamento pelo custo da desmobilização²⁸².

Acrescenta JUSTEN FILHO²⁸³ que não se reconhece a discricionariedade da Administração para decidir sobre a indenização devida ao contratado privado, apenas se reconhece a discricionariedade para decidir se mantém ou não relação contratual.

Assim, no caso brasileiro, se a legislação não estabelece expressamente o dever de indenização pelos lucros cessantes, não se pode ignorar que, por outro lado, aplica-se o mesmo regime indenizatório para as hipóteses de rescisão operada pelo contratante público sem culpa do contratante privado, quer tenham fundamento ou não em razões de interesse público.

Ora, parece, portanto, contra intuitivo que o ente público contratante, ao qual se reconhece um poder exorbitante (diverso, pois, do direito privado) de rescindir unilateralmente o contrato com fundamento em interesse público, deva indenizar o contratante privado pelos lucros cessantes. Dito de outro modo: o que há de especial ou

²⁸⁰ 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, pp. 342-343.

²⁸¹ GONÇALVES, Pedro Costa. *A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 357.

²⁸² CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*. Vol. 6. In: DI PIETRO (coord.). *Tratado de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 367.

²⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 603.

exorbitante em tal “poder” se, como consequência, o contratante privado há de ser integralmente indenizado, inclusive pelos lucros cessantes, como se de inadimplemento se tratasse.

Como bem anota RICHER, a equiparação da indenização nos casos de rescisão pelo contratante público com e sem motivação escudada em interesse público não serve de estímulo para uma atuação pública consciente da diferença entre uma atuação ilegal e uma atuação no interesse da coletividade²⁸⁴.

Ademais, afirmar o caráter discricionário de tal poder significa reconhecer que compete à autoridade decidir sobre a oportunidade e a utilidade da rescisão unilateral do contrato em face da indenização que será devida. Dado que a hipótese de rescisão unilateral por interesse público rende ao contratado a mais ampla indenização, nada haveria que ser objeto de apreciação pela jurisdição, de modo que se trata de tema a ser exclusivamente resolvido na esfera da discricionariedade administrativa²⁸⁵.

Parece prevalecer, contudo, aquilo que COHEN-TANUGI assinalou a respeito da sociedade de Estado tipicamente francesa (que, pensamos, aplica-se também ao caso brasileiro e português), uma tendência de se transmitir ao Estado os infortúnios privados.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil tem reiterado em sua jurisprudência que o dever de indenização que compete ao contratante público, no caso de rescisão por interesse público, abarca também os lucros cessantes. A propósito, as decisões nos Recursos Especiais julgados pela 2ª Turma de nº 229.188-PR (2001); 87.272-SP (2004); 1.232.571-MA (2011); 1.240.057-AC (2011); e a decisão da 1ª Seção nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 737-741-RJ (2011)

Como anota GIACOMUZZI, se há um dever de indenização a título de lucros cessantes no caso da rescisão unilateral com fundamento em interesse público, o seu fundamento não deve se encontrar em uma leitura da lei de licitações e contratos brasileira a partir da lei civil, que no seu artigo 402 determina que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Firme na fonte francesa da concepção brasileira de contrato administrativo, deve se buscar o fundamento do dever de indenização dos lucros cessantes na ideia de equilíbrio

²⁸⁴ RICHER, Laurent. La résiliation unilatérale: motifs et procédures de rupture. *L'Actualité de la Commande et des Contrats Publics*, nº 16, novembro-2002, p. 30.

²⁸⁵ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 664.

econômico financeiro, que decorre, em última análise, da igualdade perante os encargos públicos²⁸⁶.

No caso português, a regra do artigo 334, nº 2, do Código dos Contratos Públicos, conforme o magistério de VIEIRA DE ANDRADE, determina a indenização do interesse contratual positivo, “destinada a repor o particular na situação em que estaria se o contrato fosse pontualmente cumprido”. Releva notar que a parte final do dispositivo manda que sejam deduzidos da indenização os benefícios que resultem da antecipação, o que consiste em uma manifestação da “teoria da diferença”²⁸⁷.

Anote-se que, no direito privado, a questão é tratada sob a denominação de *compensatio lucri cum damno*. Vale dizer, está em causa estritamente a compensação do dano, de tal modo que se deve repelir o pagamento para além deste, que importe enriquecimento do lesado. Traz-se à luz o ensinamento de MOTA PINTO a propósito do tema no direito privado: “O ‘evento que obriga a reparação’, além dos efeitos negativos, pode também trazer benefícios ao lesado, seja provocando-lhe um incremento patrimonial, seja impedindo uma diminuição”, devendo, pois, o benefício ser deduzido do prejuízo em consonância com a “hipótese da diferença” (comparação entre a situação real e a situação hipotética que existiria se o evento danoso não se tivesse realizado) e o princípio da compensação (o lesado deve ser compensado de todo o dano sofrido, mas somente em razão do dano). Observe-se, contudo, que a teoria não foi expressamente positivada no Código Civil pois se entendeu que já decorreria da determinabilidade da indenização com referência à extensão do dano²⁸⁸.

Assim, conforme VIEIRA DE ANDRADE, da indenização não se devem diminuir os ganhos decorrentes da antecipação, quer sejam financeiros (custo de oportunidade), quer sejam decorrentes da eliminação de certos custos e riscos inerentes à execução do contrato e atribuídos ao co-contratante privado, quer mesmo possam ser compreendidos sob o

²⁸⁶ 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, p. 355.

²⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de direito administrativo*. 4ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 294. No mesmo sentido: MENDES, Pedro Vaz. *Pacta sunt servanda e interesse público nos contratos administrativos*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 225.

²⁸⁸ PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual negativo*. [1ª ed.]. vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 691 e 710-711.

conceito de “ganho de chance’, decorrente da possibilidade utilização alternativa do tempo, materiais e capitais em outro projeto”²⁸⁹.

Em se tratando de resgate da concessão, que não é coisa diversa da rescisão por interesse público aplicada no caso específico da concessão, garante-se ao concessionário o pagamento de uma *indenização de amortização* (“indenização pelo valor não amortizado das instalações afectadas à concessão”) e de uma *indenização industrial* (“indenização pelos benefícios deixados de receber durante as anuidades que restavam até completar o prazo da concessão”), correspondente ao conceito de lucros cessantes dos contratos administrativos em geral²⁹⁰.

Trata-se de um dever de indenização pelo interesse contratual positivo, envolvendo danos emergentes e lucros cessantes, que ainda conta, como exposto, de proteção internacional pela Corte Europeia dos Direitos do Homem em sede de proteção à propriedade²⁹¹.

