

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

DO CONCEITO DO CONTRACTO

ADMINISTRATIVO

358
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho

Do conceito do contracto administrativo

*“Der Stein leidet geduldig den
bildendem Meissel und die
saiten, die der Tonkünstler
anschlägt, antworten ihm,
ohne seinen Fingern zu wi-
derstreben. Der Gesetzgeber
allein bearbeitet einen selbst-
tigen widerstrebenden Stoff
— Die menschliche Freiheit...”*

SCHILLER

CURITYBA
1937

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho

Do conceito
do contracto
administrativo

“Der Stein leidet geduldig den bildendem Meissel und die säiten, die der Tonkünstler anschlagt, antworten ihm, ohne seinen Fingern zu widerstreben. Der Gesetzgeber allein bearbeitet einen selbsttügen widerstrebenden Stoff — Die menschliche Freiheit...”

SCHILLER

CURITYBA
1937

OLIVEIRA FRANCO, RIBEIRO, KÜSTER, FERRAZ ADVOGADOS ASSOCIADOS	
Registro	1122
Data	4/7/02

Este trabalho eu o dedico de coração
à juventude Unibersitazia do Paraná.

© Autor.

Do Autor

O Sentido da Obra de Jacques Maritain

— Conferencia - «A Ordem» - Rio - 1936

Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo

— These — Curityba — 1936.

Tendencias Politicas do Pensamento Juridico Moderno

— Discurso — «A Ordem» — Rio — 1937.

Do Conceito do Contracto Administrativo

— These — Curityba — 1937

EM PREPARO

Do Conceito do Acto Administrativo

PRE - FACIO

I

Tratando-se apenas do CONCEITO do contracto administrativo, este opusculo não tem a pretensão de exgotar o assumpto. A sua finalidade mesmo não exige maior desenvolvimento. A estreiteza das paginas, porem, o resumo que fizemos em absoluto diminue, a importancia do estudo do phenomeno do contracto administrativo. O ponto de vista que adoptamos em nada prejudicou a discussão do problema em debate. Usamos de imparcialidade total para que o nosso trabalho não soffresse mutilações desastrosas, como era do nosso dever intellectual de cultores do Direito Administrativo.

II

Divide-se o opusculo em seis partes : — 1) Introducção ; 2) Do conceito do contracto ; 3) Do contracto de Direito Publico ; 4) Da theoria dos contractos administrativos ; 5) Da figura do contracto no Direito Administrativo ; 6) Do conceito do contracto administrativo. Na introducção tentamos definir a posição do Direito Administrativo no quadro geral do Direito moderno ; no primeiro capitulo procuramos em synthese demonstrar a permanencia expontanea do contracto na vida social ; no segundo a existencia, ainda que seja

um facto discutido, do contracto de Direito Publico ; no terceiro o caracteristico do contracto administrativo, do accôrdo estabelecido entre o Estado e particulares ou vice-versa ; nos dois ultimos detivemo-nos, esmiuçando e analyzando, o conteudo e a essencia do contracto publico administrativo.

III

Em todos os capitulos outra não foi a nossa preocupação, que trazer o maior numero de contribuições possiveis, já que é tão escassa a literatura nacional sobre a materia. E, estamos certos, mal ou bem, conseguimos attingir o alvo que tinhamos em vista. Afastando as disparidades theoricas e as interpretações facciosas, demo-nos por satisfeitos e compensados em nosso esforço.

Introdução

I

A tendencia do Direito Administrativo é observar de perto o Estado em sua actividade, e descobrir as regras juridicas que regem essa actividade e servem para realizar, dentro do campo de vida social, as funções da administração (1). Essa actividade do Estado, por si só já é tão dispersa que tão sómente, a necessidade de revelar regras juridicas directoras, constitue uma difficuldade. O Direito Administrativo nada tem a ver com os elementos constitutivos do Estado. E' mais da alçada do Direito Politico o estudo desses elementos de equilibrio de forças (2). O Direito Administrativo é mais accen-

(1) E' o que explica o méstre austriaco Ludwig Spiegel:— "O Direito Administrativo não estuda os elementos distinctos do Estado, nem busca uma formula de equilibrio de forças dentro do Estado. Occupa-se da colaboração harmonica dos distinctos factores do Estado para a consecução dos seus fins". (DERECHO ADMINISTRATIVO — pg. 45).

(2) "Todos os problemas de Direito Politico tratam no fundo de uma relação de forças". (Spiegel — ob. cit. — pg. 44).

tuadamente finalista (3). Não foge áquele sentido de finalidades que é, ver realizar pelo Estado, o Direito em sua acceção mais positiva e concreta. A Constituição de Frankfort, texto dos mais notaveis pelo avanço politico que audaciosamente empreendeu, tentou negar o Direito Administrativo como ramo activo do Direito moderno. Esse modo rustico, porém, de tentar fazer desaparecer uma disciplina que, por si mesma concretizava a mais solida garantia dos principios politicos do Estado, não passou de uma tentativa louvavel para aniquilar privilegios e regalias, de que gosaram, no correr dos tempos, determinadas classes sociaes. O art. 176 da mesma Constituição explica a attitude rebelde dos constitucionalistas de Frankfort: — “Estão abolidas as jurisdições privilegiadas de pessoas ou coisas”. O fim não era outro, como se deduz claramente, que tornar passiva toda energia que viesse, provocar desigualdade politica entre os homens (4). Na pratica social, ainda que este

- (3) “Hoje consideramos toda jurisdição contencioso administrativa, como a instituição mais efficaz, para a protecção de Direitos dentro da esphera do Direito Publico. Constitue para nós uma das mais valiosas conquistas do seculo, e nos custa comprehender, a hostilidade que sentiam por esta instituição, os defensores das idéas constitucionalistas, quando no art. 128 da Constituição de Frankfort, incluíram entre os direitos fundamentaes do povo allemão, o seguinte principio: — “Está abolida a jurisdição contencioso-administrativa”. (Spiegel — ob. cit. — pg. 27).
- (4) “A pratica da vida juridica veio favorecer em outro sentido o Direito Administrativo, em um aspecto muito importante para a historia desta sciencia. Bastou a applicação de principios constitucionaes para que se impuzesse a convicção de que por muito bem elaborada que esteja uma Constituição, e por mais escrupulosa que seja na estimação de interesses, nunca seria sufficiente para assegurar o funcionamento satisfactorio da machina do Estado. A pratica quotidiana se encarregou de reduzir ao seu justo valor as exagerações sobre a efficacia dos paragraphos da lei, com que se havia pretendido construir o edificio do Estado.” (Spiegel — ob. cit. — pg. 31).

não seja o pensamento orientador, a nossa afirmação da realidade não póde ser, puramente idealista. O Direito Politico caracteriza-se, especialmente, por conquistas detalhadas dentro do campo social. Si assim não fosse até as realizações de ordem economica seriam impossiveis, porque da mesma forma que, todo problema humano é um problema de finalidade, todo problema de finalidade é um problema politico de integração. De uma maneira ou de outra, o Direito Administrativo concorre, para exteriorizar o avanço do Direito Politico. Como um desvio tambem do Direito Constitucional, o Direito Administrativo procura, integrar áquella disciplina, na plenitude da vida social (5). Só por esse escopo o Direito Administrativo, mostra a sua imprescendibilidade.

II

Ao que vemos, no sentido real e absoluto da palavra, administração é a applicação da actividade do Estado para a realização dos seus fins politicos e sociaes. E o Direito Administrativo surge, quando o Estado se movimenta na direcção dos seus fins superiores de vida (6). Wilhelm Sauer cae em erro, quando attribue a vasta ramificação do Direito Administrativo ao

(5) "A separação do Direito Constitucional ("Konstitutionsrecht") do Direito Administrativo ("Direito de Governo") dentro do systema do Direito Politico, apparece já duas ultimas exposições sobre o Direito Politico do Reich, publicadas nos ultimos annos do antigo Imperio, nas obras de Leist e Conner". (apud Spiegel — ob. cit. — pg. 34).

(6) "Incumbe, portanto, ao Direito Administrativo, regular as relações jurídicas que se cream entre a administração do Estado (ou outra qualquer corporação de Direito Publico encarregada de levar a cabo funções de caracter administrativo) e seus subditos (pessoas individuos e collectivas)". (Fritz Fleiner — INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO — pg. 39).

seu conteúdo de mui recente elaboração jurídica (7). Paul Laband, bem mais acertado que Sauer, considera o Direito Administrativo como um ajuntamento de preceitos de Direito Privado, Penal, Processual e Politico. Na realidade, o desenvolvimento tardio e vagaroso dessa disciplina, soffrendo a influencia directa de diversos momentos historicos, tornou-a quasi uma synthese do phenomeno juridico geral. Todo principio victorioso na consciencia das collectividades encontra, no orgão de direcção da sociedade, no Estado, o mais fiel reflexo. Não ha uma simples theoria da administração. O que ha e sempre houve é, um pensamento orientador, determinando novas direcções do pensamento juridico. O Direito Administrativo em si, por essa razão de ordem, é mais actual que o Direito Politico. Daht Ludwig Spiegel (8), attribuir ao principio scientifico da divisão do trabalho, o afastamento do Direito Administrativo do Direito Politico (9).

(7) Wilhelm Sauer — FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL — pg. 251).

(8) Ludwig Spiegel — ob. cit. — pg. 11).

(9) "A relação que o Direito Administrativo guarda com o Direito Politico é a mesma, que o Direito Processual guarda com seu correlativo o Direito substantivo. No Direito Administrativo ha mais livre disposição; no Direito Processual maior sujeição á regras. No primeiro ha a utilidade; no segundo a segurança jurídica. O necessario, porém, é enlaçar, — para uma ordem jurídica mais perfeita — ambas finalidades. Só assim é possível garantir a qualidade do verdadeiro "direito". De outro modo, o Direito Administrativo, seria arbitrio e o Direito Processual formalismo vacuo. Os dois — tanto o Administrativo como o Processual — encontram seu remate na lei jurídica fundamental, a Constituição." (Sauer — ob. cit. — pg. 252).
"A primeira parte do Direito Politico que se occupa de investigar qual é o sujeito do poder do Estado e da forma como este póde ser organizado, assim como tambem, da constituição do Estado, póde chamar-se Direito Constitucional; a outra parte, dedicada aos problemas do exercicio dos direitos contidos no poder do Estado, póde chamar-se, direito de governo". (Leist — apud Spiegel — ob. cit. — pg. (34).

