

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO**

José Augusto Medeiros

**PARA UMA CONCEPÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE  
CONCESSÃO:**

A Concessão de Exploração Petrolífera entre a “*Publicização do Contrato Jurídico-Privado*” e a “*Privatização do Contrato Público*”.

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito.

Orientador: Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender

Florianópolis  
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Medeiros, José Augusto

Para uma concepção histórica do conceito de concessão : a concessão de exploração petrolífera entre a "publicização do contrato jurídico privado" e a "privatização do contrato público". / José Augusto Medeiros ; orientador, Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender - Florianópolis, SC, 2016. 264 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Concessão petrolífera. 3. História dos conceitos. 4. História do direito público. 5. Direito administrativo econômico. I. Seelaender, Airton Lisle Cerqueira Leite. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

**José Augusto Medeiros**

**PARA UMA CONCEPÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE  
CONCESSÃO: A Concessão de Exploração Petrolífera entre a  
“Publicização do Contrato Jurídico-Privado” e a “Privatização do  
Contrato Público”.**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de Mestre em Direito, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 7 de março de 2016.

---

Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr.  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Airton L. C. L. Seelaender  
Orientador

Universidade Federal de Santa Catarina / Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dr<sup>a</sup>. Jeanine Nicolazzi Philippi  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Jr.  
Universidade Federal de Santa Catarina



*Com mil desculpas pelo tempo roubado, para a Priscilla,  
que antes de saber quem é já sabe de quem deve ser a soberania.*



*“Origem significa aquilo a partir de onde e porque uma coisa é o que é tal como é. Que é algo e como é, é o que chamamos de sua essência. A origem de algo é a fonte de sua essência. A pergunta pela origem [...] pergunta pela fonte de sua essência.”*

**Martin Heidegger**

*El origen de la obra de arte*

Caminos de Bosque, Madrid, Alianza, 1996, p. 7.

*“There's a sign on the wall but she wants to be sure 'cause you know, sometimes words have two meanings”*

**Jimmy Page/Robert Plant**  
**Stairway to Heaven**





## RESUMO

A ideia de concessão no Direito Público brasileiro compreende um itinerário que vai da “*publicização do contrato jurídico privado*” a “*privatização do contrato público*”. A narrativa doutrinária sobre a definição da natureza jurídica da concessão petrolífera é filha legítima deste fenômeno. Em contraponto a um discurso doutrinário meramente descritivo, ancorado na ideia de evolução progressiva do conceito de concessão, este trabalho objetiva compreender a forma pela qual a doutrina equacionou a ideia de concessão em gênero e espécies. Para tanto, o processo de teorização do conceito é investigado a partir de dois eixos: um primeiro, relacionado à estruturação da concessão (em gênero e espécies) na doutrina jurídica nacional entre 1930-1970; e um segundo, em que são pormenorizadas as linhas de argumentação adotadas pela doutrina após a CRFB de 1988. Em delimitação ao seu escopo, o trabalho atenta, ainda, para o debate da concessão petrolífera. Com base nas mudanças ocorridas no panorama político-econômico brasileiro na década de 1990, são abordados seus parâmetros definidores: o “*monopólio*” e o “*petróleo*”. Exibi-se, também, o julgamento das ADI n.º 3.366-2 e 3273-9, pelo STF, em 2005. Com base nas informações levantadas, sustenta-se que o itinerário do conceito de concessão não segue uma construção progressiva. Ele é composto de crescentes transmutações conceituais, verificando-se, a mais marcante, na década de 1990. Sob os auspícios de um “*novo direito administrativo*”, a doutrina jurídica arquiteta a reprivatização do conceito. Esta reconstrução não está, entretanto, adstrita às diretrizes constitucionais. Em verdade, ela pode ser vista como uma “*maneira elegante de dar a volta na constituição*”. A construção doutrinária da concessão petrolífera está inserida neste quadro. Ela é moldada por uma doutrina descritiva, que tenciona legitimar uma opção política de “*flexibilização do monopólio*”.

**Palavras-chave:** Concessão. História dos Conceitos. Concessão de Exploração Petrolífera. Flexibilização do Monopólio. Direito Administrativo Econômico. Privatização do Contrato Público.



## ABSTRACT

The idea of concession in Brazilian Public Law comprises an itinerary that goes from the *publicizing of the private contract* to the *privatizing of the public contract*. The doctrinal narrative about the definition of the legal nature of the petroleum concession is a perfect example of that phenomenon. Standing an opposition to a merely descriptive doctrinal speech attached to the idea of progressive evolution of the concept of concession, this research aims to understand the way through which the doctrine balanced the idea of concession in gender and species. For this purpose, the theorizing process of the concept is investigated on the basis of two perspectives. The first one, related to the concession structuring (in gender and species) in the national legal doctrine between the 1930's and the 1970's. The second one tries to demonstrate the argumentation which the doctrine adopted after the Brazilian Constitution was proclaimed in 1988. As a delimitation of its scope, this research calls attention to the debate of the petroleum concession. Based on the changes that occurred in the Brazilian political and economical panorama during the 1990's, the parameters of legal definition of that concession, the "*monopoly*" and the "*petroleum*", are approached. It is also shows the trial of the Direct Unconstitutionality Actions (ADI) about that issue in the Brazilian Federal Supreme Court in 2005. On the basis of the information raised, it is held that the itinerary of the concept of concession doesn't follow a progressive construction. It is composed by conceptual transmutations, the biggest one happening in 1990. Under the auspices of a so-called "*new administrative law*", the legal doctrine architects the reprivatization of the concept of concession. That reconstruction is not, however, connected to the constitutional guidelines. It can actually be seen as a more elegant way of going round the Constitution. The doctrinal construction of the Petroleum concession is uncertain in that picture. It is molded by a descriptive and indiscriminate doctrine that tends to legitimize a political option of "*legal monopoly flexibilization*", not a normative force of constitution.

**Key words:** Concession. History of concepts. Concession of Petroil Exploration. Legal monopoly flexibilization. Economic Administrative law. Privatizing of the public contract.



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	15
1.1. O problema da definição da <i>concessão de exploração petrolífera</i> . A hipótese construída .....	18
1.2. Estrutura do Trabalho .....	26
<b>2. O CONCEITO DE CONCESSÃO NA DOCTRINA JURÍDICA NACIONAL</b> .....	29
<b>2.1. Um passo atrás: questões de ordem metodológica</b> .....	29
2.1.1. A concessão como conceito relevante e seu momento de teorização .....	29
2.1.2. O problema da delimitação dos critérios de definição conceitual .....	42
<b>2.2. A teorização do conceito pela doutrina jurídica brasileira (1930-1970)</b> .....	49
2.2.1. O lugar de fala da discussão da teoria contratual: seu contexto e seus atores .....	49
2.2.2. Os critérios de definição adotados no Brasil.....	70
2.2.2.1. A concessão como espécie própria ou espécie sem gênero .....	71
2.2.2.2. A concessão e a possibilidade de desdobramentos: gênero e espécies .....	94
2.2.3. Análise: o primeiro eixo de teorização .....	120
<b>2.3. Rumo à noção privatista: “o direito privado, expulso pela porta, volta a entrar pela janela</b> .....	123
2.3.1. Um conceito de concessão para uma nova modalidade técnica .....	127
2.3.2. A questão em torno da definição jurídica da concessão petrolífera .....	136
<b>3. O DEBATE SOBRE A CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO PETROLÍFERA: PARÂMETROS E PERSPECTIVAS CONTEXTUAIS</b> .....	155
<b>3.1. Parâmetros: as categorias definidoras da concessão petrolífera</b> .....	157
3.1.1. Monopólio e Atividade Econômica .....	157
3.1.2. O petróleo e sua natureza jurídica.....	172
<b>3.2. Perspectivas contextuais</b> .....	182
3.2.1. A Emenda Constitucional n.º 09/1995 e a Lei 9.478/1997 .....	183
3.2.2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	197

3.2.3. “Leituras da Constituição” .....	201
3.2.3.1. “Lendo na Constituição o que nela já não está” .....	203
3.2.3.2. “Interpretando a Constituição a partir da Lei” .....	210
3.2.3.3. A análise da decisão .....	219
<b>4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO MODELO À FUGA PARA A REGULAÇÃO.....</b>	<b>225</b>
<b>4.1. O itinerário do conceito de concessão: entre continuidade e rupturas .....</b>	<b>225</b>
<b>4.2. A concessão petrolífera e a adequação à Constituição Econômica.....</b>	<b>236</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>245</b>
<b>6. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>251</b>

## 1. INTRODUÇÃO.

De acordo com Joseph A. Pratt (1980), a moderna estrutura da indústria norte-americana do petróleo emergiu nas duas primeiras décadas do século XX, na medida em que novos competidores teriam desafiado o monopólio exercido pela *Standard Oil*. O símbolo que edificou esta mudança, sugere o autor, tanto no imaginário popular quanto na literatura histórica, teria sido a dissolução da *Standard Oil*, tal como operada na Suprema Corte dos EUA, no ano de 1911. Segundo Pratt (1980), a transformação da indústria petrolífera naquele país estaria diretamente ligada à forma como a Suprema Corte americana a abordou e a consolidou juridicamente. A Suprema Corte teria meramente acelerado o curso de um processo econômico posto em prática nas décadas anteriores e que já havia ganhado aceitação popular.