Para fins de comparação, lembra-se que é usual, em diversos sistemas jurídicos, que o contrato civil, de direito privado, de empreitada, contemple a possibilidade de rescisão por ato do dono da obra, o qual se obriga, via de regra, ao pagamento pelos trabalhos já executados mais “uma indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra”, como disposto no artigo 623 do Código Civil brasileiro²⁹².

Na conclusão de CÂMARA, “a prerrogativa de rescindir contratos por motivo de interesse público no Direito brasileiro é, de certo ponto, mitigada. Há expresse reconhecimento dessa prerrogativa em lei e na jurisprudência. Todavia, para tanto, tem-se exigido o pagamento de ampla compensação econômica ao contratado. Pelo menos sob

²⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de direito administrativo*. 4ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 294.

²⁹⁰ GONÇALVES, Pedro Costa. *A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 357.

²⁹¹ FREITAS, Lourenço Vilhena de. *Direito dos contratos públicos e administrativos*. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 589.

²⁹² ATHAYDE, Augusto de. *Poderes unilaterais da administração sobre o contrato administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 1981, pp. 16-17.

este ponto de vista, o regime contratual público se assemelha às soluções existentes no campo das contratações privadas²⁹³”.

4.2. Executive necessity, sovereign immunity e repartição de riscos

Desde o ponto de vista do contrato como um instrumento de repartição de riscos, adquire novos contornos a questão da reponsabilidade (contratual) pela rescisão do contrato celebrado pelo ente público com fundamento em interesse público. O mais óbvio e demarcado cosnsiste numa certa liberdade para regular o tema, que se revela tanto no *Federal Acquisition Regulation* norte-americano quanto nos modelos padronizados aprovados pelo *Crown Commercial Service* britânico, bem como na abertura para a solução mediante negociação.

Porém, a mais demarcada diferença consiste na atribuição ao contratante privado do risco de rescisão com fundamento em interesse público, de modo efetivamente diverso do que se passa no caso dos contratos de direito privado. Se, no caso de rescisão de um contrato regido pelo *common law*, atribui-se ao contratante prejudicado o direito a uma ampla indenização que abarca o *anticipatory profits*, nos contratos celebrados pelos entes públicos afasta-se esta parcela da indenização no caso de *termination for convenience*, a qual acaba por exercer um papel de limitação da responsabilidade contratual do ente público, quando escudado em razões de interesse público.

Esta limitação da responsabilidade do contratante público no caso de rescisão unilateral por conveniência do governo parece ainda marcada pelas doutrinas da *sovereign immunity* e da *executive necessity* cuja razão de ser remete a uma concepção bifronte do governo: *government-as-contractor* e *government-as-sovereign*. Na falta de uma distinção enre direito público e direito privado, a tradição anglo-saxã manteve esta distinção que “permite que o credo liberal permaneça livre de críticas, na medida em que ela afirma categoricamente que o *government-as-contractor* é equivalente a um contratante privado”. Por outro lado, esta teoria da *dual capacity* enseja que o Estado, na veste de *government-*

²⁹³ CÂMARA, Jacintho Arruda. Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos. Vol. 6. In: DI PIETRO (coord.). *Tratado de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 373.

as-sovereign, sobreponha-se aos interesses privados sem que seja por isso responsabilizado, sem lançar mão de conceitos como interesse público ou supremacia²⁹⁴.

4.2.1. A *termination for convenience* como causa de não pagamento de *anticipatory profit*

O que há de mais característico na regulação norte-americana da *termination for convenience* consiste na reduzida indenização devida ao contratante privado em relação a que seria devida no caso de inadimplemento (*breach of contract*). No regime dos contratos comerciais entre privados, a rescisão por conveniência de um dos contratantes implicaria a caracterização como um inadimplemento, uma quebra de contrato (*breach of contract*). Todavia, nos contratos celebrados sob o regime do *federal procurement*, em caso rescisão por conveniência do contratante público os contratados privados suportam o fardo de absorver os lucros perdidos em razão do fim prematuro da avença²⁹⁵.

A justa indenização, no caso da rescisão por conveniência do governo, não abarca os lucros cessantes (*anticipatory profits*), consoante doutrina afirmada pela Suprema Corte no caso *Russel Motor Car Co. v. United States* (1923)²⁹⁶, a qual fixou nítida distinção entre o caso da rescisão por inadimplemento (*breach of contract*) e o caso da rescisão por conveniência (*termination for convenience*)²⁹⁷.

Nos casos *Manloading & Management Associates* e *Colonial Metals* reafirmou-se a doutrina segundo a qual somente uma rescisão que se caracterize como uma quebra de contrato atribuível ao contratante público é que poderia render ao contratante privado o direito a uma indenização por lucros cessantes, o que seria incompatível com a *termination for convenience*. Estando a cláusula “*termination for convenience*” prevista no contrato,

²⁹⁴ 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, p. 220.

²⁹⁵ GARSON, Michael D. Krygoski, and the termination for convenience: have circumstances really changed. *Public Contracts Law Journal*, nº 27, 1997, p. 124.

²⁹⁶ Estados Unidos da América. Suprema Corte. *Russel Motor Car Co. v. United States* (1923).

²⁹⁷ LERNER, Lawrence. Tying together termination for convenience government contracts. *Pepperdine Law Review*, nº 7, p. 722.

entende-se como uma renúncia do contratante privado aos lucros cessantes (*anticipated but unearned profits*), caso a hipótese seja efetivamente aplicada²⁹⁸.

Desde o final da II Guerra Mundial, o *Army Regulation* apresentava dispositivos que tratam da responsabilidade limitada do contratante público no caso de rescisão por conveniência, a qual, na altura, definia-se como aquela motivada pela cessação das hostilidades. Se as partes não atingissem uma solução negociada, o regulamento determinava o pagamento integral das parcelas já executadas, somada a uma indenização pelos itens ainda em processamento, equivalente ao custo mais uma margem de lucro de 2%, bem como uma indenização pelos custos diretamente incorridos com a rescisão²⁹⁹.

Se, em princípio, o Governo, no exercício de um poder soberano, pode se liberar de um contrato, tal atitude poderia acarretar, em princípio, segundo as regras do *common law*, a responsabilidade pelo pagamento de danos emergentes e lucros cessantes, na medida em que se caracterizaria como inadimplemento (*breach of contract*). Contudo, se e como expressamente permitido na norma (*statute*), fundamentando-se a decisão de rescisão na conveniência do ente público (*termination for convenience*), afasta-se o pagamento dos lucros garantindo-se, em seu lugar, uma compensação³⁰⁰.