Outro ramo do Direito que não o Administrativo encontra, maior campo de desenvolvimento, horizontes mais amplos, meio mais propicio de permanencia e afirmação. O Direito Administrativo — hoje, como hontem ou amanhã — será sempre excrescencia de um *systema* juridico-philosophico, excrescencia acima de tudo da realidade politico-social-actual. O Direito Politico quasi sempre resultante, em suas linhas mestradas, de uma forma de pensamento que é quasi uma concepção de vida, possui regras fundamentaes que o tornam preso a imperativos historicos até immutaveis e coactivos. Com o Direito Administrativo já tal coisa não acontece. Afastado da sciencia da administração — mais antiga e mais agarrada ás formulas tradicionallistas — o Direito Administrativo é uma criação livre das culturas vivas dos mais varios cyclos autonomos da evolução social. Portanto, o Direito Administrativo, é bem mais producto da conveniencia e da utilidade, que de uma causa juridica primaria (10). Isso, porém, não impede, que os principios de Direito Politico venham actuar, por suas leis directoras, dentro do Direito Administrativo, impondo orientação e traçando finalidades concretas de actividade social.

III

Qual, em vista do exposto e discutido, a nossa conclusão? Não resta a menor duvida que o Direito Administrativo, existe e vive como a experiencia historica comprova, em função do Direito Politico, e que é mesmo, toda actividade variada do Estado. Como se notou não

(10) "O Direito Administrativo busca primeiramente a criação de utilidade; por sua razão garante-se indirectamente a segurança juridica, que é o mesmo que dizer que se crea uma nova situação juridica garantida desde o ponto de vista formal e normativo". (Sauer — ob. cit. -- pg. 252).

perdura uma opposição irrestricta, entre as duas disciplinas. Isto porque, ainda que pareça contradictorio, o Direito Politico pela sua propria formação e alçada, não se atreve á investigação da realidade da applicação dos proprios principios. A sua attenção está unicamente voltada para os problemas que de perto affectam o seu particular interesse. O Direito Administrativo — informa Spiegel (11) — é necessario não porque o Direito Politico não seja capaz de investigar os distinctos campos da administração, senão porque, não está em condições de conceder, aos problemas geraes do Direito Administrativo, a attenção que naturalmente requerem, quando, está claro, não coincidem com os problemas de Direito Politico.

(11) Ludwig Spiegel — ob. cit. — pg. 50).

Do conceito do contracto

I

O contracto é commum ás instituições jurídicas. Não existe em toda a historia do Direito idéa mais consagrada. O vinculo obrigacional, nascido de um accôrdo de vontades, já revela o contracto na sua phisionomia mais rudimentar (12). O homem que entra em entendimento livre com outro homem para a realização de uma determinada coisa, contracta-se com o emprestimo de sua palavra ou com o acquiescimento de sua consciencia, a applicar energias para a realização do estipulado. O conhecimento de um contracto social a que varios in-

(12) "A obrigação, o vinculo nascido do contracto, tendo por base fundamental a vontade humana, foi sempre uma concepção tão simples como acto jurídico que uma celebre escola que presidiu a uma phase passageira da evolução da humanidade, procurou os fundamentos da propria existencia social em um pretendido contracto colectivo realizado entre os individuos. Na época actual, diante dos ataques soffridos por todas as regras essenciaes da ordem humana, o direito derivado do contracto é o menos exposto ás aggressões communistas, o menos odiado pelos proletarios." (Carvalho de Mendonça — DOUTRINA E PRATICA DAS OBRIGAÇÕES — pg. 641).

dividuos se obrigam na lucta de constancia vital, o conhecimento da necessidade desse contracto ou mesmo da sua existencia, muito diz da sua permanencia como realidade tangivel na evolução humana. Todo pacto mesmo privado, a historia do Direito ensina, eram considerados legaes (13). A garantia do cumprimento de um contracto era uma garantia mais de character religioso o que concorreu, para a ampliação, mais tarde, do circulo de actividades sociaes e, para a adopção do contracto, na esphera da familia, do grupo, do Estado e da sociedade. As obrigações contractuaes não são só do nosso tempo: — nasceram e vivem com o homem. Rousseau, foi o primeiro a desenvolver estas theorias (14). O individuo vivo é obrigado a certas relações com os seus semelhantes, relações de toda ordem que provocam como que, uma correspondencia constante, um entrelaçamento cada vez maior de ideaes e aspirações, um accôrdo cada vez mais firme de de colaboração e auxilio mutuo. Sumner Maine (15) erra, quando escreve qu o «dever de manter a propria palavra é uma das mais lentas conquistas da civilisação». erra porque, o individuo bem antes do apparecimento do Estado tal como hoje conhecemos, já estava preso a compromissos muito mais fortes porque religiosos, que o obrigavam a obediencia serera e justa, de certos principios mythicos transformados em preceitos juridicos. A palavra do homem anti-

(13) Gogliolo — FILOSOFIA DEL DIRITTO PRIVADO — § 4 n.º III (apud Carvalho de Mendonça — ob. cit. — pg. 642).

(14) A respeito do pensamento de Rousseau sobre o assumpto, o trabalho mais moderno e intelligente, é o de Louis Le Fur: "LA DEMOCRATIE ET LA CRISE DE L'ETAT", publicado nos "ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT ET DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE", às pgs. 7 do vol. III-IV.

(15) Sumner Maine — ANCIEN DROIT — pg. 288).

go equivalia quasi a uma lei de fôro intimo. A *sponsio* dos romanos é a prova mais real que se pôde apresentar. Depois, a angustia cosmica e o terror mystico, impediam o rompimento dos pactos, considerados sagrados pelos mesmos motivos (16). De uma convenção o contracto accentuou-se creando corpo de doutrina. Implicando mutuo consentimento, accôrdo, concurso de duas ou mais pessoas, “manifestação da vontade para faser ou deixar de fazer alguma coisa em determinadas condicções” (17). E a lei, hoje em dia, na configuração e na essência, é apenas a garantidora sincera dos entendimentos humanos contractuaes. D’onde se deduz que o contracto não é só commum ás instituições juridicas e sim conveniencia de vida (18). A idéa de contracto é predominante, abarca a vida em toda a sua extensão, domina o

(16) “Na *sponsio* romana havia libações; nos matrimonios *confarreatio*; na *sodalitas* banquetes. A antropophagia sagrada era uma cerimonia commum e tudo isso era o elemento divino que formava o cortejo da obrigatoriedade dos contractos. Além desse elemento, existiram symbolos da força individual, destinados a suscitar o terror da violação dos pactos. Taes foram a haste guerreira e mais tarde a *STIPULA* germanica e romana, a *VINDICTA*, assim como a assistencia de visinhos e testemunhas, que se prestavam como fiadores da palavra compromettida.” (Carvalho de Mendonça — ob. cit. — pg. 644).

(17) Stricker — *PHYSIOLOGIA DO DIREITO* — traducção de Adherbal de Carvalho — pg. 140. — “A manifestação da vontade deve ser livre no sentido usual da palavra. Se se demonstra que a manifestação da vontade foi arrancada a força, o valor do contracto diminue e annula-se completamente”. (Stricker — ob. cit. — pg. 140).

(18) “Parece, com effeito, natural que quanto mais os individuos contractem, menos o Estado manda, e, segundo Sumner Maine, a lei tornar-se ia hoje uma simples garantia da execução fiel dos contractos, abandonados nos pormenores á livre iniciativa dos particulares”. (Jean Cruet — *A VIDA DO DIREITO* — pg. 158). E isto é producto de uma concepção de vida que já chegou a ser uma cultura.

espírito do homem, realiza o Direito por etapas e conquistas, e será num futuro bem próximo, o próprio Direito na sua forma mais elevada de permanência social.

II

Em vista do que expuzemos podemos considerar o contracto como um harmonizador de vontades oppostas, "como um conciliador dos interesses collidentes, como um pacificador de egoismos em luta" (19). O Direito existe e existiu para affirmar-o, para garantir a ambas as partes contractantes, para vingar o esbulho e reivindicar o esbulhado fazendo, o individuo, conhecer o peso dos deveres a que se obrigou expontaneamente, por meio de um contracto. A metaphysica discute acerbamente quanto ao seu fundamento sem encontrar uma solução logica. E' concórde, no entanto, em reconhecer a garantia que o mesmo offerece á revelação de nórmas juridicas. Benthán, Hegel, Kant e Grotius, o interesse maior, o sentido da posse e da sociabilidade, Vidari e Windscheid, François Geny e Rickert, Stammler e Kaufmann, não negam em seus arrazoados de uma argumentação vermelha e contundente, o papel que teem exercido o contracto na evolução dos povos e das nacionalidades. Um acto de reforma da administração, uma iniciativa qualquer de desestabilização, o afastamento de um velho empreendimento e a criação de nóvas fórmās de relações juridicas, redundam naturalmente no contracto que, exprime e representa essas trans-

(19) Clovis Bevilacqua — DIREITO DAS OBRIGAÇÕES — pg. 165. "E' certamente esta a primeira e mais elevada funcção social do contracto. E, para avaliar-se de sua importancia, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitue a lei no campo restricto do negocio por elle regulado". (Clovis Bevilacqua — ob. cit. — pg. 156).

formações. O mundo moderno, por exemplo, é uma allucinante combinação de esforços. Sem algo que unificasse esses esforços, que centralizasse as energias dispersas, as forças individuais isoladas, seria impossível obra commum para fins também communs (20). Foi a necessidade de sociabilidade que levou os homens á necessidade de ordenação (21), e a necessidade de ordenação ao accôrdo contractual de interesses. “Não é a consciencia que determina a vida e sim a vida que determina a consciencia” (22), não é a necessidade espiritual, o ideal poético de contemplação, a renúncia, a transcendencia da alma, que faz o homem procurar no homem a propria garantia, um escôro, a propria conservação, aquillo que não possui e que o outro parece possuir. Tudo isso chama ao isolamento e ao bucolismo idealista. A necessidade chama á realidade, á aspereza dos embates bruscos, onde o individuo protege a si proprio na ajuda ao semelhante, numa fuga constante de si mesmo. Personalizado, depois individualizado, o contracto, alargando o seu campo de acção, em sua fórmula metaphysica, é um expediente a que todos nós recorreremos para suprir as nossas insuficiencias.