A configuração da indústria petrolífera no Brasil não se distancia deste quadro. Ela é revelada por dois cenários: o *político-jurídico* e o *socioeconômico*, ambos consubstanciados pela forma que petróleo se desvela como recurso estratégico ao longo da história. Cada um destes cenários, junto ao imaginário popular, procurou legitimar determinadas modalidades de prática comercial exploratória, tendo como pressuposto, em todas as suas fases, a manutenção do “processo econômico”. Ao final, também aqui no Brasil, a questão acaba na interpretação do Tribunal Constitucional.

O cenário socioeconômico revela-se pelo modo como o assunto é abordado no imaginário comum desde a Era Vargas<sup>1</sup>, período a partir do

---

<sup>1</sup> Segundo Sônia Draibe (2004, pp. 75-85), o processo de industrialização do Brasil entre as décadas de 1930-1945 trouxe no seu entorno a preocupação de criação de condições, tanto nos planos econômico e políticos, para a sustentação dos setores estratégicos. Para a autora (2004), o movimento de constituição do aparelho econômico no período teria ocorrido de forma centralizada e articulada. A ossatura material e a emergência da nova forma de Estado, a par dos organismos e instituições centralizadoras, na visão da autora (2004), teriam estruturado órgãos destinados a elaborar e a implementar políticas de regulação e fomento de novos ramos de produção. Segundo Gilberto Bercovici (2011, pp. 91-92), a articulação política estratégica sobre o petróleo teria tido sua origem neste ponto. Para o autor (2011), até a Revolução de 1930 o petróleo não se apresentava ainda como um problema nacional. A mudança de orientação, sugere Bercovici (2011), teria sido resultado das tentativas da iniciativa privada nacional em explorar o petróleo e os recursos minerais no país. A linha entre a estruturação da indústria do petróleo no Brasil e a formação econômica do

qual o debate sobre o tema ganha profundidade. Enquanto que o cenário político-jurídico é constantemente (re)construído para dar vazão a objetivos estratégicos econômicos.

Em linhas gerais, este último cenário pode ser representado por três fases, cada uma delas fundamentada em discursos distintos: uma primeira, que vai da nacionalização do subsolo até a concretização do monopólio, em 1953<sup>2</sup>; outra, que compreende a fase de monopólio; e, por fim, uma terceira, que é representada pelo quadro de “*flexibilização do monopólio*” na década de 1990 (VALOIS PIRES, 2000). Num espaço de tempo relativamente curto – *menos de cinquenta anos*<sup>3</sup> – o

Estado seria tão tênue que, para Bercovici (2011), estudar a história do petróleo e dos recursos minerais, no Brasil, seria o mesmo que dissecar sua estrutura econômica. Na visão de Fábio Konder Comparato (1965), o aumento da intensidade da intervenção do Estado sobre o domínio econômico teria sido uma página necessária ao desenvolvimento. Sobre a influência do petróleo no (e do) imaginário popular: LOBATO, José Bento Monteiro. **O escândalo do petróleo e do ferro**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1979, e, ainda, **O Poço do Visconde**.

<sup>2</sup> Neste sentido é o entendimento de Gabriel Cohn (1968, p. 9), para quem a situação, antes de 1930, teria sido marcada por uma fase pobre em atividades e em realizações de sondagens esparsas. Segundo o autor (1968), vivia-se somente com a suposição de jazidas. Para Getúlio Carvalho (1977, p. 17), a política do petróleo no Brasil teria se desenvolvido com particularidade somente após 1930. Foi nesta década que, segundo Carvalho (1977), por inspiração de líderes nacionalistas, teria sido elaborado um conjunto de normas destinadas a regular a exploração dos recursos minerais do país. Paulo Valois Pires (2000) sugere que, antes do estabelecimento do monopólio do petróleo, em 1953, a participação do Estado teria sido discreta, pois o petróleo ainda não seria considerado estratégico para o desenvolvimento do país.

<sup>3</sup> Sobre a produção da atividade petrolífera realizada neste período pela Petrobrás ver LUCCHESI, Celso Fernando **in** **Petróleo**. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141998000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141998000200003&script=sci_arttext)>. Acessado em outubro de 2015. Para uma crítica acerca do modo como a “*ideologia nacionalista afetou o comportamento organizacional da Petrobrás*” vide CARVALHO, Getúlio **in** **Petrobrás: do monopólio ao contrato de risco**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977. E, ainda, para uma comparação sobre a reforma do setor de petróleo e gás no Brasil com outro modelo sul americano durante o período ver FERREIRA, Pablo Gabriel. **A Petrobrás e as reformas do setor de petróleo e gás no Brasil e na Argentina** *in* Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 17, n. 33, p. 85-96, jun. 2009.



monopólio estatal de exploração do petróleo é concretizado no âmbito legislativo, consagrado como opção constitucional pela Carta de 1988 e, em seguida, desconstruído pelo estabelecimento de um novo modelo político que implica a sua “flexibilização”.

Em 2005, a lei que regulamenta a alteração do regime de monopólio é levada para o âmbito do Supremo Tribunal Federal que, em sede de controle de constitucionalidade, acaba ratificando o modelo adotado. Ainda que tenha sido produto de lei, é possível inferir que a alteração da estrutura administrativa petrolífera no país consolidou-se, em última análise, pelo entendimento do STF.

Guardadas as devidas proporções entre os dois quadros comparados (Brasil e EUA), bem como os respectivos contextos em que estão insertos, quer-se chamar a atenção para o seguinte ponto: nas duas situações, a lógica que se opera nos Tribunais Constitucionais é a de legitimação de uma ruptura com o texto constitucional (e com uma opção histórica). Tudo isso, ao que parece, para fins de confirmação de práticas comerciais supostamente mais competitivas<sup>4</sup>, invocando-se um discurso emergencial de “*processo econômico*”. A alteração do monopólio operada em ambos os casos (monopólio legal aqui e quase monopólio natural lá) é juridicamente legitimada pela transmutação de conceitos e pela (re)alocação do entendimento jurídico-constitucional, numa tentativa de aproximá-lo da “*realidade histórica*”.

No cenário brasileiro, dentro de um jogo de linguagem banhado pelo Direito Administrativo e pela Constituição Econômica, encontra-se

---

<sup>4</sup> No quadro norte-americano, teria sido buscada, pela quebra do monopólio, a efetivação de maior concorrência para manter o processo econômico. Segundo Charles Beard (1921), a longa e cuidadosa análise do grande volume de documentos do período pré-constitucional demonstraria com clareza o “*mal*” que a Constituição [norte-americana] foi, em sua opinião, tentada a remediar: “*estabelecer as regras que determinam as relações de propriedade para manter o processo econômico*”. Para Beard (1921), os sucessivos passos na construção do trabalho do governo sobre a pressão de interesses privados teria, como fim último, a organização econômica do Estado, sob os auspícios da proteção máxima à propriedade e teria se preocupado em afastar a possibilidade da legislação atingi-la. Ao que tudo indica, o caso da Standard Oil, em alguma medida, teria implicado em intervenção neste conceito de propriedade. No Brasil, a decisão do STF, em 2005, embora amparada por Emenda Constitucional, revelaria, igualmente, a “necessidade” de manutenção do processo econômico. Observa-se isso notadamente na razão de decidir do voto do Min. Eros R. Grau.

a figura da “*concessão de exploração petrolífera*”. Tal concessão é instrumento pelo qual em última análise, a “*flexibilização do monopólio*” é materializada.

O foco deste trabalho é compreender, sob a perspectiva interna que remanesce no pensamento jurídico, notadamente no pensamento administrativo-constitucional, a forma por meio da qual a doutrina jurídica brasileira processa e racionaliza a legitimação do atual modelo de *concessão de exploração petrolífera* ao alocá-la numa concepção genérica de *concessão*.

Pretende-se, por meio da análise do itinerário da teorização em torno do conceito de concessão, encontrar subsídios para averiguar, de modo crítico, em que medida a técnica concessionária adotada pela legislação do petróleo e o discurso jurídico que a abarca são amparados pela Constituição Econômica ou desta desviados por “*argumentos de emergência*”. Sobretudo, a partir dessa análise, a pesquisa preocupa-se com o diálogo entre o direito administrativo e o direito constitucional.

1.1. O problema da definição da *concessão de exploração petrolífera*. A hipótese construída.

Especificamente no contexto brasileiro, a narrativa que busca legitimar a transformação da indústria petrolífera é juridicamente confortada pela transfiguração dos conceitos de *monopólio* e de *petróleo*. Referidos conceitos são utilizados pela técnica jurídica para interpretar os limites da intervenção do Estado na economia e para identificar o modo de proteção do interesse público. Tudo isso num contexto econômico-político que aponta para a retirada do Estado do domínio econômico.