Evidencia-se, no caso *Torncello*, que o sentido da *termination for convenience* consiste em evitar a responsabilização do contratante público por quebra do contrato – o que normalmente exigiria o pagamento de *anticipatory profits*. O julgado também fixou que somente no caso de ma-fé ou de abuso de poder discricionário, comprovados por prova robusta (*well-nigh irrefragable proof*), é que deveria ser afastada a validade da *termination for convenience* e exigido o pagamento da indenização equivalente ao da *termination for default*, que incluiria os *anticipatory profits*.

Este é exatamente o sentido das discussões nos casos norte-americanos trazidos a exame, ou seja, o contratante privado ajuíza uma demanda com o objetivo de infirmar a

²⁹⁸ LERNER, Lawrence. Tying together termination for convenience government contracts. *Pepperdine Law Review*, n° 7, pp. 723-724.

²⁹⁹ ERWIN, Nemmers E. Termination of war contracts, *Columbia Law Review*, n° 44, 1944, pp. 870-872.

³⁰⁰ BEAUREGARD, Henry G. Termination for convenience as a breach of a government contract. *Boston College Industrial & Commercial Law Review*, n° 7, 1966, pp. 259-260. PEDERSON, Marc A., Rethinking the Termination for Convenience Clause in Federal Contracts, *Public Contracts Law Journal*, vol. 31, n° 1, outono/2001, pp. 88-89. PERLMAN, Matthew S. e GOODRICH JR., William W. Jr. Termination for Convenience Settlements – The Government's Limited Payment for Cancellation of Contracts, *Public Contracts Law Journal*, vol n° 10, 1978, p. 4.

regular aplicação do *termination for convenience* no caso concreto, almejando, em seu lugar, o reconhecimento da ocorrência de uma própria e verdadeira *breach of contract*, que ensejaria o pagamento de uma maior indenização consistente, em suma, no pagamento de lucros cessantes. No caso *Torncello*, entendeu-se que o uso regular da *termination for convenience* deveria ser necessariamente motivado por uma mudança de circunstâncias, ao passo que, no caso *Krygoski*, intentou-se retornar à anterior jurisprudência que se limitava a coibir a má-fé e o abuso de discricionariedade³⁰¹.

Segundo a concepção norte-americana, ao celebrar um contrato com um ente público em que prevista a cláusula *termination for convenience*, o contratado renuncia à regra geral da *common law* que garante o pagamento de *anticipatory profits* (*anticipated but unearned profits*), no caso de inadimplemento contratual, e aceita apenas o pagamento referente aos custos dos trabalhos realizados, acrescidos de lucro, e dos custos das subcontratações. Caso interessante decorre dos chamados *loss contracts*, vez que a parte prejudicada pelo inadimplemento não pode ser colocada, por via de indenização, em melhor posição do que estaria caso cumprido integralmente o contrato – mas cabe a quem alega comprovar tal situação³⁰².

A compensação, no caso de *termination for convenience* no direito norte-americano, para contratos do tipo *cost-reimbursement* e *fixed-price*, pode ser negociada pelas partes, determinada pelo *Termination Contracting Officer* (geralmente o próprio *Contracting Officer*) caso as partes não cheguem a um acordo, pelo método *costing-out* nos contratos *cost-reimbursement*, ou por uma combinação de métodos (FAR 49.103). Não havendo acordo, deve a compensação incluir os custos das parcelas objeto da extinção, os custos incorridos com negociação e pagamento de eventuais subcontratações referentes às parcelas objeto da extinção bem como um lucro justo e razoável pelas parcelas já realizadas (mas não pelas parcelas objeto da extinção). A autoridade responsável pela rescisão deve celebrar um acordo de rescisão sem custos, desde que o contratado aceite,

³⁰¹ WEST, Joseph D. Practical advice concerning the federal government's termination for convenience clause. *The Construction Lawyer*, nº 17, 1997, p. 26.

³⁰² KEYES, Noel W. *Government contracts in a nutshell*. 2ª ed. St. Paul: West Publishing, 1990, pp. 502-503.

que não tenha havido incremento ao patrimônio público (*Government Property was not furnished*) e que o contratado não seja devedor do governo. (FAR 49.101)³⁰³.

Se as partes não chegarem a um acordo, caberá ao *Contracting Officer* determinar unilateralmente o valor devido ao contratante privado a título de indenização. Nos termos em que definido no FAR (*Federal Acquisition Regulation*), os métodos de aferição do valor da indenização envolvem a apuração do custo da porção já terminada do contrato, à qual se agrega uma compensação a título de lucro, descontando-se prováveis perdas bem como os pagamentos já efetuados pelo contratante público. Conforme FAR 31.205-42, são também passíveis de indenização os custos incorridos diretamente em razão rescisão, desde que se mostrem razoáveis, como os custos da rescisão dos contratos de trabalho (cujo pagamento seja determinado pela lei), bem como os custos envolvidos nos trabalhos de levantamento e elaboração da proposta sobre o valor devido a título de indenização³⁰⁴.

Por sua vez, o FAR 49.202 determina o pagamento de um lucro “justo e razoável” a incidir sobre as parcelas do contrato já finalizadas e os trabalhos de levantamento da indenização devida. Proíbe-se expressamente sejam indenizados os lucros cessantes (*anticipatory profits*) e os danos indiretos (*consequential damages*)³⁰⁵. Anote-se que, por conta da vedação do pagamento de *consequential damages*, eventual indenização por perda de uma chance também queda fora do escopo da indenização no caso de *termination for convenience*³⁰⁶.

No FAR 52.249-2, consta a cláusula padronizada a ser incluída nos contratos do tipo preço fixo (*fixed-price*) celebrados pelas agências federais norte-americanas. Além de estabelecer que o Governo pode, em razão de sua conveniência, determinar a rescisão do contrato, regula, no subitem g, que, não havendo acordo, as parcelas sujeitas a pagamento consistem em: o preço contratual para os itens já entregues ou serviços já recebidos e ainda não pagos; os custos incorridos na execução das parcelas executadas mas ainda não recebidas pelo contratante público, a ser acrescido de um lucro justo e razoável,

³⁰³ NASH JR., Ralph C. *et alii*. *The government contracts reference book – a comprehensive guide to the language of procurement*. 3ª ed. Washington: Wolters Kluwer, 2007, p. 572-573.

³⁰⁴ WEST, Joseph D. Practical advice concerning the federal government’s termination for convenience clause. *The Construction Lawyer*, nº 17, 1997, p. 29.

³⁰⁵ WEST, Joseph D. Practical advice concerning the federal government’s termination for convenience clause. *The Construction Lawyer*, nº 17, 1997, p. 30.