(20) “Assim, para ser applicada, em sua maior latitude, a grande lei economica da divisão do trabalho, necessita de vasar-se pela fleira dos contractos. Na mesma construcção, na mesma fabrica, num estabelecimento industrial de qualquer natureza, os diversos individuos chamados ao seu serviço, operam em combinação, porque seus interesses coincidem. Sem essa combinação de esforços, sem essa convergencia de interesses, não teria andamento a empresa. Mas, para conhecer, praticamente, esses interesses e fazel-os subordinar ao fim visado pelo empresario, só ha, hoje, um meio, que é o contracto”. (Clovis Bevilacqua — ob. cit. — pg. 158).

(21) Theodor Sternberg — INTRODUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO — pg. 85).

(22) Marx e Engels, em sua propaganda socialista, faziam resaltar sempre, essa verdade.

III

A vontade humana se realiza por meio de um acto, fóra ou dentro da esphera do Direito (23). Longe do Direito esse acto, na expressão vulgar da technica juridica, será extra-juridico. Obdecendo as regras directivas do Direito, será simplesmente, um acto juridico. "Os actos juridicos apparecem por todas as secções do Direito, publico ou privado, externo ou interno, constituindo a parte activa ou funcional do Direito, cuja dilatação, intensidade e vigor delles directamente dependem. Os varios modos, pelos quaes as nações ou os individuos adquirirem, modificam ou extinguem direitos, são actos juridicos. Sua organização *sythematica* é *physiologia* do Direito" (24). O contracto, em seus primeiros lineamentos, é um derivativo do acto juridico. O acto, pelo sentido que lhe é proprio, é quem cria ou estabelece relações de ordem juridica, as chamadas relações contractuaes que vimos minuciosamente falando no decorrer deste capitulo. O acto juridico consubstancia o inicio das relações juridicas entre individuos, povos ou nações, é como que o vestibulo para a elaboração de contractos, de accórdos, de emprehendimentos conscenciaes. Em todo contracto, como entendemos, ha uma permuta voluntaria de consentimentos, o que nao quer diser que toda troca de consentimentos

(23) "Os actos humanos ou se realizam dentro da esphera do Direito, em harmonia com elle, produzindo effeitos juridicos, e, por isso, denominam-se actos juridicos, ou emergem fóra do ambito do direito, embóra nelle possam ecoar por suas consequencias, e merecem, então, o nome de extra-juridicos". (Clovis — ob. cit. — pg. 158).

(24) "Entre os actos juridicos, estão os contractos, por meio dos quaes os homens combinam os seus interesses, constituindo, modificando ou solvendo algum vinculo juridico". (Clovis — ob. cit. — pg. 159).

implica a existencia de um contracto (25). Para o classico Pothier "o contracto é uma convenção mediante a qual as duas partes reciprocamente, ou uma dellas somente, promettem e se obrigam com respeito a outra, dar alguma coisa" (26). Ao mesmo tempo que actua o interesse actua a lei. "Mostram-se duas vontades que se exteriorizam, duas declarações de vontades, duas vontades que se colocam em contacto; segundo ellas, resulta que existe um individuo que quer converter-se em credor de outro, contanto que este se converta em devedor do primeiro. Ambas vontades coincidem, cada uma dellas perseguindo um objecto differente e se determinando por fins diversos. Desta maneira se produz entre os contractantes um laço juridico perfeitamente determinado, um e outro se achando em situações oppostas; um adquire a obrigação de realizar uma certa prestação que aproveita ao outro, e este, adquire naturalmente o poder de exigir daquelle o cumprimento da referida obrigação" (27). Assim se comprehende a idéa do contracto na sua acepção mais geral. Velasco, resumindo, em duas palavras fere de perto o problema em questão: — "Para que um accôrdo de vontades se converta em contracto é necessario precisamente a concurrencia de

(25) "E' o mesmo que dizer que a vontade entra como factor essencial do acto, sem o que não ha contracto" (Fernandez de Velasco — LOS CONTRACTOS ADMINISTRATIVOS — pg. 41). O illustre cathedratico da Universidade de Murcia discute em seus livros de especialidade, com muita clareza, este ponto.

(26) O Codigo Civil Espanhol diz: "As obrigações nascem da lei, dos contractos e quasicontractos, e dos actos illicitos ou omissoes, ou de onde intervenha qualquer genero de culpa ou negligencia".

(27) Recaredo Fernandez de Velasco — LOS CONTRACTOS ADMINISTRATIVOS — pg. 32. "O contracto é pois, uma das fontes das obrigações; a obrigação é o genero e o contracto a especie". (Velasco — ob. cit. — pg. 33).

trez circunsancias: — 1) as vontades devem emanar de partes oppostas; o contracto é um accôrdo bilateral de vontades. 2) As partes tendem a crear uma situação juridica. 3) A situação juridica creada pelas partes terá character individual, não será nunca uma situação juridica geral" (28). Para Velasco, todo contracto significa essencialmente opposição de interesses. O mesmo não acontece com Gierke, Jellinek, Duguit e Hauriou. Todos elles são concôrdes na existencia de um choque de vontades caracterizante, de uma colisão de interesses, e Jellinek, chega a acreditar, em contractos nascidos de uma manifestação unilateral da vontade bem como o italiano Borsi e quasi toda escola italiana. Hauriou, ao contrario de Duguit, apoia a Jellinek. Duguit, mais independente, já distingue um acto colectivo de vontades de um contracto propriamente dito (29). De tudo isso vimos, que não ha contracto senão quando, decorre do consentimento das partes contractantes, quando existe um objecto determinado estabelecendo um vínculo juridico certo.

IV

1) Para o Direito natural, o contracto, estava no centro, das mais elevadas cogitações juridicas. Sem elle não se podia visar effeito

(28) Velasco — ob. cit. — pg. 35.

(29) Ver "PRINCIPES DE DROIT PUBLIC" (Hauriou) e, "L'ETAT, LE DROIT OBJECTIF ET LA LOI POSITIVE" (Duguit).

juridico algum (30). O individuo vivo, era obrigado, á relações com os seus semelhantes, como um dever de manter a propria vida;

2) De uma simples convenção natural, o contracto, transformou-se em cathegoria juridica real e actuante (31), traduzindo-se numa necessaria conveniencia de vida;

3) O contracto de Direito privado, não é mais que a concurrencia de vontades do contracto social (32). O contracto, como processo valorativo do individuo, tem sua razão de ser, logica e philosophica, no campo privado como na esphera de iniciativas publicas;

4) Em desharmonia com a lei, o contracto

(30) "Para a escola do direito natural o contracto era, como se sabe, o fundamento de todo o direito, fornecendo a solução do problema basico da philosophia juridica individualista — isto é, o problema de saber como é possível que o direito, que foi inventado para servir exclusivamente os individuos, pôde também obrigá-los e vinculá-los ao mesmo tempo. Fundar o Estado com todo o seu poder juridico soberano sobre a idéa de um contracto celebrado entre os seus membros, pareceu ser o sufficiente para poder apresentar, em ultima analyse, toda a obrigação como uma auto-obrigação. Julgou-se encontrar assim na idéa de contracto social o meio que permittia reconduzir com pleno exito toda heteronomia a uma autonomia e deste modo resolver todo direito publico no direito privado". (Gustav Radbruch — FILOSOFIA DO DIREITO — trad. de Cabral de Moncada — pg. 208).

(31) Na expressão de Duguit o "contracto é uma certa cathegoria juridica", e quando os elementos que o constituem se acham reunidos, ha um contracto, revestido sempre dos mesmos caracteres e tendo os mesmos effeitos. (Francisco Campos — PARECERES -- 1.ª Serie — pg. 135).

(32) Ver Radbruch — ob. cit. — pg. 203).

não força cumprimento de obrigação (33). O contracto só vigora em harmonia com os principios do Direito actual, em intima harmonia com a lei.

(33) Diz a Constituição do Reich em seu art. 152: "no commercio a liberdade contractual só vigora em harmonia com a lei".

Do contracto de Direito Publico

I

Uma vez estabelecido o accôrdo de vontades, o vinculo juridico entre os contractantes, o ajuste de interesses collidentes, a figura do contracto apparece e se realiza, em relação aos fins que commumente tem em vista (34). Num contracto administrativo, por exemplo, as partes não estão num mesmo plano, ambas desfructam situações juridicas diferenciadas. A administração publica em tudo é a privilegiada. O que

(34) Vejamos: — “Sem evidenciar a finalidade que o contracto de concessão tem em vista, sem tornar claras as relações de ordem juridica que se estabelecem entre o concedente e o concessionario, é impossivel tomar orientação que satisfaça totalmente. O contracto no modo porque é entendido e sempre o foi, é quasi comprovante mesmo da existencia do Direito, que o tem cedido mais ao Direito Privado que ao Direito Publico em virtude de exigencias de caracter particularista. O contracto existe tanto no Direito Privado como no Direito Publico, no campo administrativo como na esphera do Direito Internacional Publico ou Privado”. (Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — CONCESSÃO DE SERVIÇOS PUBLICOS EM DIREITO ADMINISTRATIVO — pg. 23).

existe é uma reciprocidade jurídica, no modo de entender de Velasco (35). O interesse geral é que regula a actuação de um contracto administrativo. Si o interesse é, como acontece, publico, o contracto será de Direito Publico (36). Carboni (37), com palavras pensadas, escreve:— “Se estamos indubitavelmente em presença de um acto juridico bi-lateral; se elle não se póde qualificar contracto de Direito Privado, porquanto é impossivel desconhecer-se que a relação é disciplinada por nórmas de Direito Publico — nós o qualificaremos como contracto de Direito Publico”. Gaston Jeze (38), divide para melhor comprehensão, os contractos celebrados pelo Estado, em duas cathegorias: — 1) os contractos ordinarios regidos pelo Codigo Civil; 2) os contractos administrativos submetidos ás regras especiaes do Direito Publico. O que quer dizer que é tendencia do pensamento juridico moderno aceitar o contracto de Direito Publico como in-igual, diffirindo do contracto civil ou commercial, do contracto de Direito Privado. Sempre que se tenha em mira um bem ou um serviço publico, bens ou serviços do domínio publico, como objecto de contracto, não se póde sem mais nem menos abandonar o aspecto publico para os confinar, dentro dos

(35) Velasco — ob. cit. — pg. 55).