Não é desarrazoado afirmar que os meios de justificação do atual modelo da atividade econômica petrolífera no país colidem com o que projetou originariamente o texto constitucional. A alteração da ossatura econômica em torno da indústria petrolífera, no Brasil, fez-se acompanhar e justificar, tal qual como ocorreu em outros setores, do discurso do *desenvolvimento econômico* e de práticas comerciais que seriam, então, supostamente necessárias para que ele (o desenvolvimento) pudesse ser concretizado<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> A posição dos que defendem a retirada do Estado da economia está, em regra, alicerçada no discurso de que ele não seria suficiente para, tecnicamente, dar conta da prestação ou exploração das atividades. Para estes autores, a

O ambiente da Constituição 1988, norteado pelo objetivo de reduzir a vulnerabilidade externa do país<sup>6</sup> e confortar a soberania econômica nacional<sup>7</sup>, deixou transparecer o receio acerca do cenário econômico instável que então se desvelava com relação ao petróleo<sup>8</sup>. Tenta-se afastar a possibilidade da União ajustar novos contratos de

---

materialização do *desenvolvimento econômico* estaria diretamente ligada à realização de novas tecnologias e ao atendimento de novas demandas pelo setor privado. Segundo os que defendem esta concepção, o Estado intervencionista estaria limitado, sendo substituído por um Estado subsidiário, regulador e fiscalizador da economia. Gilberto Bercovici (2011, pp. 269-270) sugere que, para tais autores, a atividade econômica do Estado seria exceção, ela não se autojustificaria. Deste ponto de vista, a ideia de “*desenvolvimento econômico*” deixa de estar ligada a uma concepção maior. Aparentemente, ela se restringe a compreender o desenvolvimento técnico de um determinado setor, relegando ao segundo plano uma concepção mais abrangente de “*desenvolvimento*” (econômico e social). O desenvolvimento seria, por tais autores, frequentemente confundido com “*modernização*”.

<sup>6</sup> Segundo Paulo Valois Pires (2000), muito disso em razão das crises internacionais do petróleo.

<sup>7</sup> A soberania econômica não algo vazio ou solto no ordenamento jurídico pátrio. Sobretudo, ela é dimensionada a partir da busca pela independência econômica. Nesse sentido, conforme observa Gilberto Bercovici (2011, p. 234), a soberania energética pode ser vista como um componente essencial da soberania econômica nacional, pois, segundo o autor, abrangeria um setor chave da economia do país. Para o Bercovici (2011), o Estado deve tomar decisões autônomas sobre a produção e o destino dos seus recursos energéticos, planejando o seu desenvolvimento e evitando a dependência tecnológica e de fatores externos para a produção da energia.

<sup>8</sup> Paulo Valois Pires (2000, pp. 95-106) sugere que a resposta do Brasil à crise de 1973 teria sido criação da “Braspetro”, que, segundo o autor (2000), tinha como objetivo a realização de trabalhos de pesquisa, exploração, refino, transporte e comercialização do petróleo no exterior. Até então, na visão do autor (2000), o Brasil tinha concentrado seus esforços no abastecimento interno, apesar das significativas descobertas. Segundo Valois Pires (2000), na tentativa de acelerar ritmo das pesquisas no Brasil, para fins de exportação, o então presidente Ernesto Geisel teria autorizado a celebração de “contratos de risco” com outras empresas petrolíferas. No entendimento dos militares, os contratos de risco não teriam violado o exercício exclusivo do monopólio da Petrobrás, haja vista que ela continuava a deter poderes para exercer o controle de fiscalização das atividades instrumentalizadas durante a vigência dos contratos.

risco<sup>9</sup>. Em meio a esta e outras preocupações, originariamente, a redação do parágrafo 1.º, do artigo 177 albergou a já tradicional opção no sentido de proteger os recursos minerais. O texto constitucional manteve firme o monopólio estatal do petróleo, atribuindo a exclusividade da sua exploração à Petrobrás.

Esta lógica, no entanto, é alterada com o advento da Emenda Constitucional n.º 09/1995. Sob os auspícios de uma política governamental distinta, inserta no contexto da desestatização e da desnacionalização dos recursos minerais, a EC 09/1995 deu nova redação ao § 1.º do artigo 177 da CRFB. A partir daí, a União ficou autorizada a “contratar”<sup>10</sup> com empresas estatais ou privadas a realização das atividades relacionadas à pesquisa e à lavra das jazidas de petróleo<sup>11</sup>. A alteração do texto constitucional cuidou de incluir, ainda, o atual parágrafo 2.º, o qual estabeleceu que as condições de contratação da exploração petrolífera seriam delimitadas por lei específica.

Cumprindo a determinação anunciada pela nova redação do art. 177, em 1997 entrou em vigor a Lei 9.478. Esta, dentre outras previsões, dispõe sobre o modelo de contratação a ser praticado no âmbito da exploração petrolífera. De acordo com o art. 26, *caput*, da referida lei, a concessão implica, “*para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes*”.

A expressividade desta disposição legal reside na determinação da “*transferência da propriedade do bem explorado*” para o

---

<sup>9</sup> A intenção expressa na redação original do art. 177 da CRFB parece clara: “Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro [...] § 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º. § 2º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.”

<sup>10</sup> Nas palavras de Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (2009): *inominado contrato*,

<sup>11</sup> Art. 177, § 1.º. A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

*concessionário*. O artigo da lei autoriza a transferência ao particular de “*bem público*” pertencente e monopolizado pelo Estado. De outro lado, entretanto, o mesmo texto constitucional dispõe especificamente sobre o tema, estabelecendo, em seus artigos 20, IX, e 176, *caput*, que o petróleo é bem da União, não podendo, portanto, à primeira vista, ser alienado. Diante disso, o artigo 26, *caput*, da Lei 9.478/1997 estaria revestido de inconstitucionalidade na exata medida em que confere ao particular à propriedade do bem público explorado.

Em 2005, o debate foi levado para o âmbito do STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n.º 3.366-2 e 3.273-9. Na hipótese destacada pela interpretação do Supremo Tribunal, o debate se encerraria na extensão da relativização do monopólio<sup>12</sup>, tal como operada pela EC 09/1995, e a classificação da natureza jurídica do petróleo como bem público especial ou dominical. Na ocasião, a maioria dos ministros do STF acompanhou o voto do então relator, o Min. Eros R. Grau, decidindo pela constitucionalidade do art. 24, *caput*, da Lei 9.478/1997, sob o entendimento de que o “*petróleo é bem público dominical*” e de que o “*monopólio é de atividade, e não de propriedade*”.

A interpretação constitucional emprestada ao assunto pelos ministros do STF tratou de questões pontuais, correlacionando o conceito de *monopólio* e a definição jurídica do bem público explorado, o *petróleo*. Sobretudo, a decisão do STF jogou uma “*pá de cal*” na discussão sobre a validade do modelo concessionário adotado. A partir

---

<sup>12</sup> Em síntese, o voto do Min. Eros R. Grau, que foi acompanhado pela maioria do plenário do STF, sustenta que o monopólio que recai sobre o tema é “*monopólio de atividade*” e não de “*produção*”. Para Eros Grau, o monopólio de que tratava a redação original do art. 177 da CRFB, antes da EC n.º 09/1995, projetava-se de modo amplo, sobre o produto da exploração petrolífera. Segundo Grau, o monopólio atingiria, também, a produção, para além da atividade. A ausência dessa projeção ampla, no regime disciplinado pela EC 9/95, segundo Grau, seria a chave compreensiva que possibilitaria o entendimento acerca da flexibilização ou relativização em comparação com o regime anterior. Outro ponto essencial para o entendimento inserto no voto é a compreensão sobre recursos minerais e o produto que se extrai deles. Sobre este ponto, Eros Grau manifesta preocupação com o que ele denomina de “consequências de eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 26, *caput*, da Lei 9.478/97”, na medida em que tal entendimento, na visão do Ministro, impediria a Petrobrás de dar continuidade à sua atividade de pesquisa e lavra, bem como à possível exploração do petróleo e gás natural.

daí e conforme a interpretação selada ratificou-se o entendimento, na época já presente na doutrina, de que o regime de concessão petrolífera escolhido pela lei se pautaria na livre competição do mercado, ficando o controle da União em segundo plano, ligado essencialmente à regulação da concorrência.

Desvelam-se daí os seguintes questionamentos: “*considerando a (re)estruturação destes conceitos, qual a natureza jurídica da concessão de exploração petrolífera?*” e “*estaria referida técnica concessionária adequada à Constituição Econômica?*”.