³⁰⁶ CHASSMAN, Mark B. e LAMBECK, Debra Tilson. Termination for convenience – costs recoverable. *The Construction Lawyer*, nº 7, 1987, p. 04.

determinado pelo *Contracting Officer*; mais o custo da preparação da rescisão, referentes aos necessários trabalhos contábeis, jurídicos, o custo da rescisão dos subcontratos e os custos de armazenamento, transporte, preservação, proteção do inventário.

Há previsões adaptadas para outros tipos de contrato, mas que seguem, em suma, as mesmas orientações do citado FAR 52.249-2, especialmente quanto ao não pagamento de lucros cessantes – como os contratos de demolição, desmontagem ou remoção (FAR 52.249-3), serviços (FAR 52.249-4), educacionais e sem fins lucrativos (FAR 52.249-5), do tipo reembolso dos custos (FAR 52.249-7), de engenharia ou arquitetura a preços fixos (FAR 52.249-7).

Como bem anota GIACOMUZZI³⁰⁷, as expressões utilizadas pelo FAR (especialmente *in the Government's interest*) já denotam uma diferença do sistema norte-americano em relação à concepção francesa, na medida em que, para fins de *termination for convenience*, releva “o mundo concreto do interesse do governo”, que se afasta da concepção de um interesse público ideal e abstrato à francesa.

Uma questão a ser avaliada, a título de crítica ao regime norte-americano da *termination for convenience*, consiste em avaliar que a o risco da rescisão por conveniência e da consequente não indenização dos lucros cessantes tende a ser precificado pelo contratante privado ao apresentar a sua proposta. Pode ser simplista, pois, afirmar que a *termination for convenience* enseja uma verdadeira vantagem para o contratante público que deixa de pagar os custos da rescisão, especialmente os lucros cessantes. Assim, a crítica consiste em avaliar que a previsão de um tal direito de *termination for convenience* representa um custo para o contratante público e para os *tax payers* – *the Government pays a premium for this right*. Talvez seria de maior utilidade fazer uma avaliação, caso a caso, acerca da conveniência de sua inclusão em uma determinada contratação, mas que, sendo de inclusão obrigatória³⁰⁸ ou mesmo aplicável quando não expressamente previsto, conforme a *Christian doctrine*, pode ser apenas um “luxo perdulário”³⁰⁹.

³⁰⁷ 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, p. 329.

³⁰⁸ Conforme determina o item 49.502.b do FAR, o *contracting officer* deve incluir a *termination for convenience clause*.

³⁰⁹ PEDERSON, Marc A., Rethinking the Termination for Convenience Clause in Federal Contracts, *Public Contracts Law Journal*, vol. 31, nº 1, outono/2001, pp. 92-95 e 100. O Autor utilizou a expressão “*wasteful luxury*”.

Contudo, com base em um levantamento que levou em consideração os anos de 1988 a 1995, verificou-se que apenas um em cada duzentos e cinquenta contratos foram objeto de *termination for convenience* e, sendo baixo o risco, dificilmente poderia se converter em um significativo incremento do preço das propostas. Assim, GARSON concluiu que não se pode atribuir um sensível aumento no custo das contratações públicas à doutrina fixada no caso *Krygoski*, no qual se reconheceu uma margem ampliada de discricionariedade em relação ao caso *Torncello*³¹⁰.

4.2.2. O modelo padronizado britânico para o não pagamento de lucros cessantes

Segundo a solução britânica, na ausência de expressa previsão contratual a respeito, caso prevaleça o exercício da discricionariedade do ente público em detrimento da estipulação contratual pela doutrina *no fettering discretion*, reputando-se *ultra vires* a contratação, com a consequente declaração de sua nulidade, não há lugar para a indenização por inadimplemento contratual. Em tal caso, paga-se pelas parcelas já cumpridas da contratação, mas não se indenizam os lucros cessantes (*anticipatory profits*) – não havendo lugar para os *expectation damages*, que se prestariam a colocar lesado na posição em que estaria caso o contrato houvesse sido integralmente cumprido³¹¹.

Conforme avalia DAVIES, a regra *no fettering discretion* difere do *fait du prince* na medida em que este atribui ao ente público a obrigação de compensar o contratado privado caso altere as condições de execução do objeto do contrato mediante o uso de poderes regulamentares, o que não se reconhece no âmbito do *no fettering discretion*. Contudo, visto que usualmente regulado por cláusula contratual o exercício do poder do ente público contratante, chega-se a um tratamento semelhante ao contratado perante a Administração francesa ou britânica, não obstante a diversidade dos mecanismos utilizados para tanto,

³¹⁰ GARSON, Michael D. *Krygoski, and the termination for convenience: have circumstances really changed.* *Public Contracts Law Journal*, nº 27, 1997, pp. 139-140.

³¹¹ DAVIES, ANNE C. L. *English law's treatment of government contracts: the problem of wider public interests.* In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, p. 124.

com prevalência da jurisdição administrativa na França e mecanismos negociados de natureza contratual no Reino Unido³¹².

Anote-se que DAVIES³¹³ defende a elaboração de um regime de direito público no Reino Unido que proteja os interesses do contratante privado à moda da concepção francesa, garantindo-se a indenização também pelos *expectation damages*.

Desta natureza negociada são os modelos padronizados para as contratações públicas do governo central elaborados pelo *Crown Commercial Service*.

Assim, por exemplo, no modelo preconizado para a contratação de serviços de tecnologia da informação e de *BPO (business process outsourcing)*³¹⁴, há expressa previsão, no item 33.1.a, da *termination for convenience clause*, que pode ser exercida a qualquer tempo. Por sua vez, o item 34.3 determina que, frise-se, tanto no caso da rescisão por conveniência determinada pela autoridade quanto no caso de rescisão pelo contratado privado em razão de inadimplemento do contratante público, é devida a indenização que se compõe pelo *termination payment* e pelo *compensation payment*:

34.3 If this Agreement is terminated by the Authority pursuant to Clause 33.1(a) (Termination by the Authority) or by the Supplier pursuant to Clause 33.3(a) (Termination by the Supplier), the Authority shall pay the Supplier the following payments (which shall be the Supplier's sole remedy for the termination of this Agreement):

(a) the Termination Payment; and

(b) the Compensation Payment, if either of the following periods is less than 365 days:

(i) the period from (but excluding) the date that the Termination Notice is given (or, where Paragraph 2.1(a) of Part D of Schedule 7.1 (Charges and Invoicing) applies, deemed given) by the Authority pursuant to Clause 33.1(a) (Termination by the Authority) to (and including) the Termination Date; or

(ii) the period from (and including) the date of the non-payment by the Authority referred to in Clause 33.3(a) (Termination by the Supplier) to (and including) the Termination Date.