(36) Ver á pag. 46 os argumentos com que Velasco em “LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS” defende o seu original ponto de vista.

(37) Carboni — LO STATO GIURIDICO DEGLI IMPIEGATI — pg. 157 (apud Mario Masagão — NATUREZA JURIDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PUBLICOS — pg. 50).

(38) Ver Gaston Jeze — LES CONTRATS ADMINISTRATIFS. Masagão citando Jeze diz: “O contracto não é figura peculiar ao Direito Privado. Seu conceito pertence á theoria geral do Direito, e suas manifestações tanto surgem em materia civil e commercial como no campo do Direito Publico externo ou interno”. (Masagão — ob. cit. — pg. 49).

preceitos geraes, reguladores do contracto civil de Direito Privado. Certo é, que na realidade, isto não seria mesmo possível. Alguns auctores acreditam, com alguma razão de ordem logica mas não juridica, que si esses contractos, pelo conteudo, são *sui generis* não são propriamente contractos (39). O que precisamos, porem, é ter em conta a finalidade para a qual são elles elaborados. O conteudo só, nada diz de deciso, para o ellucidamento do problema. E' util saber, para afastarmos as duvidas que por acaso persistam, que o contracto pôde tanto ter character publico como character privado, os dois ao mesmo tempo (40), ou traser a predominancia do character publico sobre o privado. E' o fim que determina a fôrma geralmente observada de contractação. "Em razão do fim se condiciona toda a vida do contracto e se explica a sua constante mutabilidade. Este fim é o serviço publico" (41), pelo qual se explica e se fôrma o contracto de interesses geradores de Direitos. Não ha uma cathegoria de nôrmas ou preceitos juridicos que possamos accusar, dogmaticamente, como pertencente ao Direito Privado ou ao Direito Publico.

(39) E entre elles Recaredo Fernandez de Velasco e em parte Alcalá Zamora.

(40) Sempre que permaneça, em igualdade de condições, o elemento publico e o elemento privado, o primeiro supera o segundo, isola-o, abafa-o. Porisso, somos contrarios, como já o demonstramos, em trabalho publicado anteriormente ("CONCESSÃO DE SERVIÇOS PUBLICOS EM DIREITO ADMINISTRATIVO"), a existencia de contractos mixtos, onde os dois elementos se equilibram ou não para o mesmo fim.

(41) Velasco — ob. cit. — pg. 46, "O serviço publico domina integralmente a administração, ou de outra maneira, a administração não tem outra missão que assegurar a realização dos serviços publicos". (Velasco — ob. cit. — pg. 46).

II

Apezar de solidamente estruturado, o Direito Privado pelos seus dois principaes ramos, tende aos poucos, deixar-se converter pelo Direito Politico. Sauer chama, essa tendencia, de socializadora (42). Visando a seguridade juridica das relações privadas, os romanos com intelligencia e justeza, tiraram do Direito Privado, o ponto de partida para a elaboração de toda uma concepção juridica de vida (43). O individuo, já hoje em dia, não pôde dispôr da sua propriedade ou de qualquer outro direito privativo, com a mesma liberdade que dentro do Direito Romano, elaborado com o mais puro espirito individualista (44). Qualquer theoria socializante que surja, inclue em seu programma de acção convulsiva, a conversão do Direito Privado em Direito Publico, com que combate as forças garantidoras da actual civilização occidental, as forças que, mais atraz, alcunhamos com acerto, de forças de permanencia vital. O objecto do Direito em geral, é afastar do homem a premencia das necessidades immediatas, e no modo de entender dos culturalistas germanicos, valorizar a vida em todas as latitudes. O sector de actuação do Direito Privado (juspriyatista) está entre os interesses dos individuos e os interesses publicos, equidistante das ten-

(42) Ver FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL — pg. 257. — O nosso Pontes de Miranda já se refere a um "Direito Civil Publicizado" com vivo interesse social.

(43) "De outro modo a seguridade juridica seria impossivel, sobretudo em povos de cultura rudimentar. Porisso, o Direito Privado, foi o unico que encontrou expressão scientifica nos primeiros tempos de cultura (ainda que, em verdade, unido ao Direito Penal e Processual cuja finalidade era tambem a segurança juridica e que por isso estavam na dependencia absoluta do Direito Privado). (Sauer — ob. cit. — pg. 257).

(44) Essa é a lição que aceitamos de Sauer.

dencias valorativas do homem e da lei fundamental organica das sociedades (45). A sociabilidade chama a cooperação (46). A necessidade á protecção da collectividade por um interesse também colectivo. E, nessa lucta permanente, de accôrdo em accôrdo, se vão determinando, as condições de existencia do homem. E, a evolução do Estado, neste sentido, inclina-se a desempenhar o maior numero de serviços publicos, e por outro lado, a limitar cada vez mais, a liberdade individual (47). Essa é pelo menos a realidade positiva em que se apoia toda theoria geral do Direito moderno. A idéa do Direito não se exgota na de justiça (48). “Como no corpo humano, assim num estado bem organizado o todo não existe para os seus membros:— são estes que existem para o todo” (49). Uma concepção transpersonalista do Direito — como fala Gustav Radbruch — não se satisfaz com um fim tão commedido de justiça na ordem privada, igualdade na ordem particular ou, qualquer outro preceito tão do gosto dos racionalistas. O Direito, como o Estado, está em relação de uma estructura social pluralista.

III

Não nos custa, de passagem, como vantagem de fundamentação do que já affirmamos, dizer que, mesmo nas legislações antigas, o Di-

(45) Sauer — ob. cit. — 258.

(46) “Os homens ainda em estado selvagem, tiveram que ajudar-se mutuamente em diversas occasiões como os animaes, e que defender as mulheres e os filhos contra as aggressões exteriores, sem o qual não poderia o grupo sobreviver”. (M. A. Vaccaro — LAS BASES SOCIOLOGICAS DEL DERECHO Y DEL ESTADO — pg. 568).

(47) Ver Vaccaro — ob. cit. — pg. 524.

(48) Ver Radbruch — ob. cit. — pg. 74.

(49) Gustav Radbruch — ob. cit. — pg. 80.

reito Publico predominou, para depois mais tarde, deixar-se levar, impulsionado por imperativos historicos coactivantes, pelos principios activos do Direito Privado. Na Babylonia, o exemplo é frizante. Vigorava la, com o apoio incondicionado das massas, um verdadeiro regime de expropriação forçada, completamente indentificado com a época e o meio (50). Como em Roma, em Athenas e Babylonia, o Estado satisfazia suas necessidades inadmiáveis, obrigando o cidadão a prestar, directamente, os serviços precisos (51). O Estado entregava ao individuo missões publicas que o mesmo se via obrigado a realizar, para não cahir no desagrado completo dos seus concidadãos. Augusto impediu por lei violenta, aos escravos ou aos que foram escravos, aos libertos, de entabolar negocios com o governo ou celebrar contractos com o Estado (52). A barbarização extensiva de Roma começou quando, o desequilibrio plutocratico-proletario, com a opressão do Estado pelo capitalismo burguez, ameaçou a unidade historica do imperio. Dahi, com as luctas intestinas, deu-se o abafamento dos principios de Direito Publico e a ascensão das normas de Direito Privado, nas leis organicas vigororantes. Tal phenomeno se explica facilmente: — No esplendor da republica o homem romano fazia questão cerrada de servir ao Estado, de colaborar com elle e de com elle trabalhar; com a decadencia veio o abandono egoista do individuo pelas coisas publicas, o abandono criminoso das épocas de declinio. Nos periodos de esplendor todos queriam associar-se com o Estado; nos perio-

(50) Pelo que sabemos é um livro interessante o "BABYLONIA" de H. W. Johns.

(51) Ver Ch. Maynz — COURS DE DROIT ROMAIN — vol. I.

(52) Justiniano autorizava a expropriação de imoveis pertencentes a ecclesiasticos, não obstante os seus privilegios em razão da "UTILITATEM REPUBLICAE RESPICIENS". (apud Velasco — ob. cit. — pg. 53).

dos de miseria e ruina social, o homem virou-se para si, abandonando o Estado ao seu destino.

IV

1) O contracto se realiza de conformidade com um fim determinado, predominando o interesse geral sobre o interesse particular. E' o fim que determina a especie de contractação. Não ha propriamente uma cathegoria reservada de principios juridicos de Direito Publico ou de Direito Privado.

2) Ha uma tendencia socializante, nascida da influencia constante do Direito Politico sobre o Direito Privado, uma tendencia de phisionomia revolucionaria, tendencia de valorização progressiva da vida.

3) A historia não nega a existencia do contracto de Direito Publico nas velhas civilizações classicas ou pre-classicas. O Direito Privado é quasi resultante do aburguezamento do do espirito das antigas sociedades.

Da theoria dos contractos administrativos

I

Os contractos administrativos enchem toda a vida do Direito Publico. Abella (53), qualifica-os de especialidades dentro dos contractos civis, tendo como sujeito a administração e, como objecto, a satisfação directa de uma necessidade publica (54). Ha, como vimos, manifesta desigualda-

(53) "CONTRATOS PROVINCIALES Y MUNICIPALES" — pg. 14 (apud. Velasco — LOS CONTRACTOS ADMINISTRATIVOS — pg. 9).