Segundo a lei, a interpretação do STF e seguindo a tradicional lógica do Direito Administrativo brasileiro, a concessão de exploração petrolífera seria dotada de *natureza contratual*. Nessa conjectura, a flexibilização do monopólio permitiria, também, a flexibilização das cláusulas contratuais. A concessão corresponderia à contratualização de *atividade econômica* para exploração de bem público monopolizado, não permanecendo maiores dúvidas no que diz respeito à possibilidade de transferência da propriedade do bem explorado.

A literatura sobre o assunto, escassa e instável, deixa de apresentar uma resposta concisa e unívoca a tais questionamentos. Quando os enfrenta, em regra, tende a ignorar os fundamentos históricos e constitucionais do tratamento do tema, atendo-se a mera descrição. Seja em razão da relativa atualidade do assunto “*exploração petrolífera*”<sup>13</sup>, da precariedade dos trabalhos sobre os “*bens públicos*” ou, ainda, em virtude da confusão que remanesce no imaginário jurídico acerca da (in)definição do conceito de “*concessão*” e “*monopólio*”, constata-se ser reduzido o número de trabalhos mais detalhados e aprofundados a respeito do assunto<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Considera-se aqui o modelo acolhido pela EC 09/1995 e pela Lei 9.478/97.

<sup>14</sup> É possível distinguir trabalhos que tratam do tema de forma apartada. É considerável, por exemplo, o número de trabalhos sobre a história do Petróleo no Brasil. De igual maneira, não deixa de ser perceptível, principalmente nas últimas décadas, a existência de trabalhos sobre a divisão dos royalties do pré-sal, os quais, em alguma medida, acabam, também, esbarrando no assunto aqui trabalhado. Por outro lado, há uma quantia significativa de pesquisas sobre o tema concessões nas suas mais diversas compreensões. No entanto, são poucos os trabalhos que abrangem o tema concessão ou mesmo “*concessão de exploração petrolífera*” na óptica aqui sugerida, ou seja, sob o núcleo do conceito de concessão.

De modo geral, especificamente acerca da natureza jurídica da concessão de exploração petrolífera, a atual literatura sobre o assunto se divide (VALOIS, 2000; BERCOVICI, 2011)<sup>15</sup>. Parte da doutrina entende que esta modalidade de concessão é uma espécie de contratualização evidenciada no âmbito do direito público. Isto é, corresponde a um *contrato (administrativo) de uso de bem público*<sup>16</sup>. Outra parte<sup>17</sup>, de forma pouco mais inovadora, entende que a concessão petrolífera – como não visa à delegação de serviços públicos, mas sim de atividades econômicas monopolizadas pelo Estado – é, em linhas

---

<sup>15</sup> Paulo Valois Pires (2000, p. 134), por exemplo, salienta que a doutrina não é unânime sobre o assunto. Para alguns, observa o autor, a concessão de exploração petrolífera cuidaria de mero “*contrato de concessão de serviço público*”. Outros, segundo o autor, entendem que seria uma “*concessão de serviço de utilidade pública*”. Existe, ainda, uma corrente que entende ser a concessão petrolífera uma “*concessão de bem público*” ou “*de atividade econômica*”, uma vez que o art. 177 da Constituição teria o termo “atividades”, e o art. 5.º, da Lei 9.478/97 ao termo “atividades econômicas”. Por fim, segundo o autor, há quem entenda que o contrato de concessão petrolífera seria um “*acordo de desenvolvimento econômico*”, que seria regido pelo Direito Internacional.

<sup>16</sup> C.f. Alexandre Moraes. **Regime Jurídico da Concessão para exploração de Petróleo e Gás Natural**. Revista de Informação Legislativa, n.º 148. Brasília, 2000; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011 e **Uso Privativo de Bem Público por Particular**. São Paulo: Atlas, 2014; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos: Função Social e exploração econômica. O Regime Jurídico das Utilidades Públicas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

<sup>17</sup> C.f. Sundfeld, Carlos Ari. **A Regulação e o Direito do Petróleo e Gás** in SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. ASSUNÇÃO, Maria Adelaide. **Introdução ao Direito do Petróleo e Gás** in SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. E, principalmente, ARAGÃO, Alexandre Santos. **As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo**. São Paulo: Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol. 44/2002, pp. 171-202. Mai-Jun, 2002, e **O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.º 239, pp. 411-438. Jan.-Mar., 2005; BARBOSA, Alfredo Ruy. **A Natureza Jurídica da Concessão para Exploração do Petróleo e Gás Natural** in PIRES, Paulo Valois (org.) *Temas do Direito do Petróleo e Gás Natural II*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005. pp. 1-28.b

gerais, de *direito privado*, devendo ser submetida, conseqüentemente, à forte regulação. Ao seu turno, uma terceira vertente, entende ser a concessão petrolífera um *ato administrativo constitutivo*<sup>18</sup>.

A questão, como já observava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2010, p. 682), não é, no entanto, meramente terminológica. De modo genérico, o fenômeno da concessão quer revelar ato jurídico, por meio do qual a Administração Pública delega a incumbência de uma atividade a uma pessoa de direito privado, que eu seu nome a exerça.

Segue daí que o *ato* de concessão revela em si três dimensões que se entrelaçam, a saber: “*objeto*”, “*natureza das relações que estabelece*” (entre concedente e concessionário) e os “*efeitos jurídicos que reverberam daí*”. É, pois, o enlace e a definição destas dimensões que torna possível a manifestação da concessão como fenômeno *sui generis* a ser definido e com relevância para o mundo jurídico. Por conseguinte, é, também, a pormenorização desta estrutura conceitual que permite um posicionamento seguro sobre a natureza jurídica que o instituto comporta.

A hipótese central desta pesquisa é a de que a construção da narrativa jurídica sobre o conceito de concessão segue um itinerário não linear, ora de formação conceitual e ora de (re)definição desta formação. Nesse itinerário, a doutrina do Direito Administrativo, especialmente na fase de (re)definição do conceito, a partir da década de 1990, parece atentar para a descrição ou adequação técnica das opções de Estado, tomadas não raras vezes em desacordo com a Constituição Econômica. A posição doutrinária mais recente – *pautada numa linha de reprivatização do conceito* – parece refletir uma permanente – e talvez mesmo intencional – confusão conceitual entre o público e o privado.

A *conceituação da concessão de exploração petrolífera* é afetada, ao seu modo, pela mesma confusão conceitual. Impõe-se aqui mais e mais uma ideia *privatista* quando, em verdade, o instituto está integralmente submerso no domínio do direito público. O

---

<sup>18</sup> C.f. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais do Direito Administrativo. Vol. I.** São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Naturais.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011. pp. 670-693. E FERNANDES, Raimundo Nonato. **Concessão de Uso de Bem Público.** Revista de Direito Administrativo – RDA – FGV. Vol. 118. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1974. pp. 1-11



posicionamento doutrinário hoje dominante limita-se, praticamente a apresentar uma descrição prática do instituto, fechando os olhos à dimensão integral, diretamente relacionada ao objeto da relação jurídica e o seu alcance histórico-jurídico: de atividade de exploração de bem público estratégico para o desenvolvimento. Para tanto, a doutrina jurídica tende a propor uma visão global e unificada do instituto. Ao que tudo indica, é necessário entender e aproximar o instituto da concessão do direito constitucional, notadamente da sua feição revelada pela Constituição Econômica.

De um modo geral, as fontes pesquisadas parecem indicar que a noção conceitual de concessão, *como gênero*, teria sido forjada na doutrina jurídica brasileira em torno da ideia de “*concessão de serviço público*”, compreendendo, ao menos, dois “eixos de transformação” com traços distintos. O primeiro deles, que abrange dois períodos que se entrelaçam, vai de 1930 a 1970. Aqui, pode-se perceber que o termo “concessão” passa por um processo de teorização mais fecundo. Nesta fase são estruturadas as principais teorias e critérios utilizados pela doutrina.

O período seguinte, culminando na década de 1990, revela o segundo eixo de transformação. Ele é marcado pela assim denominada “*renovação do Direito Administrativo*”, a qual objetiva acompanhar a reestruturação do Estado. Ao que tudo indica, nesta etapa, a conceituação da concessão é retomada com a finalidade de identificar uma “*nova figura*”, idealizada para lidar com a “*nova estrutura*” estatal. Com o advento da Lei 9.478/1997, a tendência da doutrina jurídica é de situar a concepção de *concessão de exploração petrolífera* no âmbito das modalidades desta nova figura.

Essas fases iniciam com alguns juristas, os mais inovadores, contrastando as nuances do direito brasileiro com o direito estrangeiro. Tais juristas logo identificam a necessidade de estabelecer uma classificação para o conceito de concessão [de serviço público], distinguindo-o dos demais modelos contratuais então praticados. Em meio a uma refuncionalização do Estado, a doutrina revê antigas definições, preocupando-se em dar classificação e organização aos conceitos “já consolidados”. A divisão em gêneros e espécies ganha, aqui, destaque.