³¹² DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, p. 57.

³¹³ DAVIES, ANNE C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008, p. 186.

³¹⁴ Disponível em:
<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/682410/Model_Services_Contract_-_England_Wales_v1.03__01.01.18__1_.pdf>

O *compensation payment* é devido quando decorrido um prazo inferior a 365 dias da data da notificação da rescisão por conveniência até a data da efetiva extinção da relação contratual, ou da caracterização do inadimplemento do ente público até a efetiva extinção da relação contratual. Nos termos do item 6 do anexo *Payments on termination*³¹⁵, o *compensation payment* consiste no produto entre margem de lucro prevista, especificamente fixada na proposta (*Anticipated Contract Life Profit Margin*), e o custo total previsto para o período entre o evento da rescisão e a sua efetivação:

6.1. The Compensation Payment payable pursuant to Clause 34.3(b) (Payments by the Authority) shall be an amount equal to the total forecast Charges over the Shortfall Period (as stated in the Financial Model) multiplied by the Anticipated Contract Life Profit Margin.

Nos termos do item 2 do anexo *Payments on termination*, o *termination payment* consiste na soma de *breakage costs* e *unrecovered payment*. Ou seja, no caso de *termination for convenience*, o contratante público também será responsável pelo pagamento dos custos que diretamente decorrem da rescisão (*breakage costs*), acrescido de *unrecovered costs* e de *unrecovered profit*. Aquele consiste, basicamente, em custos que não foram amortizados até a data da rescisão. O *unrecovered profit*, por sua vez, é descrito por uma fórmula que abarca a margem de lucro esperada durante a vigência contratual aplicada sobre o total dos custos incorridos, do que deve ser subtraída a parcela de lucros já pagas durante a execução:

2 TERMINATION PAYMENT

The Termination Payment payable pursuant to Clause 34.3(a) (Payments by the Authority) shall be an amount equal to the aggregate of the Breakage Costs Payment and the Unrecovered Payment.

Do que se percebe que, no caso do contrato modelo para serviços de tecnologia da informação ou BPO (*business process outsourcing*), há previsões que garantem o pagamento de alguma parcela a título de lucros, mas que não se confundem com o pagamento da integralidade dos lucros cessantes.

Interessante notar que, a fim de abreviar a discussão, o modelo prevê a fixação dos valores máximos devidos a título de *unrecovered payment* e *breakage costs payment* em

315

Disponível

em:

<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/682409/Model_Services_Contract_Combined_Schedules_-_England_Wales_v1.05__01.01.18__1_.pdf>

caso de ocorrência durante o primeiro, o segundo, ou a partir do terceiro ano da contratação.

5. CONCLUSÃO

No percurso da comparação proposta entre sistemas inspirados na tradição francesa de contrato administrativo e sistemas de tradição anglo-saxã, pretendeu-se demarcar semelhanças e diferenças na maneira como cada uma destas concepções lida com um problema comum, que consiste no desinteresse, por assim dizer, da Administração na manutenção do contrato, quando motivada por razões de interesse público ou por razões de conveniência do Governo.

A construção da concepção francesa de contrato administrativo, que influenciou Portugal e Brasil, é marcadamente um produto da jurisprudência do *Conseil d'État* e do trabalho sistematizador elaborado pela doutrina. Concepção que tem como sua marca de nascimento uma Administração forte e centralizada, organizada, em sua origem, pelo “déspota vencido em Waterloo”, para usar as palavras de DICEY, sujeita a um regime especial de direito público (em oposição, portanto, ao regime de direito privado, conforme a *summa divisio*) e a uma jurisdição especial (administrativa) que se funda numa certa leitura da separação de poderes de Montesquieu que compreende que julgar a Administração é administrar.

A concepção francesa que pela figura do contrato administrativo, afirma a superioridade da Administração, incumbida da defesa de interesses públicos gerais e, portanto, superiores, em detrimento dos interesses individuais egoísticos dos contratados privados.

Para que esta concepção seja melhor compreendida, convém retomar a definição da sociedade francesa como uma sociedade de Estado, nas palavras de COHEN-TANUGI. Somente este espírito de nação, esta crença no Estado como o senhor dos rumos da sociedade, é capaz de explicar alguns labirintos tautológicos em que incorre a irrefletida afirmação de poderes exorbitantes da Administração no contrato administrativo – que, por um lado, vale-se do contrato como o instrumento consensual por excelência para cumprir

suas finalidades públicas e, por outro, afirma que o contrato é administrativo porque contém cláusulas exorbitantes, que colocam a Administração em posição de superioridade na relação contratual, ao mesmo tempo em que afirma que a Administração goza de tais poderes exorbitante porque o contrato é administrativo.

Este torvelinho acaba por exigir da doutrina e da jurisprudência um esforço verdadeiramente criativo no sentido de apurar a administratividade do contrato, embora o resultado não seja mais do que um *pout-pourri* à francesa, como afirma ESTORNINHO, de diversos critérios que, casuisticamente, afirmam ou não a superioridade da Administração na relação contratual.

Esta concepção um tanto quanto fluída e em constante evolução pelas mãos da jurisprudência, acabou sendo absorvida pela via legislativa tanto em Portugal quanto no Brasil. Se esta opção pode ensejar maior segurança e previsibilidade quanto à definição da administratividade do contrato, por outro lado tende a engessar o instituto em uma definição legal que, por sua vez, apresenta um caráter expansivo capaz de se espriar a administratividade para todas as relações contratuais celebradas pela Administração.

Em comum, estas concepções do contrato administrativo partem de uma possível igualdade formal entre a Administração e os privados, o que possibilita que celebrem um contrato, que redunde, contudo, em uma desigualdade de armas, na medida em que a Administração afirma a sua superioridade mesmo estando na condição de contrante – assim, Administração e privados são iguais, mas diferentes.

A tradição anglo-saxã parte de uma concepção que se mostra, num certo sentido, oposta a esta que se vem expondo. O *government*, embora essencialmente diverso dos privados, afirma a sua igualdade, na medida da igual submissão ao *common law* ditada pelo *rule of law*. São, pois, diferentes, mas afirmam a sua igualdade quando partes contratantes, submetidas às mesmas regras, ao mesmo *common law*.

Contudo, observam-se, no âmbito do contrato público na tradição anglo-saxã, reminiscências de concepções bifrontes da Administração, que ora atua na veste de *government-as-contractor*, ora na veste de *government as sovereign*, o que ainda inspira as doutrinas da *sovereign immunity* e da *executive necessity*.