(54) "O Direito Publico e o Direito Privado não se acham separados por um abysmo. Na vida jurídica elles se penetram e se completam um ao outro. Já fizemos resaltar de que maneira a mais recente legislação determinou a intervenção do Direito Publico nas instituições de Direito Privado e em particular no que diz respeito com a liberdade dos contractos. Mesmo, porém, fazendo-se a abstracção destes dados, uma relação de Direito Privado pôde servir de base a outra de Direito Publico e produzir consecuencias de Direito Publico ou inversamente. Lembraremos ainda que existem relações de Direito Publico que devem ter a sua solução dentro das formas do Direito Privado. Ainda mais: — em uma mesma instituição não raro se combinam elementos de Direito Publico e de Direito Privado" (Fritz Fleiner — DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND — pg. 43).

de das partes que actuam na contractação. Ha, ao que entendemos, uma tendencia para afastar o contracto publico e estudal-o como consequencia de ordem privada (55). E' a mesma tendencia civilista que tenta fazer do Direito Commercial uma disciplina-sciencia derivada e da norma commercial um desvio da norma civil. A condição do homem na sociedade civil, o interesse com que o individuo busca attitudes frente á existencia humana é que estabelece, uma situação juridica ou de ordem publica ou de ordem privada (56). Desta maneira, o Direito Privado encontra no Publico o seu limite, como o Publico, tem no Privado, o seu complemento. O que no entanto, é impossivel negar, é que um systema semi-completo de Direito Publico, mal ou bem, envolve todo o organismo social e abraça toda a vida do Direito. Neste sentido é que variam as theorias, assumindo de auctor para auctor, aspectos differentes e distinctas phisionomias. Ainda mais, a jurisprudencia dos tribunaes communs e a acção dos conselhos administrativos, advertem a cada momento, que os contractos publicos de obras ou serviços, variam de especie para especie, pendendo onde maior é o interesse vigorante. Discutindo-se em Espanha, em 1888, o projecto de lei de organização do contencioso espanhol, opinava Santamaria de Paredes, que os contractos de obras ou serviços publicos eram essencialmente civis, ainda que, por circumstancias determinadas especiaes, sub-

(55) "As peculiaridades é que carecterizam a sua natureza e não o que teem de commum" (Themistocles Cavalcanti — INSTITUIÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — pg. 173).

(56) Segundo Dernburg a divisão corresponde a condição do homem na sociedade civil. Se ha um interesse individual temos nma situação juridica de ordem privada; se ha um interesse colectivo a proteger trata-se de uma situação juridica de ordem publica (PANDETTE—vol. I — § 21 — apud. Themistocles Cavalcanti — ob. cit. — pg. 86).

metidos a uma jurisdição contenciosa “como necessidade historica, fazendo ver a realidade da excepção” (57). Incorporadas dentro da nossa disciplina, essas tendencias, não lograram até o presente, accôrdar os autores entre si, o que teem tornado, os trabalhos sobre o assumpto, de um quasi ineditismo curioso e nefasto.

II

No geral, equipara-se frequentemente, sem a minima analyse, o contracto administrativo ao contracto civil, sem notar-se ao menos, o ambito jurisdiccional, os elementos formaes phisionomicos, o objecto e a finalidade (58), o *latu-sensu* e o *stricto-sensu* da questão. Velasco, examina pormenorizadamente, esses aspectos decisivos á clareza do contracto contencioso. A jurisdição, é por exemplo, administrativa, para todos os effeitos, para a realização total de uma obra ou serviço, quer municipal ou quer do governo central. O Estado deve ser o mediador supremo das disputas contenciosas. Alfaro acredita não ser scientifica, a differença entre os contractos administrativos e civis. E pensa mesmo, aqui com grande força de raciocínio e logica, que todo problema juridico positivo, se reduz, a uma differença de jurisdições (59). Caballero quando tenta mostrar identidade, com predominancia do elemento civil sobre o elemento publico, agarra-se á lei civil, para com isso concluir que, o contracto, mesmo o publico, não passa de um modo de aquisição da propriedade, devendo portanto, o contracto administrativo, estar devidamente sujeito como tal, as decisões dos tribunaes ordinarios. Duguit, tambem não refuta,

(57) Velasco — ob. cit. — pg. 9.

(58) Ver Velasco — ob. cit. — pg. 6.

(59) Ver Alfaro em sua obra “LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” citada por Recaredo de Velasco.

que os elementos intrinsecos dos contractos, teem os mesmos caracteres. "Por consequencia, si ha contractos que dão lugar á competencia dos tribunaes administrativos, esse facto decorre apenas da finalidade dos mesmos contractos" (60). O mesmo acontece com as demais especies (61). A especificidade mesmo está em relação ao objecto, ao fim. Laband, bastante antiquado, topou menos de longe com a realidade, evitando tomar posição parcialmente. Como Alfaro, não tenta intransigentemente, investigar o ponto scientifico de intercepção entre um contracto civil e um contracto administrativo. Reconhece apenas que, basta o espirito finalista para positivar uma forma de contracto, como basta um acto criminoso para classificar um facto delictuoso e estabelecer o grau relativo da penalidade. Ao contrario de Caballero, nós como Duguit e Jeze, não aceitamos o contracto como um meio de aquisição da propriedade e sim, como um meio, de angariamento pelo accôrdo, de partes de direitos. E' bom lembrar que a legislação brasileira, não aceita *in totum*, a differença de competencia jurisdiccional de que fala Alfaro, por caber "á côrte suprema processar e julgar originariamente as causas e os conflictos entre a união e os Estados ou entre estes" (62). Para Fleiner, o formalismo civilista, não interessa ao Estado nem

(60) Themistocles Brandão Cavalcanti — ob. cit. — pg. 179.

(61) "O que caracteriza o contracto commercial e impõe a competencia dos tribunaes de commercio é a sua finalidade commercial. Não existe differença de fundo entre um contracto civil e um contracto administrativo. O que dá ao contracto o seu character administrativo e justifica a competencia dos tribunaes administrativos é o fim de serviço publico que visa regular (Themistocles Cavalcanti — ob. cit. — pg. 179).

(62) Themistocles Cavalcanti — ob. cit. — pg. 179.

a administração (63). Binding (64), adoptando quasi o mesmo criterio de Fleiner, caracteriza bem o contracto administrativo, dizendo que, simplesmente produz um vinculo entre vontades que interveem e não, uma unificação de vontades actuaes (65). Velasco tem razão:— a tendencia a considerar como contracto todo acto juridico resultante da confluencia de varias individualidades physicas, tem somente valor significativo de progresso juridico (66). O Direito em sua realidade ordenativa justifica-se pela obrigatoriedade contractual e nada mais...

III

A escola franceza, senhora absoluta de um pensamento proprio alliado a um criterio tambem absoluto de interpretar factos e acções, coloca a questão nos seus devidos termos, sem aprofundar muito a analyse e a discussão. Gaston Jèze, de todos os tratadistas francezes, o mais audacioso, admite, ao lado de contractos especiaes que se processam em relação de uma finalidade objectiva, a existencia de contractos ordinarios regulados pelo Codigo Civil, e tal se

(63) "Só pôde ser objecto de contracto quando a vontade de uma das partes possui influencia juridica igual na integração de relação de direito. O'ra, as relações de Direito Publico são reguladas de modo unilateral pelo Estado. A maioria dos actos administrativos que a pratica qualifica de contractos de Direito Publico, são disposições unilateraes cuja validade depende do consentimento dos interessados" (Fritz Fleiner — LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT ADMINISTRATIF — pg. 132).

(64) DIE GRUNDUNG DES NORDDEUSTCHEN BUNDES em "FESTGABE DER LEIPZIGER JURISTEN FACULTAT fur B. Windscheid — pg. 69-70 (apud Velasco — ob. cit. — pg. 34).

(65) Como diz em allemão WILLENSBUDUNG e WILLENSSEINIGUNG.

(66) Velasco -- ob. cit. — pg. 45.

dá quando se não acham encontrados nos limites pre-fixados á generalidade dos contractos (67). Jèze exige, para que um contracto administrativo se defina: 1) accôrdo de vontades entre a administração e o particular; 2) o accôrdo de vontades deve ter por objecto a criação de uma obrigação juridica de prestação de ajuda material ou de serviços pessoaes, mediante uma remuneração; 3) a prestação do particular deve se destinar ao funccionamento de um serviço publico; 4) as partes, em virtude de clausula expressa, pela mesma forma do contracto, pela natureza da cooperação pedida ao contracto, ou em virtude de qualquer outra manifestação de vontade, concordam em se submeter a um regime especial de Direito Publico. De outro lado, o fornecedor, submittendo-se a um regime especial, renuncia a se prevalecer das regras do Direito Privado para a determinação da sua situação juridica (68). O que quer dizer, que as partes interessadas, buscam a situação juridica que melhor convier ao objecto em vista, abandonando o proprio estado de direito de origem. A lei da necessidade é que commanda com imperiosidade, ordenando esta ou aquella attitude, ou a que melhor condizer com as vontades em movimento. Hauriou, não deixando de levar em conta seus conhecimentos do assumpto, fugiu de examinar e discutir, a razão da existencia de um contracto publico administrativo, sem caracterizar ao menos, o pensamento juridico analytico que, em outros themas de Direito Administrativo, obriga ao respeito e ao reconhecimento

(67) Ver Themistocles Cavalcanti — ob. cit. — pg. 161.

(68) Adoptamos o resumo da theoria de Jèze feito por Themistocles Cavalcanti por julgarmos bastante fiel. Para mais esclarecimentos é aconselhavel a obra do escriptor francez LES CONTRATS ADMINISTRATIFS.

to (69). Hauriou foge sempre que tenta tratar do objecto definidor do contracto de Direito Publico, bem como da explicação da formação e essencia dessa especie de contractação, cedendo terreno a Jèze e a Duguit. Para este ultimo, authentico creador da moderna escola franceza de Direito Publico, nada ha mais simplista. O contracto possui em todos os casos sempre os mesmos elementos. Na razão da regulamentação expressa e da competencia tacita, é que reside o ponto vulneravel do Direito Administrativo. Classifica, com certo grau de convicção tão do gosto do seu espirito, o Direito em cathegorias juridicas distinctas, ás vezes oppostas ou antagonicas. E' um criterio, digamos, para o senso critico ou analytico, que não permite, como acontece parecer a primeira vista, muita liberdade de interpretação nem muito arrojo douctinario. Duguit, leva a vantagem incontestada, de ser um constitucionalista, o que facilita, o estudo do contrato administrativo, sobre outros prisma e com bem maior amplitude. Entende Duguit por contratos, os actos juridicos produzidos por declarações de vontades, vontades essas que presumem accôrdo. Cada uma destas declarações de vontades visa um objecto diferente, um fim differente. Na fórmula dellas apparece nova regra de Direito, uma norma, cuja novidade juridica de relação não podemos discutir, que nasce de uma das partes e é aceita pela outra. O fim de ambas pôde ser o mesmo: — realizar um serviço publico (70). A relação que se estabelece é que crea um estado novo de Direito. O certo é, que o sentimento juridico da escola franceza,

(69) Hauriou deteve-se nos principios geraes. Estudou um só contracto, o mais vigorante no seu paiz, a França, o de fornecimento (Ver PRECIS DE DROIT ADMINISTRATIF).