Por fim, é possível constatar um terceiro período de formação do conceito. Tendo por cerne a atualidade, ele caracteriza-se por uma significativa propensão da doutrina – notadamente formada por autores com declarado interesse profissional-financeiro no assunto – no sentido

de teorizar a reprivatização do conceito jurídico ou (re)colocação deste conceito no direito privado. Em nenhum destes períodos parece haver preocupação da doutrina em perceber a concessão fora de uma dogmática descritiva.

Em outras palavras, existem indícios de que o itinerário do conceito de concessão passa, entre 1930-1970, por uma fase de publicização do contrato privado, com o alargamento da presença do Estado na relação contratual, a fim de atender o interesse público. Na fase seguinte, ainda que de modo discreto, o conceito é remodelado na tentativa de descrever o que seriam as novas relações do Estado com os particulares. O termo é reconceituado, então, para legitimar opções governamentais independentemente da ordem constitucional que cerca o tema. Caminha-se da “*publicização do contrato jurídico-privado*” da Administração para a “*privatização do contrato público*”.

Como fenômeno relativamente novo, a teorização do conceito de *concessão petrolífera* seria produto do esforço doutrinário para legitimar um projeto político de refuncionalização do Estado, bem como as novas oportunidades de negócios decorrentes desta refuncionalização. Entretanto, a discussão sobre a natureza jurídica dessa concessão traz consigo não somente a uma complexa questão terminológica. Nem pode, tampouco, ser condensada em mera descrição técnica. Em jogo estão modelos de Estado e a própria eficácia da Constituição. Realmente, debater tal tema implica analisar uma doutrina de direito administrativo que é arquitetada num ambiente em que a regra é, justamente, fugir da força normativa da Constituição, isolando a Constituição Econômica (BERCOVICI e MASSONETO, 2006).

## 1.2. Estrutura do trabalho.

O trabalho opta pela utilização de uma lente de análise que permite, acredita-se, comparar o modo pelo qual o conceito de concessão [como gênero] é teorizado pela doutrina jurídica tradicional e a forma como ele se estrutura atualmente, com a flexibilização dos seus elementos definidores (no caso da “*concessão de exploração petrolífera*”, o bem público e monopólio). A ideia é tentar trazer para o centro da discussão a tensão que existe entre a *teorização de um conceito e aquilo que ele descreveria em determinados contextos e momentos*. A fim de verificar as estratégias argumentativas dos doutrinadores e seus vínculos com os interesses em jogo. Para tanto, é proposta a seguinte divisão.

O primeiro capítulo busca articular dois quadros que representam os dois eixos de transformação do conceito. Num primeiro momento, a pesquisa preocupa-se com os parâmetros acerca da estruturação do conceito na doutrina jurídica nacional entre 1930-1970<sup>19</sup>. Na sequência, a pesquisa aborda o que seria o segundo quadro. Neste ponto, busca-se delimitar as linhas de argumentação que são adotadas pela doutrina, após a CRFB de 1988, para emprestar novas roupagens a um velho conceito. Nesta parte do trabalho quer-se, sobretudo, identificar em que medida e de que modo a técnica jurídica tenciona o afastamento da ideia da concessão (gênero e espécies) das diretrizes constitucionais.

O objetivo do primeiro capítulo é apurar quais elementos são levados em conta pela nossa doutrina administrativa clássica para a discussão da natureza jurídica das concessões e tentar captar, de um modo geral, qual é o itinerário do discurso jurídico. Pretende-se, com isso, verificar em que medida o conceito de concessão e a definição de sua natureza jurídica seguem uma evolução linear ou são afetados por desvios e transmutações conceituais. Correlatadamente, procura-se descrever em que medida a formação do conceito está ligada aos seus elementos estruturantes: “objeto”, “natureza das relações que estabelece” e os “efeitos jurídicos”. Ao final, a ideia é demonstrar como o conceito de concessão é refletido pela doutrina nos distintos “eixos” acima mencionados.

O segundo capítulo da pesquisa atenta para o debate sobre a concessão de exploração petrolífera propriamente dita: seus *parâmetros e suas perspectivas contextuais*. Nesta parte, tenciona-se delimitar de forma descritiva as características das categorias definidoras do conceito de concessão petrolífera: “monopólio” e “petróleo” (sua natureza jurídica). A ideia é observar como tais categorias são articuladas pela doutrina brasileira num determinado momento e o que importa daí para a conceituação do conceito. Este momento é contextualizado pelo que convenientemente se apresentou como uma “flexibilização do monopólio” do petróleo num “estado de emergência econômico”, tendo

---

<sup>19</sup> A escolha deste período se dá em virtude dele representar a “antecâmara” da atual formação do conceito. Entende-se que esta fase marca o que Reinhart Koselleck (1992) entende como “o momento inicial de teorização do conceito”. Ao que tudo indica, é dentro deste quadro temporal que a doutrina brasileira percebe a necessidade de teorizar o conceito de concessão (de serviço público), pormenorizando os critérios que o definem para, depois de consolidada a figura, sistematizá-la e organizá-la em espécies.

como ponto final o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3.366-2 e 3273-9, pelo STF, em 2005.

Por fim, o último capítulo coteja as informações colhidas nos capítulos anteriores a fim de verificar em que medida a configuração jurídica do atual modelo de concessão (petrolífera) é construída a partir de rupturas, continuidades e/ou transfiguração de conceitos. O objetivo é tentar identificar se estas possíveis alterações estão em conformidade com a Constituição Econômica ou servem para pavimentar a privatização jurídica do público. Neste capítulo, tenta-se analisar, ainda, em que medida a técnica jurídica da dogmática do Direito Administrativo, com relação ao tema aqui pesquisado, está ou não convertendo descrições das opções políticas-econômicas em padrões normativos, como se do “*ser*” pudesse vir o “*dever ser*”.

De modo geral, o trabalho procura, portanto, discutir as relações entre passado, presente e futuro do Direito Público, tendo como *objeto de análise* o debate da natureza jurídica da concessão petrolífera. Por conseguinte, é possível afirmar que seu objetivo consubstancia-se em examinar e discutir a narrativa que consolida a própria noção conceitual de concessão como gênero, atribuindo-lhe atualmente, na área do direito do petróleo, um perfil singular.

O tema da pesquisa situa-se no campo da história das ideias jurídicas e, de sobremodo, no plano da história dos conceitos. Sua escolha se justifica pela relevância que o atual debate ocupa na economia, especialmente em razão da opacidade com que é trabalhado pela doutrina jurídica, revelando capturas ideológicas a todo instante. A nota peculiar que assume – *é preciso desde já observar* – é de singela contribuição para a área e, também, para a defesa do Estado de Direito e da Constituição Econômica<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Entende-se como “*Constituição Econômica*” o conjunto de princípios de organização da vida econômica, consagrados no Direito Positivo, de modo que é, em si, uma ordem jurídico-econômica. Segundo Vital Moreira (1978, p. 135) a Constituição Econômica seria revelada como o conjunto das normas fundamentais, os princípios constituintes da ordem econômica que, segundo o autor (1978), estariam estruturadas num todo, como em um sistema. Para Eros R. Grau (1981) é fora de dúvida que as matérias representadas pela Ordem Econômica seriam também sociais, visto que o econômico é uma fração do social, não havendo, segundo o autor, oposição entre o econômico e o social, mas integração do primeiro ao segundo. A Constituição Econômica seria, deste ponto de vista, a presença do econômico no texto constitucional, integrado na ideologia constitucional.

## 2. O CONCEITO DE CONCESSÃO NA DOUTRINA JURÍDICA NACIONAL.

### 2.1. Um passo atrás: questões de ordem metodológica.

#### 2.1.1. A concessão como conceito a relevante e seu momento de teorização

O Direito Público é algo em constante transformação (DUGUIT, 1999). Trata-se de uma ciência dotada de alterações particularmente profundas e ativas, quase todas relacionadas ao Estado e suas funções. Com efeito, a única segurança com relação ao Direito Público é a certeza da incontinência de suas mudanças (MOREIRA, E., 2007, p. 77)<sup>21</sup>. As transformações do direito público, por sua vez, podem, sobretudo, ser observadas no núcleo que dinamiza as relações entre o *direito administrativo* e o *direito econômico*. É possível afirmar que este núcleo compõe um estado que (caótico) é capaz de melhor representar as vicissitudes do caráter mutante do Direito Público<sup>22</sup>.

No fundo, a aproximação destas duas áreas cuida do relacionamento de uma ciência mais antiga, o *direito administrativo*, formulada sobremaneira no Estado Liberal, e de uma ciência relativamente mais nova: o *direito econômico*<sup>23</sup>, cuja configuração,

---

<sup>21</sup> Segundo Egon Bockmann Moreira (2007, pp. 75-110), estudar as transformações do direito público seria a regra. Para o autor, tentar ignorá-las ou impedi-las seria trabalho em vão ou criar obstáculo desnecessário. Na visão do autor, não se trata de gostar deste novo paradigma, mas de tentar compreendê-lo e, quiçá, transformá-lo.