Assim, no direito britânico, o governo e os privados são igualmente submetidos às mesmas regras dos contratos em geral prescritas pela da *common law*. Mas, conforme a

doutrina *no fettering of discretion*, não se permite que o ente público agrilhoie, por contrato, o exercício futuro de sua discricionariedade justificado, no caso da Coroa e de alguns de seus Minitérios que achem suas atribuições diretamente do *common law*, pela *executive necessity*. No caso dos entes públicos cujas atribuições são conferidas pelo Parlamento mediante *statute*, a avaliação do eventual caráter *ultra vires* dita a nulidade da avença, sendo, ademais, *ultra vires*, as avenças que exorbitem da doutrina *no fettering of discretion*. A fim de melhor regular esta situação, em que o contratado privado nada poderia reclamar, as orientações internas da Administração britânica preconizam, em seus modelos padronizados de contratos, a inserção da cláusula *termination for convenience*.

No caso norte-americano, a *sovereign immunity* sacramentou a possibilidade de *termination for convenience* nas contratações públicas das forças armadas. Se, nos primórdios, as alterações próprias do desenrolar do conflito armado ditavam a necessidade de rompimento das contratações, conforme as necessidades de desmobilização de tropas ou de busca de tecnologias mais avançadas, paulatinamente este poder foi reconhecido a todas as contratações militares, mesmo em tempos de paz (embora borrada a distinção entre guerra e paz durante a *Guerra Fria*) e, finalmente, também para as contratações civis dos entes federais, conforme previsto no *Federal Acquisition Regulation* (FAR) desde 1984.

Vale dizer, também nos sistemas anglo-saxões, entre o *pacta sunt servanda* e o exercício de poderes discricionários pelo ente público, acaba prevalecendo, em determinadas condições, o segundo.

Na tradição da concepção francesa, por sua vez, também com prejuízo do *pacta sunt servanda*, a questão se resolve pelo exercício do menos contestado poder exorbitante consistente na possibilidade de rescisão unilateral do contrato por motivo de interesse público, que se reconhece ao contratante público em todos os contratos administrativos e que sequer admite renúncia – cuja revelação jurisprudencial encontra-se, consoante exposição ritualística da doutrina, na decisão do Conselho de Estado no caso *Distillerie de Magnac-Laval*, de 1958, que tratou, em verdade, da alteração de uma política pública de intervenção no domínio econômico da qual o contrato era um dos instrumentos possíveis de utilização pela Administração.

Embora se assemelhem quanto à motivação em razão de interesse público e quanto à possível expressão de um poder *lato* de organização dos serviços públicos, não

nos parece que o poder de rescisão unilateral por motivo de interesse público seja mera expressão do também reconhecido jurisprudencialmente poder de alteração unilateral do contrato, visto que rescisão e alteração apresentam efeitos muito distintos na relação contratual que, num caso, persiste e exige que o contratado privado cumpra suas obrigações contratual e, noutro, extingue-se bem como as obrigações do contratado privado.

Ademais, se compartilha com a prerrogativa expropriatória da Administração a marca da auto executoriedade, não pensamos que esta semelhança seja suficiente para afirmar que se trata da mesma coisa, ignorando a natureza contratual do poder de rescisão unilateral, em oposição à natureza extracontratual do poder expropriatório, bem como as distintas finalidades de um e outro instituto, que, no caso da expropriação, bole com o patrimônio dos privados e, no caso da rescisão, extingue uma relação contratual.

Tal poder exorbitante, ao lado dos outros poderes exorbitantes usualmente enumerados (poder de modificação unilateral, de fiscalização e de aplicação de sanções) foi absorvido legislativamente, como sói ocorrer na tradição portuguesa e brasileira, sem maiores contestações.

Na lógica desta tradição francesa, ao poder de rescisão unilateral por motivo de interesse público se contrapõe o direito à ampla indenização que se reconhece ao contratado privado prejudicado, que abrange danos emergentes e lucros cessantes. E. esta ampla indenizabilidade que, dentro da concepção francesa, encontra fundamento no equilíbrio econômico financeiro que garante se ao contratado público na sua condição de colaborador com o serviço público, acaba por equiparar, nas consequências patrimoniais da rescisão, por razões diversas, a solução do direito público e a solução do direito privado.

Assim, na prática, não releva para fins de indenização encontrar-se a Administração escudada pelo exercício de um poder exorbitante que determina a licitude de sua atuação ou, simplesmente, determinar ilicitamente a quebra do contrato administrativo – em ambos os casos, pagará a mesma indenização do inadimplemento dos contratos privado: danos emergentes e lucros cessantes.

De modo diverso, a ideia de equilíbrio que marca a concepção do contrato administrativo à francesa, a tradição anglo-saxã pauta-se pela concepção do contrato como instrumento de alocação de riscos.

Dentro desta lógica de alocação dos riscos, a *termination for convenience* distingue-se, nas consequências indenizatórias, da *termination for default* exatamente em razão de se atribuir ao contratado privado o risco de rescisão pelo contratante público por motivo de conveniência do governo. Nesta hipótese, em suma, nega-se ao contratado a indenização pelos lucros cessantes, ao passo que, na *termination for default*, garante-se o pagamento de *anticipatory profits*.

Do que resulta que a tradição anglo-saxã afirma a igual submissão da Administração ao *common law*, conforme a *rule of law*, embora, na prática da contratação pública, tenha reconhecido ao contratante público a possibilidade de *termination for convenience* que, nas suas consequências indenizatórias, haja vista que recusa o pagamento de lucros cessantes, efetivamente se distingue da solução padrão do *common law* preconizada pela *termination for default* e na ampla indenizabilidade do contratado prejudicado.

Por outro lado, a tradição francesa, que afirma a superioridade do contratante público e reconhece a esta o poder de rescisão unilateral por motivo de interesse público, acaba por indenizar na mesma extensão, incluindo lucros cessantes, a hipótese em que exerce este poder exorbitante no interesse público e a hipótese de mero inadimplemento.

Da reflexão que o estudo comparado permite, ousamos aventar que o contratante público, na tradição anglo-saxã, embora assim não reconheça, goza de um poder de supremacia que consiste no afastamento da indenização dos lucros cessantes no caso de *termination for convenience*, situação que não encontra paralelo no direito comum dos contratos privados.