(70) Ver Velasco estudando o ponto de vista de Duguit — ob. cit. — pg. 39.

reside na tentativa, de desindividualização do Direito Privado.

IV

Um contracto realizado pela administração pôde ser publico e pôde ser privado em razão unica da finalidade visada. E' publico sempre que ha interesse maior em jogo. E' privado quando está em jogo o interesse de uma simples pessoa juridica (71). Lenel, resume o pensamento do jurista espanhol, quando escreve: — o contracto administrativo necessita uma constante flexibilidade não accomodando-se á rigidez typica dos contractos civis (72). Para essa escola o interesse individual deve estar sujeito á acção administrativa, e cabe ao governo, applicar toda sua autoridade, para que o Estado, não soffre dano algum, com a intervenção de particulares em um negocio publico (73). O Estado é quem se encarrega de procurar e aprovar os meios de execução e desempenho de suas funções (74). Quando, o monopolio do Estado, é como actualmente, uma realidade incontrastavel, é de estranhar que, certos juristas, ainda encon-

(71) Velasco — ob. cit. — p. 46.

(72) "CLAUSULA — REBUS SIC STANTIBUS —" na "Revista de Derecho Privado" de Julio - Agosto de 1923 (Apud Velasco — ob. cit. — pg. 47.

(73) Os estudiosos da materia na Hespanha são bem mais mais revolucionarios que os franceses ou allemães. Elles decidem sem muita parcimonia doutrinaria, trazendo a discussão para o campo de lucta social, equilibrando a analyse entre os conflictos politicos. Ver Caballero (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO); Posada (DERECHO ADMINISTRATIVO); Alcala Zamora (LA CONCENSSION COMO CONTRACTO); Velasco (CONTRACTOS ADMINISTRATIVOS); Abella (CONTRACTOS PROVINCIALES E MUNICIPALES).

(74) Adolfo Posada — LA ADMINISTRACION POLITICA Y LA ADMINISTRACION SOCIAL.

trem difficuldade, em situar o problema (75). O conceito que possamos ter do Direito, em relação ao Estado, não é tão somente o conceito universal corrente, senão áquelle que, corresponde a uma função transcendental, no conhecimento dos problemas juridicos (76). As regras sociaes, neste caso, são um producto mixto e até contradictorio, de valorização juridica e moral (77). Qualquer phenomeno, norma ou lei, principio ou postulado, nasce com o sentido ultimo de valorização do homem. Os espanhoes não se afastam dessa linha de conducta interpretativa, seguindo em parte a directriz, já traçada no dezenove seculo (78), pelos philosophos do Direito allemão. A finalidade existencial de qualquer problema juridico radica-se no seu objecto muito mais que em sua razão de ser. Gallos-tra (79), tenta em termos decidir a discussão, quando opina que os contractos celebrados pela administração, teem como objecto, satisfazer necessidades publicas, ahí apparecendo os interesses que affectam, as funções sociaes do Estado,

(75) Os hespanhoes são quasi decidadamente germanophilos tratando-se de interpretar o phenomeno juridico em qualquer dos seus sectores. O que em pensamento pratico adoptaram de Stammler, Kaufmann, Radbruch e Reinach, e em parte do phenomenologismo de Edmund Husserl, vale muito mais do que trouxeram dos tratadistas francezes como Hauriou ou dos italianos como Del Vecchio e Croce.

(76) Luis Recaséns Siches — DIRECCIONES CONTEMPORANEAS DEL PENSAMIENTO JURIDICO — pg. 174.

(77) Ver Recaséns Siches interpretando o pensamento de Gustav Radbruch — ob. cit. — pg. 184.

(78) O poeta Schiller, já disia, em meio ao seculo desenove: “tudo deve ser sacrificado ao interesse do Estado, menos aquillo a que o Estado serve já de meio. O Estado em si mesmo não é um fim. E’ apenas importante como condição para attingir os fins da humanidade e estes não podem consistir senão no desenvolvimento harmonico de todas as forças do homem” (apud Radbruch — ob. cit. — pg. 78).

(79) LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO — pg. 160.

d'onde se deduz com alguma logica, que o contracto verificado, é um acto de administração, e a materia versada, essencialmente administrativa (80). Em definição aproveitavel, Gómez González (81), declara que, são administrativos, todos aquelles contractos em que a administração intervem, legalmente representada e teem, por objecto, a execução de uma obra ou serviço publico, seja essa obra ou esse serviço do interesse geral do Estado, da Provincia ou do Municipio ou, como diriamos nós, da Nação, do Estado ou do Municipio. E Torres Munhoz, synthetizando o espirito da legislação espanhola (82), prega como inexacto que ao contractar, o Estado abdique de suas faculdades ou as transfira (83). O Estado não vale sinão quando contribue, como dissemos atraz, para a valorização do individuo e, para sua integração, dentro dos circulos de actividade social.

V

Os allemães são mais precisos e convictos de que realmente achegaram-se á verdade ultima dos factos. Technicistas até o amago, abandonam o tradicionalismo technico dos mestres, para dar sentido racional aos phenomenos que examinam. Fritz Fleiner, por exemplo, coloca a questão com uma precisão perfeita attendendo a realidade do momento, sem attenção de fixar o sentido de expressões que só na technica tradicional podem significar alguma coisa. O senti-

(80) Ver Velasco — ob. cit. — pg. 21.

(81) apud Velasco — ob. cit. — pg. 21.

(82) apud Velasco — ob. cit. — pg. 22.

(83) Existem os que em Hespanha mesmo, são fôcos da mais terrivel intransigencia douctrinaria. Alcalá Zamora, por exemplo, pensa que a finalidade e o objecto em nada affectam aos contractos "cujos modelos permanecem nas idéas matrizes e nas realidades seculares do Direito Civil" — (ob. cit. — pg. 3).

do civilista é que não interessa ao Estado cuja situação de predominância deante do individuo é manifesta e se verifica em qualquer contracto realizado para a prestação de serviços publicos (84). O classico Otto Mayer — a quem devemos render a homenagem de ser o verdadeiro e primeiro *systematizador* do Direito Administrativo — nem tenta aprovar, como todos os seus contemporaneos, que exista um contracto de Direito Publico, unicamente porque, o contracto, presuppõe igualdade juridica de partes. Em varios trechos do nosso trabalho já nos insurgimos contra esse quasi orthodoxismo juridico. Os dois actos em que se exterioriza um contracto administrativo, bastam para classificá-lo. Stengel e Laband, ainda que vivendo do mesmo ambiente juridico de Otto Mayer, procuram descriminar a influencia do elemento de Direito Publico em relação ao outro, o elemento de Direito Privado. Jellinek dá maior amplitude a discussão, enumerando em trez, os actos do Estado creadores de direitos: — a disposição (*Verfügung*) (85), cathegoria dominante no Direito Publico; o accôrdo (*Vereinbarung*) commum ao Direito Privado e ao Direito Publico; e o contracto (*Vertrag*), dominante no Direito Privado. “Tanto o accôrdo como o contracto implicam uma coincidência de vontades, productora de efeitos juridicos. E contracto não é senão o accôrdo de varias pessoas para a execução de prestações determinadas. E’, mais ou menos uma união de vontades com o fim de lograr a satisfação de interesses contrapostos, não obstante, congruentes entre si”. Mediante contracto, o Estado póde

(84) apud Themistocles Cavalcanti — ob. cit. — pg. 181.

(85) Esta palavra “disposição” em portuguez, não explica bem o phenomeno, a que nos referimos. “Disposição” chamamos aqui “acto de imperio do Estado”, como diria Fleiner.

penetrar (86), a esphera de liberdade do individuo sem modificar sequer a ordem existente. Quando o Estado adquire um novo direito, ali se produz, em relação a terceiros, um contracto de Direito Publico (87), nascido, da absorpção do individuo pelo Estado, da penetração do factor elemento publico no factor elemento privado.

VI

1.º — Os italianos, com raras excepções, não comprehendem o contracto de obra publica, a não ser como um acto de commercio (88). Na fórmula integral do art. 7 da lei de 20 de Março de 1865, as autoridades administrativas, pelos seus órgãos competentes de acção, têm a faculdade de proceder, “ainda quando esteja dependendo de juizo, a execução sobre cujas consequências jurídicas se litiga, com decreto motivado e nunca com prejuizo do direito das partes”. Havendo urgencia, e o direito das partes passando inatacavel, a administração pôde agir com liberdade, mesmo com independencia (89).

2.º — Em França, como observamos de passagem, qualquer acto publico tendente a realização de um serviço ou relativo a aquisição de coisas necessarias a propria administração, são contractos administrativos caracterizados: a) quando a administração age como intendente do seu dominio, ou seja como adminis-

(86) Jellineck applica mais a meudo o termo “utillisar”.

(87) Ver Velasco — ob. cit. — pg. 27.

(88) Cuneo — APPALTI DI OPERE PUBBLICHE (Milano, 1914), n.º 16; Somonaco — APPALTO en ENCICLOPE-
I GIURIDICA ITALIANA (apud Velasco — ob. cit. —
pg. 40).