<sup>22</sup> Maria João Estorninho (1999, pp. 85-86), observa se, quando da Primeira Guerra Mundial, o Direito Administrativo já tinha formado a sua própria personalidade, as modificações econômicas e sociais ocorridas a partir daí provocaram-lhe uma “grave crise de crescimento”. Para a Autora, a partir daí, tornou-se difícil disfarçar a total inadequação do sistema teórico às novas realidades.

<sup>23</sup> Segundo Gilberto Bercovici (2009, p. 255), embora as constituições liberais dos séculos XVIII e XIX também contivessem preceitos de conteúdo econômico, como a garantia da propriedade ou da liberdade de indústria, o debate sobre a constituição econômica, na visão do autor, corresponderia, sobretudo, um debate do século XX. Alberto Venâncio Filho (1968) observa que na ordem jurídica do século XIX, o Direito Administrativo comportava algumas regras relativas à vida econômica, mas essas regras, segundo o autor,

embora tenha sido iniciada após a primeira guerra mundial (COMPARATO, 1965), ainda não se materializou na sua integralidade (BERCOVICI e MASSONETO, 2006). Segundo Egon Bockmann Moreira (2007, pp. 75), este cenário de aproximação exigiria a formulação de novas perguntas e, acima de tudo, a constante (re)análise dos institutos que compõem a interação entre estes dois ramos do direito.

A construção que ocorre em torno dos institutos que consubstanciam e dão subsistência ao Direito Administrativo e ao Direito Econômico parece ter, entretanto, sua razão de ser na própria noção de Estado<sup>24</sup>. Segundo Hespanha (2006), já na sua origem, o

---

apenas visavam à polícia, ou a fiscalidade, e teriam permanecido isoladas no direito administrativo, constituindo apenas casos particulares da intervenção do poder. Segundo Venâncio Filho (1968), existiria uma linha de divisão nítida entre o Direito Público, que, na visão do autor, comportava algumas poucas regras de alcance econômico, e o Direito comum, que regia o conjunto das relações entre os particulares. No entanto, sugere Venâncio Filho (1968), as transformações que prosseguiram nas primeiras décadas do século XX teriam provocado profundas alterações, de modo que o Direito Comum teria sido, na visão do autor, ultrapassado pelo Direito Econômico. Ainda, sobre o Direito Econômico como uma ciência relativamente nova, veja-se Washington Peluso Albino de Souza (1994). Para o autor (1994, pp. 42-47), a disciplina do Direito Econômico teria sido tomada por um desenvolvimento acelerado a fim de atender às exigências da sociedade no final do século XX. Segundo o autor (1994), ela teria se consolidado gradativamente. A consagração definitiva no Direito Brasileiro, com a autonomia expressamente cunhada no direito positivo, de acordo com este autor, teria ocorrido somente no texto da CRFB de 1988.

<sup>24</sup> Não se quer adotar aqui uma perspectiva que situe uma ciência em posição imperativa à outra (GRAU, 1981, pp. 36-37). Tampouco, pretende-se defender um “Direito Administrativo Econômico”. Queremos, sim, observar que, em alguma medida, o Direito Administrativo e o Direito Econômico se comunicam. Referida comunicação pode ser compreendida pelo “*condicionamento econômico do Direito Administrativo*”, como sugere Washington Peluso Albino de Souza (1994). Segundo este autor (1994, pp. 66-69), neste “*condicionamento*”, o Direito Administrativo estaria preso ao seu “*conteúdo econômico*”. Para o autor (1994), isso ocorreria quando o Estado pratica atividade econômica para sua própria gestão. Nesta hipótese, na visão do autor (1994), configurar-se-ia o que ele denomina como “*conteúdo econômico da norma de direito administrativo*”. Segundo o autor (1994), dois temas mereceriam especial destaque no que concerne à aproximação destas áreas: a “*intervenção do Estado no domínio econômico*” e o “*planejamento*”. Ambos os

direito administrativo teria trazido consigo o compromisso de uma disciplina descritiva das novas instituições de governo e da administração da época napoleônica e pós-napoleônica, tendo alcançado o *status* de ciência somente algum tempo depois. Tal constatação pode, também, ser verificada em Tocqueville (1866). Segundo o autor, o direito administrativo do século XIX seria um método descritivo feito por juristas que, em sua opinião, encarregavam-se de construir uma disciplina invasiva de que os círculos governamentais daquele momento necessitavam.

O direito econômico, por sua vez, é pensado, na sua concepção mais recente, como via de transformação do Estado. Segundo Stolleis (2004, pp. 225), é apenas no final do século dezenove que a complexa regulação e promoção da economia teriam pavimentado o caminho para o emergente campo do direito administrativo, por meio de um processo que colocou as políticas públicas no campo jurídico. De acordo com Stolleis (2004, p. 225), tal fato representou a criação de campos normativos complexos, tais como “*regulatory trade law*”, legislação de proteção dos trabalhadores e legislação social como “coerção para o bem-estar público”.

Segundo Stolleis (2004, p. 225), quanto mais a economia tomava uma dimensão dominante do Estado, como um desdobramento da revolução industrial, mais fazia sentido se pensar na disciplina “direito administrativo econômico” de uma perspectiva do direito público. Assim, é possível acentuar o caminhar simultâneo – *quase uma retroalimentação* – entre as opções governamentais e a razão de ser dos institutos que compõem estas duas disciplinas, seja para descrever ou para alterar o estado das coisas.

Com alguma relevância, tal fato pode ser mais facilmente visualizado no quadro de reformulações das funções de Estado, notadamente naquelas que dizem respeito à sua relação com setores relevantes para a economia. Tais setores, como sói demonstrar a história, são gradativamente alçados a setores estratégicos do crescimento e desenvolvimento dos países (COMPARATO, 1965), o

---

temas, para Washington Peluso (1994), seriam capítulos do “*estudo do direito econômico*” e teriam partes em comum com o direito administrativo. Para o autor, o ponto que marca esta relação é que o Estado, em tais hipóteses, figuraria como “*sujeito*” dos atos administrativos que, em última análise, estariam vinculados ao direito econômico.

que estimula, cada vez mais, o controle estatal sobre eles (MOREIRA, V., 1978).

O interesse sobre estes setores se dá, sobretudo, com a necessidade de estruturação armamentista pelas nações (STOLLEIS, 2004, p. 225; CAVALCANTI, 1949a, p. 339)<sup>25</sup>. Em largo espaço de tempo, as necessidades da sociedade, cada vez mais complexa, teriam saltado de amplas construções de ferrovias para o investimento em nanotecnologia. Neste meio, o Estado articularia seus mecanismos para promoção do controle e da organização. Daí que, temas originariamente antagônicos, parecem iniciar uma aproximação nada discreta.

O conceito de *concessão*<sup>26</sup>, assim como o de contrato administrativo, assume no decorrer desse itinerário distintas definições, todas elas diretamente atreladas à expansão histórica dos fins do Estado<sup>27</sup>. Ele se comunica tanto com uma perspectiva do Direito

---

<sup>25</sup> Para Themistocles B. Cavalcanti (1949a) “foi preciso que houvesse uma guerra mundial para que os problemas constitucionais se ampliassem e se verificasse não haver somente a ordem política a estabelecer, como também outras ordens a criar, que eram a ordem econômica e a ordem social [...]”. Sobre esta constatação é válida a análise de Washington Peluso Albino de Souza (1994, pp. 42-43), para quem muitos autores quiseram ver no Direito Econômico apenas este aspecto circunstancial, “uma medida de exceção em tempo de guerra”. Segundo Washington Peluso (1994), tais autores não teriam aceitado o direito econômico como uma disciplina capaz de existir em períodos de vida normal da sociedade.

<sup>26</sup> Marçal Justen Filho (2003) defende que a concessão atualmente praticada não pode ser interpretada e enfocada como se fosse a mesma figura adotada em tempos anteriores, sobretudo em vista das constantes alterações políticas, sociais, econômicas e jurídicas. Não se discorda desta afirmação. Inexiste dúvida de que a concessão, e sua interpretação atual, devem se pautar pela dinamização do atual cenário político, jurídico e econômico. No entanto, é dever destacar que a pretensão deste trabalho não almeja encontrar “um novo conceito de concessão”. Nem pretende defender uma “nova definição” do conceito de concessão a partir do que poderia ser denominado de “literatura mais antiga”. Apenas queremos demonstrar como a narrativa jurídica, em diferentes espaços de tempo, organiza e articula a (re)definição do conceito e o que implica destes quadros para a (in)definição do conceito de “concessão petrolífera”.