Propomos, também, que o tema dos poderes exorbitantes do contratante público na tradição francesa merece maiores reflexões no sentido de, talvez, revisar a inclusão em tal enumeração do poder de rescisão unilateral por motivo de interesse público, haja vista que, na prática, dada a irrelevância para fins de indenização, acaba por não relevar a motivação e sequer se afasta das soluções do direito comum privado para a hipótese de rescisão por culpa. Se o contratante público goza de poderes exorbitantes, não nos parece que a possibilidade de rescisão unilateral por motivo de interesse público seja um deles, sob pena de chamar de superpoder uma capacidade ordinária.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Beatriz Monzillo de. A rescisão do contrato administrativo por razões de interesse público e o pagamento de lucros cessantes pela Administração. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 9, nº 108, dez-2010, pp. 57-62.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de direito administrativo*. 4ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*. Reimpressão da dissertação de doutoramento - 1990. Coimbra: Almedina, 2003.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol II. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Lecciones de administración (y políticas públicas)*. 1ª ed. Madri: Iustel, 2011.

ARROWSMITH, Sue. *The law of public and utilities procurement*. Londres: Sweet & Maxwell, 2010 (reed. da ed. 1996).

ATHAYDE, Augusto de. *Poderes unilaterais da administração sobre o contrato administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 1981.

AUBY, Jean-Bernard. Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français. In: AUBY, Jean-Bernard e FREENDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, pp. 11-19.

BEAUD, Olivier. La distinction entre droit public et droit privé: un dualisme qui résiste aux critiques. In: AUBY, Jean-Bernard e FREENDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, pp. 20-38.

BEAUREGARD, Henry G. Termination for convenience as a breach of a government contract. *Boston College Industrial & Commercial Law Review*, nº 7, 1966, pp. 259-267. Disponível em HeinOnline. Acesso em 15/03/2018.

BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

BRAIBANT, Guy e STIRN, Bernard. *Le droit administratif français*. 5^a ed. Paris: Science Po e Dalloz, 1999.

BOYRON, Sophie. The public-private divide and the law of government contracts: assessing a comparative effort. In: RUFFERT, Matthias (org.). *The public-private law divide: potential for transformation?* Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2009, pp. 221-244.

BURDEAU, François. *Histoire du droit administratif*. 1^a ed. Paris: PUF, 1995.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. V. 1. 10^a ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos. Vol. 6. In: DI PIETRO (coord.). *Tratado de direito administrativo*. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra, 1970-71.

CASSESE, Sabino. La costruzione del diritto amministrativo. In: *Trattato di diritto amministrativo – diritto amministrativo generale*. Tomo I. 2^a ed. Milão:Giuffrè, 2003, pp. 1-93.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. O nosso conselho de Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 24, p. 1-10, abr. 1951. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11948/10868>>. Acesso em: 11 Abr. 2018.

CHASSMAN, Mark B. e LAMBECK, Debra Tilson. Termination for convenience – costs recoverable. *The Construction Lawyer*, n^o 7, 1987. pp. 3-27. Disponível em HeinOnline. Acesso em 15/03/2018.

CHATELIER, Gilles. Où en est-on de la mise en oeuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet? *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, n^o 19, 03/06/2013, pp. 1092-1101.

COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'état – sur la démocratie en France et en Amérique*. Paris: PUF, 1985.

CORDEIRO, António Menezes. *Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativista, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*. Cadernos o Direito, nº 2, Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CRAIG, Paul. *Administrative law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1983.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

DAVIES, Anne C. L., *The public law of government contracts*. Oxford: University Press, 2008.

_____. English law's treatment of government contracts: the problem of wider public interests. In: AUBY, Jean-Bernard e FREENDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, pp. 113-129.

DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10ª ed. Londres: Macmillan, 1962 (reimpr. 1959).

DICEY, A. V. The development of administrative law in England. In: DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10ª ed. Londres: Macmillan, 1962 (reimpr. 1959), pp. 493-499.

DI PIETRO, Maria Sylvia, *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ERWIN, Nemmers E. Termination of war contracts, *Columbia Law Review*, nº 44, 1944, pp. 864-898. Disponível em HeinOnline. Acesso em 15/03/2018.

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

_____. *Curso de direito dos contratos públicos – por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014 (reimpres. 2012).

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS, Lourenço Vilhena de. *Direito dos contratos públicos e administrativos*. Lisboa: AAFDL, 2014.

FLOGAÏTIS, Spyridon. *Administrative law et droit administrative*. Paris: LGDJ, 1986.

FREEDLAND, Mark. The evolving approach to the public/private distinction in english law. In: AUBY, Jean-Bernard e FREEDLAND (coord.), Mark. *The public law/private law divide – une entente assaz cordiale?* Oxford: Hart, 2006, pp. 93-112.

FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2006.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Vol. I. 4ª ed. Madri: Civitas, 1984.

GARSON, Michael D. Krygoski, and the termination for convenience: have circumstances really changed. *Public Contracts Law Journal*, nº 27, 1997, pp. 117-153. Disponível em HeinOnline. Acesso em 15/03/2018.

GAUDEMET, P. M. Droit administratif in France. In: DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10ª ed. Londres: Macmillan, 1962 (reimpr. 1959), pp. 475-492.

GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Tomo I – *Droit administratif general*. 16ª ed. Paris. LGDJ, 2001.

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.

GONÇALVES, Pedro Costa. *O contrato administrativo (uma instituição do direito administrativo do nosso tempo)*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2004 (reimpr. 2003).

_____. A relação jurídica fundada em contrato administrativo. *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 64, jul./ago. 2007, pp. 36-46.

_____. *A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)*. Coimbra: Almedina, 1999.

GUANDALINI JÚNIOR, Walter. Espécie invasora - história da recepção do conceito de direito administrativo pela doutrina jurídica brasileira no século XIX. *Revista de Direito Administrativo*, pp. 213-247, v. 268, jan./abr. 2015.

GUIMARÃES, Ana Luísa. A forma do “ato administrativo” na execução dos contratos e o caso (aparentemente) nebuloso da caução. In GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de Contratação Pública*, volume IV, 1ª edição. Coimbra: Almedina, 2013.

HAMILTON, Alexander. *The federalist*, nº 81, In: *Great books of the western world*, nº 43. Encyclopedia Britannica: Londres, 1952.

JÈZE, Gaston. Nature juridique de la concession de service publique (Conseil d'État, 11 mars 1910, Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française de tramways), *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. 27, ano 17, 1910, pp. 270-290.

_____. Théorie générale des contrat de l'administration. *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. 53, ano 43, 1936, pp. 41-112.

_____. Notes de jurisprudence. Régime juridique du contrat administratif. *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. 60, ano 51, 1945, pp. 251-262.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KEYES, Noel W. *Government contracts in a nutshell*. 2ª ed. St. Paul: West Publishing, 1990.

LACHAUME, Jean-François. *Les grandes décisions de la jurisprudence – droit administratif*. 12ª ed. Paris: PUF, 1999.

LAUBADÈRE, André. Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, nº 1, jan./mar.-1954, pp. 36-63.