89) Velasco — ob. cit. — pg. 410.

tradadora dos bens que constituem uma fonte de renda para o Estado, a competencia é dos tribunaes ordinarios, salvo disposição expressa em contrario; b) si a administração age na gestão de serviços publicos, mantem-se a competencia dos tribunais ordinarios, com excepções está claro, excepções como a da acção para a cobrança da divida publica ou para a realização de contractos de obras publicas; c) quando o accordo de vontades é accessorio ou condição do acto administrativo, são competentes os tribunaes administrativos. Como exemplo, podemos citar, as concessões de minas, a cessão de bens aos municipios e as questões sobre soldo e direitos passivos dos funcionarios (90).

3.^o) — O Direito Argentino não menciona diferença para estes contractos, mas somente a existencia de um regime legal especial, com respeito a obras publicas, não jurisdiccional como explica Bielsa, por não existir naquelle paiz, tribunaes administrativos de competencia especial, sobre a materia. As questões surgidas se resolvem, de conformidade com as regras geraes de competencia (91). Si a nação contracta particulares para a feitura de obras, assim o faz, como entidade autarchica nacional. Salvo lei em contrario, a questão é da exclusiva competencia dos tribunaes federaes (92).

4.^o) — Na Allemanha, é Velasco quem informa escorado em Fleiner (93), a administração serve-se dos meios offerecidos pelo Direito Ci-

(90) Laferrière citado por Velasco — ob. cit. — pg. 209 — 410.

(91) Ver Bielza também citado por Velasco — RELACIONES DEL CODIGO CIVIL COM EL DERECHO ADMINISTRATIVO — pg. 39.

(92) Velasco — ob. cit. — pg. 411.

(93) Mencionando o INSTITUTIONEM DES DEUTSCHEN VERWALTUNGSRECHTS.

vil, que o Código estabeleceu em disposições que se referem a particulares. «Com o objecto de realizar seus fins, póde a administração pública, lançar mão dos contractos civis de compra e venda, locação de obras, locação de serviços, etc. O Estado administrador, trata em um mesmo plano com os seus concidadãos, com iguaes atribuições submettendo-se ao Direito Civil e aos tribunaes civis, tudo sem prejuizo de que o legislador, em determinados casos, e por especiaes exigencias da administração mesma, altere os principios do Direito Privado Processual e penal, mediante applicação de disposições especiaes» (94).

(94) Ver Velasco — ob. cit. — pg. 409.

Da figura do contracto no Direito Administrativo

I

No Direito Administrativo, o que vemos com frequencia, é sempre a persistencia de um interesse ao lado de outro interesse, provocando o mutuo accôrdo correspondente. Bernatzik, a respeito declara: — “no Direito Administrativo a autoridade legal de uma cousa julgada se estende a todos os interessados de facto” (95). A figura do *interessado* é que vigora. O conceito do — interessado — de Bernatzik é, pela sua amplitude, extraordinariamente fructifero, no que diz respeito com a construcção theorica do procedimento administrativo (96). A relação com o procedimento na vida civil, torna essa theoria, de uma sugestividade unica. O que quer dizer que, nos assumptos de jurisdição voluntaria, não existe senão interessados ou participantes e não, partes litigantes. O ponto capital de toda theo-

(95) Bernatzik (citado por Spiegel — DERECHO ADMINISTRATIVO — pg. 120) defende o principio RES IUDICATA IUS FACIT INTER OMNES.

(96) Ludwig Spiegel — ob. cit. — pg. 120.

ria sobre factos administrativos, está nesse interesse que une partes contrarias, favorecendo um entendimento principal e fundamental. Não existe, como no proceder civil, um sentimento de depressão angustiante de uma parte esbulhada pela outra. Ha predominancia de uma só consciencia de direitos reais. Em materia civil não basta o accordo de partes para mudar uma decisão tomada (97). Em materia administrativa, as circumstancias o demonstram, nem sempre uma só decisão, traz resultados satisfatorios de effectos juridicos insophismaveis. Não affectando dispositivos penaes, normas imperativas civis, nada impede as partes, consultados os interesses geraes, de prepararem ambiente para nova decisão. O conceito de "coisa julgada", topa aqui, contra todas as disposições preliminares dos Codigos Civis, opposição irrestricta, por carecer absolutamente, de realismo juridico positivo. O objecto administrativo, em uma demanda, não pôde ser litigioso, uma vez que está em foco, não pequenos interesses parciaes, mas interesses totaes, collectivos. A questão civil é julgada, cabendo ao Estado não interessado, posição juridica independente e afastada da luta de interesses em colisão. A administrativa, bem reconhecendo a a posição do mesmo Estado que julga e executa, obriga olharmos suas consequencias juridicas, assignaladamente publicas. Para determinar esse limite, que é quasi o mesmo que vae do Direito Privado ao Direito Administrativo, Spiegel toma como ponto de referencia, o objecto do Direito Privado. Ao passo que, o Direito Administrativo, traduz a realização do proprio Direito (98), a sua

(97) «Não basta a vontade de partes para provocar uma nova decisão. Si as partes estão de accordo com a administração, nada se oppõe — salvo normas juridicas em contrario — a que a administração modifique de accordo com as partes, a situação juridica no sentido desejado» (Spiegel — ob. cit. — pg. 130).

(98) Ver Spiegel — ob. cit. — pg. 152.

aplicação pratica, um direito de conveniencia, como frizamos com insistencia mais atraz (99). Si, sociologicamente — tal como ensina Spiegel — tomarmos como ponto de partida o individuo, o Direito Administrativo é a ultima disciplina, a meta final a attingir. Todo acto administrativo regulador de um contracto, respeitando a concepção civilista do Direito, abandonando as exigencias theoricas do classicismo juridico doutrinario, deve ser estudado em razão do interesse maior, como uma intervenção autoritaria no campo da propriedade privada (100). Da mesma forma que o Direito Civil se accomoda com rara facilidade á economia particular, o Direito Administrativo, encontra na empresa publica, o seu mais alto escopo de actuação juridica. Os actos contractuaes, juridicos e administrativos, subornam-se a principios geraes, são essencialmente formaes. E em relação a esses actos, entende-se por forma de declaração, o modo de manifestar-se a vontade, que assim se converte em entidade objectiva (101). A objectividade do acto administrativo, por si só, já consigna, em sua expressão juridica, a idéa do contracto, com a exteriorização de uma vontade voltada para determinação do fim.

II

Magnan de Bornier vê, como aspecto indispensavel, o contracto administrativo na "utilidade geral". Hauriou, no elemento "institucional" dominante. E Lenel, menos acertado que Bornier

(99) «A concepção civilista do Direito desempenha um papel insignificante na theoria do Estado» (Spiegel — ob. cit. — pg. 159).

(100) Esta é uma parte da theoria de Otto Mayer que aceitamos sem restricções.

(101) Opinião de De Vallés (apud Velasco — ob. cit. — pg. 106).

e Hauriou, vê o contracto administrativo, num simples equilibrio de interesses (102). Qualquer autor que estude decididamente o assumpto, não foge de observar no phenomeno do contracto administrativo, a existencia de uma theoria voluntarista que o differencia gradualmente das demais especies de contractos. O contracto administrativo é mesmo consequencia pura dessa theoria, ao que informa Velasco (103). As vontades se chocam sem sacrificio de partes, sem desperdicio de forças, em relação ao factor co-operação que podemos denominar “utilidade social”. O contracto, partido da administração ou o contracto em que a administração toma parte, que assim não seja, ao invéz de trazer fructos beneficos para a collectividade dá margem, a que o interesse individual isolado, o interesse da força menor, supplante aquelle interesse de força maior, a que nos vimos constantemente referindo. Como nos demais contractos, onde não ha a premencia de uma força maior absoluta, de uma força que não destingue e não transige, no contracto administrativo, somos terminantemente obrigados, sob pena de cahirmos em erro, a reconhecer, tanto o principio da infracção como o da rescisão, o primeiro provocando o segundo e o segundo como consequencia logica do primeiro. Um contracto que diga somente interesse a particulares é bem capaz, com raras excepções, de affectar o organismo social. Um contracto administrativo traduz a actividade parcial do Estado no sentido ultimo de uma finalidade social. Dahi, a distincção que somos obrigados a levar sempre em consideração, com o fito de protecção aos interesses geraes em lucta. A obrigação traz necessariamente um resultado juridico contratual. O interesse maior, a exigencia forçada de um fim almejado. O objecto é que

(102) Ver Velasco — ob. cit. — pg. 175.

(103) ob. cit. — pg. 175.

não póde ser somente juridico, mas social. A nossa legislação nunca procurou estabelecer essa differença, a não ser por interpretações audazes de autores mais rebeldes. Silenciou sem distinguir nem caracterizar fins. A constituição da Austria de 1.º de Outubro de 1920, fala em seu art. 129, de uma “alta côrte administrativa” (104), como pouco mais adeante de uma “alta côrte constitucional”. E no art. 129, da lei constitucional federal de 7 de Dezembro de 1929, modificando aquella constituição, dá maior poder ás organizações administrativas de governo, traçando a competencia privada dos tribunaes administrativos. E a constituição grega de 2 de Junho de 1927, no seu art. 102, fixa os dispositivos que crearam, uma “justiça administrativa”. O art. 79 da nossa constituição não procurando re-crear o contencioso administrativo como houve no tempo no imperio, ordena a formação de um tribunal administrativo preso a nossa apparellagem judiciaria. «Não quebrou assim a estrutura do nosso regime de natureza essencialmente judiciarista, podendo-se diser que a natureza administrativa, o tribunal planejado pela constituição tem esse caracter apenas em consequencia de suas funções especializadas (105). A questão como sabemos é mais de jurisdição, e nada tem a ver com poder judiciario, nem com a autonomia do mesmo. A constituição do imperio foi mais intelligente, delimitando jurisdicionalmente os poderes, creando uma jurisdição parallela a dos tribunaes ordinarios, capaz de resolver conflictos não affectos á vida commun da collectividade, que reconhecesse a validade dos recursos interpostos contra a administração ou a favor. Um tribunal com atribuições pre-fixadas como realizou a carta constitu-

(104) Mirkine Guetzevitch — LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DEL MUNDO — pg. 169.

(105) Themistocles Cavalcanti — ob. cit. — pg. 476.

cional da Argentina, ao exemplo do estatuto americano do norte.