<sup>27</sup> Segundo Ariño Ortiz (1968, p. 207), o contrato administrativo e o direito administrativo sempre teriam seguido uma mesma linha de “evolução, maturidade e desenvolvimento”, de modo que, segundo o autor, a história do direito administrativo pode ser lida perfeitamente por meio da história do



Administrativo, que o teoriza, quanto com o Direito Econômico, que lança mão dele como instrumento de realização do *desenvolvimento*. Seja na França, país em que a teoria contratual teve origem, ou no Brasil, que empresta a ideia, a discussão do tema e sua transformação estão intimamente relacionadas a determinados momentos econômicos. Na França, desde e com o pós-guerra (JÈZE, 1921); e, no Brasil, diante de uma revolução industrial (FERNANDES, 1974; DRAÍBE, 2004).

Articulada em contextos distintos, a *concessão* pode ser compreendida como um termo de conceituação intrincada e de múltiplas definições, cujo reflexo no imaginário jurídico dependeria quase exclusivamente da (re)interpretação das suas categorias definidoras. Segundo Egon Bockmann Moreira (2010), a concessão pode, ela mesma, ser percebida como derivação direta da noção conceitual do seu objeto. Visto deste ângulo, o conceito de concessão afigura-se como um conceito aberto, cuja estrutura seguiria a linha de maturidade e desenvolvimento das suas próprias categorias definidoras.

Certo é, todavia, que, em regra, os elementos que compõe a noção conceitual da concessão, seu “objeto” e “as relações jurídicas que estabelece” são, também, determinados por conceitos abertos, cuja lógica de definição está, igualmente, adstrita às opções do Estado. Neste ponto residiria a tensão entre “como o termo é conceituado” e “o que dele revela-se para a realidade”, haja vista que não necessariamente a construção teórica das gerações anteriores atende os anseios das gerações seguintes.

Para Koselleck (1992), no momento em que um conceito é formulado em termos linguísticos, é permitido pensar a partir dele a realidade histórica que o compõe e que ele ajuda a compor. Dito de outro modo, ficaria estabelecido a partir de então, segundo o autor (1992, p. 136), um “fato linguístico”, por meio do qual seria permitido atuar sobre a realidade de forma concreta. Muitas vezes, o “atuar na realidade” requer, entretanto, a reformulação do conceito.

A formulação do conceito, para Koselleck (1992), instauraria formas de comportamento, atuação, *regras jurídicas* e mesmo condições

---

contrato administrativo. No mesmo sentido parece ser a opinião de Maria João Estorninho (2012), para quem ideia de associação do particular à realização do interesse público teria se desenvolvido verdadeiramente a partir do século XIX, na órbita de aspectos como os fins do Estado Liberal e as funções da Administração Pública (sua dimensão orgânica e as formas de atuação por ela adotadas).

econômicas só possíveis de ser pensadas e efetivadas a partir da existência do que se estabeleceu conceitualmente. Por conseguinte, é possível afirmar que o conceito relaciona-se sempre com aquilo que se quer compreender, não sendo esta relação, entretanto, tranquila<sup>28</sup>.

Nem toda palavra, no entanto, é interessante *para* a história dos conceitos ou *pode* ser nela analisada. Segundo Koselleck (1992, p. 135), palavras relevantes para uma análise conceitual seriam as que, em regra, trazem conceitos cuja formulação indica certo nível de teorização e cujo entendimento é, também, reflexivo na realidade.

Trata-se de conceitos que passam por um “*processo de teorização*” que vincula discursos e contextos. Para o autor (1992), a análise conceitual, ou a história dos conceitos, exigiria para sua compreensão, necessariamente, a contextualização dos termos analisados em unidades maiores como, por exemplo, num conjunto de textos, livros, panfletos, manifestos, cartas e jornais. Um e outro, *conceito* e *contexto*, na visão de Koselleck (1992), retroalimentam-se, de modo que o *conceito* pode atuar no *contexto* tornando-o compreensível, conquanto que o *conceito* não seria comumente compreendido integralmente fora de seu *contexto*.

O termo “*concessão*” parece ser um conceito relevante para uma análise histórico-conceitual. Sua formulação é, por excelência, teórica e sua concepção tem implicação imediata no comportamento das regras jurídicas que o abarcam, provocando reflexões de ordem prática<sup>29</sup>. Há

<sup>28</sup> Koselleck (1992) observa que um conceito relaciona-se sempre àquilo que se quer compreender. Segundo o autor, a relação entre “conceito” e “conteúdo a ser compreendido ou tomado inteligível”, configuraria uma relação necessariamente tensa. Koselleck (2006, p. 313) sugere que é a tensão entre a experiência e expectativa que, de uma forma sempre diferente, suscita novas soluções, fazendo surgir o tempo histórico. Para o autor (2006), romper com o passado seria forma de criação de uma expectativa nova.

<sup>29</sup> Neste sentido é válida a observação de Eros R. Grau (1971, p. 1) para quem “*é indiscutível a necessidade de determinação de conceitos básicos, no que tange a qualquer campo do conhecimento de que se trate. É sobre eles, com apoio na sua formalização, que se poderá implementar o corrente desenvolvimento dos estudos e pesquisas que lhe digam respeito. Aplicando ao campo do Direito poderíamos afirmar que conceitos básicos seriam, inicialmente, aqueles nos quais encontra fundamento um sistema jurídico: que, em segundo lugar, caracterizam os grandes sistemas jurídicos do passado e no presente; e, finalmente, aqueles cuja utilização é e será, no futuro, necessária à explicação das realidades atingidas pelo sistema jurídico. Imprescindível,*

no conceito de concessão uma formação linguística expressiva e, em seguida, a produção de um *fato linguístico* que reverbera para a realidade.

Sem maiores esforços, é possível alocar a concepção de *concessão* na categoria de termos que implementam e dão existência a *atos* que somente são possíveis de ser pensados a partir do conceito que os estabelecem<sup>30</sup>. O problema da noção conceitual deste termo, por sua vez, reside justamente na tensão que emana na relação existente entre aquilo que é definido pelo conceito e aquilo que se deseja (ou deveria) compreender a partir dele.

Conforme será abordado ao longo desta pesquisa, o termo “*concessão*” (ou mesmo a noção conceitual que o alimenta) não nasce com uma conceituação pronta e imediata. Tampouco ele parece ter sido pré-estabelecido por meio de uma “*evolução*” que signifique desenvolvimento ou transformação gradual, linear e progressiva de aperfeiçoamento.

Em que pese alguns estudos insistirem (sem muita reflexão, acredita-se) em apontar uma progressão *evolutiva linear* do conceito<sup>31</sup>,

---

*nestas condições, a construção de conceitos que se prestem a espelhar fidedignamente as realidades normativizadas da Administração Pública”.*

<sup>30</sup> *i.e.:* “*Dilma anuncia pacote de concessões de R\$ 198 bilhões com foco em ferrovias.*”. Folha de São Paulo, em 9 de junho de 2015. Em tese, a ação noticiada (pacote de concessões) somente é compreensível a partir da reverberação que o conceito estabelecido pelo termo “concessões” assume no imaginário comum.

<sup>31</sup> *C.f.* DELGADO, José Augusto in **Reflexões Sobre a Concessão de Serviços Públicos**. Revista CEJ/RN, Natal, v. 7, n. 8, p. 15-65, jun. 2004. De acordo com o autor teria existido, inicialmente, uma divisão de correntes acerca da natureza jurídica da concessão, de modo que, na sua visão, seria considerada como predominante, na “era” atual, a que entende a concessão como contrato administrativo. Para dar lastro a sua afirmação, Delgado (2004) invoca “linhas doutrinárias” que, para ele, desde 1933 teriam estabelecido a concessão *como “contrato”*. Segundo o autor (2004), tal fator revelaria a “aceitação pacífica da natureza contratual, desde *“sempre”*”. O mesmo parece ocorrer, em alguns trabalhos, com a “*concessão de serviço público*” e seu objeto, “*serviço público*”. Em estudo sobre o assunto, Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2007) sugere que a “*ideia de serviço público é um bom exemplo deste processo de adaptação das transformações operadas no curso deste século*”, pois, na visão da autora (2007), seria possível detectar “*um fio histórico que conduz desde o seu conceito político até sua posterior funcionalidade jurídica*”. Para a autora

entende-se que, para além desta concepção, o termo *concessão*, no âmbito jurídico administrativo-econômico, é dotado de certa carga semântica axiológica que lhe dá distintas definições em cada contexto em que é analisado<sup>32</sup> - o que nos autoriza a falar, portanto, em *mutação*, não em “*evolução linear*” propriamente dita. Estas definições não estão necessariamente ligadas nem se sustentam em transformações unidimensionais. Ao contrário do que se possa à primeira vista imaginar, as definições se traduzem por transmutações conceituais sistemáticas, que se amparam em diferentes campos e contextos teóricos.

A propósito disso, não se reputa correto, por exemplo, pressupor que os primeiros registros de *atos* de colaboração entre a administração e os particulares, capazes de, num primeiro momento, ensejar a percepção de uma forma embrionária de *concessão*, possam ser elevados à condição de “*concessão*” como hoje se compreende este conceito.