LERNER, Lawrence. Tying together termination for convenience government contracts. *Pepperdine Law Review*, nº 7, pp. 711-736. Disponível em HeinOnline. Acesso em 15/03/2018.

LOMBARD, Frédéric. Modalités d'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation pour motif d'intérêt general. *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, nº 29, 11/09/2017, pp. 1678-1681.

LONG, Marceau *et alii*. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12^a ed. Paris: Dalloz, 1999.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (traduzido por Marcela Varejão, a partir da edição, em italiano, de 2000).

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3^a ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, nº 107, dezembro/2009, pp. 74-81.

MENDES, Pedro Vaz. *Pacta sunt servanda e interesse público nos contratos administrativos*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Traços da evolução do direito administrativo português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, p. 244-318.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *L'Esprit des lois*. Paris: Lavigne, 1845 (reed, 1748?). Disponível em <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9737646k>>.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 6^a ed. Paris: Montchrestien, 1999.

MOREIRA, João Batista Gomes. Aplicação do Código Civil nas relações administrativas. *Interesse Público*, ano 15, nº 71, pp. 29-42, jan./fev. 2012.

NASH JR., Ralph C. *et alii*. *The government contracts reference book* – a comprehensive guide to the language of procurement. 3ª ed. Washington: Wolters Kluwer, 2007.

OTERO, Paulo. *Direito administrativo* – relatório de uma disciplina apresentado no concurso para professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: [s/ ed.], 1998, pp. 44-45.

_____. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à legalidade*. 1ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

PEDERSON, Marc A., Rethinking the Termination for Convenience Clause in Federal Contracts, *Public Contracts Law Journal*, vol. 31, nº 1, outono/2001, pp. 83-100. Disponível em HeinOnline, acesso em 15/03/2018.

PEQUIGNOT, Georges. Les contrats de l'administration. Les deux sortes de contrats e leurs critères. *Juris-classeur administratif*, fascículo 500, nº 4, 1952, pp. 1-30.

PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*. 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PERLMAN, Matthew S. e GOODRICH JR., William W. Jr. Termination for Convenience Settlements – The Government's Limited Payment for Cancellation of Contracts, *Public Contracts Law Journal*, vol nº 10, 1978, pp. 01-52. Disponível em HeinOnline, acesso em 15/03/2018.

PETRILLO, Joseph J. Petrillo e CONNER, William E. From Torncello to Krygoski: 25 Years of the Government's Termination for Convenience Power, *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 7, nº 4, inverno/1997, pp. 337-372. Disponível em HeinOnline, acesso em 15/03/2018.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual negativo*. [1ª ed.]. vol. I. Coimbra: Almedina, 2008.

PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende e ARAÚJO, Juliano Barbosa de. A aplicação do Código Civil na apuração dos lucros cessantes nos contratos administrativos de empreitada de obra pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 8, nº 91, jul-2009, pp. 72-75.

- RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 6^a ed. Paris: LGDJ, 2008.
- _____. La résiliation unilatérale: motifs et procédures de rupture. *L'actualité de la Commande et des Contrats Publics*, n°16, novembro-2002, pp. 26-30.
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13^a ed. Paris: Dalloz, 1990.
- SCHWARZ, Bernard e WADE, H. W. R. *Legal control of government – administrative law in Britain and in United States*. Oxford: Clarendon, 1978 (reed. ed. 1972).
- SÉRVULO CORREIA, José Manoel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpr. 1987).
- _____, *A autonomia contratual da administração no direito inglês*. Separata da Edição Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró”, 1988.
- SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos contratos públicos*. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Princípio da legalidade e administração constitutiva. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n° 169, 1981, pp. 169-191.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, e MATOS, André Salgado de. *Contratos públicos – Direito administrativo geral*, tomo II, 2^a ed. Lisboa: Dom Quixote, 2010.
- STECKMAN, Laurence A. e FRANKEL, James E. Limiting termination for convenience clauses in government contracts: contractor’s actions for anticipated profits and the problem of notices as consideration under New York Law, *Public Contracts Law Journal*, n° 21, 1991, pp. 63-83. Disponível em HeinOnline, acesso em 15/03/2018.
- SYMCHOWICKZ, Nil. L’indemnité de résiliation. *L’actualité de la Commande et des Contrats Publics*, n°16, novembro-2002, pp. 31-40.
- TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. In: *Temas de direito público*. Vol. I, 1997, pp. 13-25.
- TANAKA, S nia Yuriko Kanashiro. *Concep o dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

TERNEYRE, Philippe. *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*. Paris: Economica, 1989.

TURPIN, Colin C. Public contracts (capítulo IV). In: *International encyclopedia of comparative law*. Vol VII, parte 1 – *Contracts in general*. Tübingen: J. C. B Mohr, 1982.

URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo* (1862). In: CARVALHO, José Murilo de (org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Ed. 34, 2002.

VEDEL, Georges e DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Tomo I. 11^a ed. Paris: PUF, 1990.

WADE, H. W. R. *Administrative law*. Londres: Clarendon, 1961.

WALINE, Jean. *Droit administratif*. 23^a ed. Paris: Dalloz, 2010.

WEST, Joseph D. Practical advice concerning the federal government's termination for convenience clause. *The Construction Lawyer*, n° 17, 1997, pp. 26-32. Disponível em HeinOnline. Acesso em 15/03/2018.

WHELAN, John W. e NAGLE, James F. *Federal government contracts – cases and materials*. 3^a ed. Foundation Press, 2007.

JURISPRUDÊNCIA

França. Conselho de Estado. 10/01/1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*.

França. Conselho de Estado. 10/03/1910, *Compagnie générale française des tramways*.

França. Conselho de Estado. 02/05/1958, *Distilerie de Magnac-Laval*.

França. Conselho de Estado. 03/03/2017 *Société Leasecom*.

Estados Unidos da América. Corte de Apelações. 1963. *G. L. Christian and associates v. United States* (US Court of Claims, 1963)

Estados Unidos da América. Corte de Apelações, 1982, *Torncello v. United States* (US Court of Claims, 1982)

Estados Unidos da América. Corte de Apelações, 1974, *Colonial Metals Co v. United States* (US Court of Claims, 1974).

Estados Unidos da América. Corte de Apelações do Circuito Federal, 1996, *Krygoski Construction Co. Inc. v. United States*. (US Court of Claims – Federal Circuit, 1996)

União Europeia. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Raffineries grecques Stran et Stradis Andreadis v. Grèce* (1994).

União Europeia. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Mellacher et autres v. Autrich* (1984).

União Europeia. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. *Fedorenko v. Unkraine* (2006).