III

O que expuzemos, força uma conclusão: — a autoridade administrativa deve ser soberana em suas decisões dentro da esphera jurisdiccional que lhe é propria. «Ella é parte e juiz ao mesmo tempo dos seus proprios actos. Contra estes só existe o recurso judicial limitado, no entretanto, á apreciação da legalidade dos actos administrativos vedado como se acha, o conhecimento da justiça, da oportunidade ou da conveniencia que dictaram á administração publica a pratica desses actos. O conceito «no judex in causa propria», na esphera administrativa, póde ser verdadeiro no que diz com a apreciação da legalidade do acto (106). Um accordão do Supremo Tribunal Federal de 26 de Agosto de 1908, já estabelecia (107): — “O Estado, sem embargo de entrar em relação contractual com a pessoa privada, não se despe, por isso, jamais, dos seus direitos e faculdades que constituem a sua propria qualidade de poder”.

(106) Themistocles Cavalcanti — ob. cit. — pg. 475—476.

(107) Themistocles Cavalcanti — ob. cit. — pg. 183.

Do Conceito do Contracto Administrativo

- I) Em sua realidade mais palpitante, visto pelo prisma em que exercita a sua actividade funcional-social, o Direito Administrativo realiza as funções essenciaes da administração e as finalidades juridicas do Estado que lhe estão affectas;
- II) O effeito juridico de um phenomeno é, na maioria das veses, consequencia da existencia de um vinculo contractual. De cathegoria juridica, o contracto, transmutou-se em uma viva formula de necessidade social e conveniencia de vida, explicando-se, pelo accôrdo e pelo entendimento, como processo valorativo das actividades continuadas do individuo;
- III) Ha um fim determinando imperiosamente a realização do contracto. O character exclusivo da contractação nasce desse fim de effeitos juridicos determinados. Dahi a impossibilidade de sujeitarmos o contracto a uma forma cathegorica reservada de principios juridicos;

- IV Um systema formal de Direito Publico, abraça envolvermente toda actividade social do homem, obrigando-o a certas relações com o Estado e a administração, e revelando nesse contacto, a necessidade contractual, o accôrdo conveniente com o poder, de onde nasce e toma proporções, o contracto administrativo de Direito Publico;
- V O contracto administrativo está sujeito a vontade das partes contratantes, sujeito a uma theoria voluntarista especifica. Não ha principios estaveis que o formulem. O interesse finalista geral é que o concretiza em suas linhas mais geraes. Ha a predominancia do elemento institucional, a concurrencia de interesses totaes e o equilibrio de interesses particulares. E, a autoridade administrativa, crea ao seu redor um ambiente jurisdiccional distincto, differente do judiciarismo commum dos tribunaes ordinarios;
- VI) Em ultima analyse, o contracto administrativo trabalha campo especial, não commum ás demais especies de contractação, possui esphera propria de vida e actividade, sem deixar-se influenciar pelo formalismo civilista tradicional.

Curitiba, 11-1- 1937/26-2-1937.

APPÊNDICE

(Theorias Juridicas Contractualistas)

Concepção "Contractualista" de PIETRO GOGLIOLO

CONTRACTO	Natural — (fôra da vontade humana, conceitual, porque o facto natural tem causas e razões de ser em tudo, menos na vontade de uma ou poucas pessoas);
	Historico — (em relação da evolução da comunidade ao individuo, do publico ao privado; nos povos antigos bem poucos eram os direitos e deveres; a condição de sujeição ao grupo, ao chefe da família, deixava campo fechado ao entendimento; o homem não era sujeito de direitos);
	Quotidiano — (fôrma contractual de commercio rudimentar; simples relações de permutas; simples actos de commercio, troca).

- 1) Deduz-se que o contracto como se entende no sentido romano e moderno supõe a existencia de duas grandes instituições, que são a "liberdade individual" e a "propriedade privada";
- 2) O conceito das obrigações civis formou-se pouco a pouco e parí passu com todas as

manifestações da vida jurídica, reflectindo as phases pelas quaes passou a individualidade humana em suas relações com a sociedade;

- 3) As vontades tiraram a sua força da “vontade humana” (*consensus in idem placitum*);
- 4) Não existe, no phenomeno da conctratação, o livre arbitrio no sentido escolastico; o individuo age por motivos quando estes motivos o levam a faser um contracto; e

- a) a justificação CONCRETA do contracto está justamente nestes motivos;
 - b) a justificação JURIDICA em sua vontade (no sentido simples de determinação psychica) de dispôr de uma coisa;
 - c) a justificação “SOCIAL” na troca de serviços que põe em execução.
-

Concepção "Contractualista" de GUSTAV RADBRUCH

DIREITO	{	Elemento estatico — (direito das cousas; parte estavel do direito em geral; direitos reaes).
		Elemento dynamico — (direito de credito; liberdade contra- ctual; parte movel do direito).

- 1) O elemento dynamico, o direito de credito, traz em si o germen de sua morte; extingue-se quando pelo cumprimento da obrigação é attingido o fim para que se constituiu.
(a exemplo: A theoria da contractação).
- 2) O elemento estatico, direito das cousas, os direitos reaes, e particularmente o de propriedade, constituem-se para durar; tem sua affirmação no exercicio permanente.
(a exemplo: A theoria da posse).

CONTRACTO	{	Escola Naturalista — (contracto como fundamento de di- reito; conceito de obrigação como auto-obrigação; vontade vinculante e vinculada).
		Escola Valorista — (valorisação do Estado em todos os momentos de sua vida pelo contra- cto social; e valorisação intensiva do individuo, na esphera de activi- dade sociais).

THEORIA DA
VONTADE

- 1.º — Theoria legal — imperativos legais actuantes;
 - 2.º — Theoria da vontade real — os contractos obrigam nos limites da vontade legal;
 - 3.º — Theoria da vontade contractual — os contractos obrigam até onde chegar a vontade;
 - 4.º — Theoria da declaração da vontade — os contractos obrigam até onde chegar o accôrdo, o entendimento entre partes
-

Concepção “Contractualista” de GIUSEPPE CARLE

SOCIEDADE	{ Escola Natural — (permanência do milagre da criação; atracção do homem pelo homem, dando nascimento a um contracto social producto de um racional consentimento);
	{ Escola Mechanica — (os individuos unindo-se por uma necessidade obrigatoria de vida, através do matriarchado e do patriarchado, até a constituição das cellulas maximas da familia e do Estado).
DIREITO	{ Escola Individualista — (o individuo como ponto de partida para toda e qualquer concepção juridica; atomismo social puro);
	{ Escola Socialista — (tendo em vista a missão relational equalitaria dos homens entre os homens e a função social organica dos mesmos conforme finalidade de vida).

CONTRACTO

- 1) como resultante de um acôrdo expresso e tacito da vontade dos homens livres e iguaes, que para dar origem ao Estado social organizado, renunciavam parte de uma pretendida independencia (*Theoria do Contracto Social*);
 - 2) a formação da sociedade civil e juridica deve attribuir-se ao livre consentimento dos homens; A evolução juridica das sociedades está em relação da conquista de uma consciencia de deveres juridicos collectivos (*Theoria da evolução Juridica*);
 - 3) a verdadeira sociedade primordial deve encontrar-se na formação consencial da familia, onde o consentimento é parte integrante (*Theoria do Contracto Privado*);
 - 4) o aspecto mais importante da actividade Juridica do homem está na posse que gera a propriedade, cujo conceito symbolisa a mais pura evolução juridica e contractual (*Theoria do Contracto Juridico*).
-

Bibliographia

(Não permittindo a escassez do tempo e a finalidade deste trabalho maior esforço bibliographico, aqui figuram, apenas, as principaes obras a que poudo o auctor recorrer, para o desenvolvimento do estudo, a que se propoz realizar).

- Alfaro *Lo Contencioso Administrativo.*
- Abella *Contractos Provinciales y Municipales.*
- Bevilacqua (Clovis) . . *Direito das Obrigações.*
- Bielsa *Relaciones delCodigo Civil com el Derecho Administrativo.*
- Cruet (Jean) *A Vida do Direito.*
- Campos (Francisco) . . *Pareceres (1.^a Serie)*
- Cavalcanti (Themistocles) *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro.*
- Cruz (Alcides) *Direito Administrativo Brasileiro.*
- Caballero *Contencioso administrativo.*

- Carboni *Lo Stato Giuridico Degli Impiegati.*
- Carvalho de Mendonça . *Theoria e Pratica das Obrigações.*
- Duguit (Leon) *L'etat, Le Droit Objectif et La Loi Positive.*
- Fleiner (Fritz) *Droit Administratif Allemand.*
- Fleiner (Fritz) *Les Principes Generaux du Droit Administratif.*
- Fleiner (Fritz) *Instituciones de Derecho Administrativo.*
- Glogliolo (Pietro) *Filosofia del Diritto Privado.*
- Hauriou (Maurice) *Principes de Droit Public.*
- Jèze (Gaston) *Les Contrats Administratifs.*
- Maine (Sumner) *Ancien Droit.*
- Mirkiné Guetzevitch . . . *Las Nuevas Constituciones del Mundo.*
- Masagão (Mario) *Natureza Juridica da Concessão de Serviço Publico.*
- Mayns (Ch) *Cours de Droit Romain.*
- Oliveira Franco Sobrinho
(Manoel de) *Concessão de Serviços Publicos em Direito Administrativo.*
- Posada (Adolpho) *Contencioso Administrativo.*
- Posada (Adolpho) *La Administracion Politica y la Administracion Social.*
- Radbruch (Gustav) *Filosofia do Direito*
- Recasens Siches (Luis) . *Direcciones Contemporaneas del Pensamiento Juridico.*

- Spiegel (Ludwig) *Derecho Administrativo.*
Sauer (Wilhelm) *Filosofia Juridica y Social.*
Stnicker *Physiologia do Direito.*
Sternberg (Theodor) . . *Introduccion a la Ciencia del Derecho.*
Velasco (R. Fernandez) *Atos Administrativos.*
Velasco (R. Fernandez) *Contratos Administrativos.*
Viveiros de Castro (A.G.) *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo.*
Vaccaro (M. A.) *Las Bases Sociologicas del Derecho y del Estado.*
Zamora (Alcalá) *La Concession como Contrato.*
-