O conceito de concessão, como atualmente concebido, é uma criação distinta de um momento de teorização específico, em que a doutrina jurídica teria verificado a necessidade de descrever uma “*nova*

---

(2007), o conceito “político”, segundo ela, originariamente estabelecido para o termo serviço público, possuiria um substrato comum histórico que teria “evoluído”, revestindo-se, posteriormente, de funcionalidade. Marçal Justen Filho (2003) segue esta mesma lógica. Para este autor, a ideia de concessão, que teria sido firmada durante o século XX, não seria a mesma atualmente articulada. O autor (2003) expõem um breve histórico das concessões e, em seguida, parte para a conceituação do que denomina de “um novo modelo”, que seria filho legítimo da atual formatação do Estado. Ao que parece, análises como estas podem sufocar as estruturas conceituais que acompanham tais institutos. Tais análises negligenciam as possíveis alterações que os termos podem ter enfrentado ao longo de sua maturação.

<sup>32</sup> Eros R. Grau (2007) sugere não existir “*indeterminação de conceitos*”. Para o autor (2007), supostas *indeterminações* seriam resolvidas com a “*historicidade das noções*”, de modo que, segundo o autor, onde a doutrina brasileira pensa haver “*indeterminação*”, o que existe, em verdade, seria “*noção*”. Invocando Sartre, Eros Grau (2007, pp. 134-135), sugere que a noção jurídica deve ser definida como “*ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas*”. Depreende-se do exposto, portanto, que, embora a transposição de conclusões de um contexto ao outro possa se afigurar, *prima facie*, como um “*mal doutrinário*”, impende destacar que parece ser, também, pela comparação dos conceitos em diferentes contextos que se torna possível apontar suas *contradições e superações*.

*forma*” de relação entre a Administração Pública e o particular. Mesmo as formas de colaboração entre o que se denomina “*administração*” e “*particulares*” se perdem ao longo da história, de maneira que, em alguns quadros históricos, é defeso adotar, inclusive, o termo “*direito público*”, haja vista que este seria, em última análise, oriundo da formação do Estado Moderno (SEELAENDER, 2007, p. 259).

Deixadas de lado, neste momento, as discussões históricas mais remotas sobre a origem do termo “*concessão*”<sup>33</sup>, parece importar para a presente pesquisa o momento de conceituação mais intenso deste instituto. Em outras palavras, o início do seu processo de teorização, a fim que se possa proceder, ao final, a investigação da “*noção conceitual*”<sup>34</sup> da *concessão de exploração petrolífera* como se propõe.

---

<sup>33</sup> Apenas para ilustrar, Maria João Estorninho (2012) sugere que a ideia de associação do particular à realização do interesse público teria ocorrido na Europa, verdadeiramente a partir do século XIX e não antes. Para a autora (2012), teria se formado, também neste momento, a ideia de Estado tal qual, segundo ela, podemos distanciadamente perceber. Daí que, na sua visão, a concessão teria ganhado espaço num momento em que a Administração Pública, considerando-se guardiã do interesse público, pretendeu preservar aquilo que, de uma forma egoísta, entendia ser o seu monopólio, mas a que, no fundo, não conseguia dar resposta satisfatória. Segundo Estorninho (2012), através da concessão passa a existir o que ela classifica de “verdadeiro fenômeno de substituição da Administração por particulares na realização de tarefas de serviço público”. Assim, para a autora (2012), existiria neste ponto da história uma modificação muito importante. Para a autora (2012), teria surgido nesta quadra “uma nova perspectiva” no modo de conceber e qualificar juridicamente a concessão. Na visão da autora, a concessão teria passado, a partir deste ponto, a ser considerada como um “verdadeiro ato constitutivo de direitos”, e já não como um “ato gracioso do príncipe, criador de um privilégio para o beneficiário”. Do ponto de vista da Administração, segundo a autora (2012), a concessão teria passado a ser considerada como um “verdadeiro modo de execução de tarefas públicas”.

<sup>34</sup> A propósito da expressão “noção conceitual”, Eros R. Grau (2007, p. 128) sugere que termos como “*serviço público*”, em virtude de tessitura aberta que possuem, impedem que se busque um conceito único e determinante. Para o autor (2007), nestes casos, seria mais adequado se falar em “*noção conceitual*”. Eros R. Grau (2007, p. 134) observa que os conceitos seriam dotados de “atemporalidade”. Para o autor (2007), seria possível, numa perspectiva histórica, distinguir “*conceito*” e “*noção conceitual*”. Segundo Eros Grau (2007), desde que introduzida a temporalidade, deve-se considerar que, no interior do desenvolvimento temporal, o conceito é modificado. Enquanto a

De modo mais específico, interessa o questionamento sobre quais elementos permitem a configuração deste conceito em termos linguísticos e, por conseguinte, sua materialização como *fato linguístico*, haja vista que o conceito, tal como formulado pela doutrina, ao mesmo tempo em que deseja “*indicar algo*”, tenciona “*legitimar uma prática*”.

Koselleck (1992) constata que a história dos conceitos pode ser pensada a partir de um procedimento que ele denomina *seleção* (*Ausgrenzung*) daquilo que diz respeito ao conceito e daquilo que não diz respeito. Para o autor (1992), com base neste procedimento de análise, tanto se pode proceder à investigação conceitual por meio de método que privilegiará textos comparáveis, quanto se pode proceder metodologicamente expandindo a análise ao conjunto da língua.

Neste trabalho, opta-se pela verificação daquilo que diz respeito ao conceito de *concessão* por meio da investigação de textos comparáveis: que se destinam a indicar a mesma situação ou legitimar a mesma prática. Em seguida, observa-se a teorização do conceito de concessão petrolífera num momento específico. Referida teorização é relacionada aos parâmetros e às articulações jurídicas do contexto em que é apresentada, de refuncionalização da estrutura do Estado na década de 1990.

No que diz respeito ao momento de teorização do conceito na doutrina jurídica, as fontes analisadas apontam que ele ocorre, no Brasil, sobretudo a partir da década de 1930<sup>35</sup>. Período que coincide com a própria discussão acerca da teoria do contrato administrativo. Este momento pode ser interpretado como a fase em que se inicia uma inquietação doutrinária no sentido de destinar às concessões – *até*

---

noção conceitual, na visão do autor, seria definida como “esforço sintético” para produzir uma ideia que se desenvolve em si mesma por contradições e superações sucessivas. Eros Grau (2007) observa que, o que hoje seria chamado “indeterminação dos conceitos”, se resolveria na “historicidade das ações”.

<sup>35</sup> Não se ignora a existência de indícios no sentido de que o termo concessão tenha sido trabalhado anteriormente no Brasil e, com isso, possa lhe ser atribuído um enredo histórico mais antigo. No entanto, a preocupação desta pesquisa é com relação ao momento em que se desenham as linhas que marcam o que pode ser definido como “*concepção atual*” do termo e seus respectivos desdobramentos. Em outras palavras, com o instante em que teria sido iniciado o processo de teorização do conceito. Ao que tudo indica, o início referido processo de teorização é marcado pela percepção, por parte da doutrina, sobre a necessidade de conceituar o termo, distinguindo-o de outros termos adjacentes ou teoricamente próximos.

*mesmo às então já existentes* – tratamento distinto, diferenciando-as do típico contrato de direito privado, que até então pareciam ser o seu molde. Um esboço do discurso jurídico doutrinário é suficiente para demonstrar tal constatação.

Parece ser a partir do enfrentamento de problemas contratuais específicos, os quais tinham o objetivo de desarticular o equilíbrio existente entre as partes contraentes, que a discussão sobre a natureza da concessão torna-se fecunda no Brasil. Questões como a possibilidade da administração pública alterar unilateralmente a tarifa, a propriedade dos bens em caso de encampação ou, ainda, o poder da administração pública regulamentar – *por contrato* – a forma de prestação dos serviços, tornam-se mais comuns e desafiam os juristas a darem novas respostas.

Por conseguinte, o enfrentamento destas questões exige dos juristas uma classificação mais precisa do fenômeno. Embora a concessão à primeira vista se apresente como contrato, na prática – *para todos os efeitos* –, a doutrina começa a dar destaque à *desigualdade das partes* e às restrições à autonomia da vontade, linha mestra do contrato privado.

Estas discussões teriam ganhado maior relevância no quadro das Constituições de 1937 e 1946, bem como a partir das leis federais, que seriam oriundas desse mesmo contexto e pensadas para fins de regulação e fiscalização dos serviços explorados por concessão<sup>36</sup>. Seriam exemplos o Código de Minas, de 1940, ou o Código de Águas, de 1934. Segundo Alberto Venâncio Filho (1968), a nova estrutura adotada no período teria acentuado o mecanismo de intervenção do Estado no domínio econômico. Para o autor (1968), este período teria sido uma fase fértil de decretos-leis, mediante os quais, na sua visão, foram regulados os aspectos mais variados da vida nacional<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> “Art 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços”.

<sup>37</sup> Convém anotar que mesmo a estruturação do Estado entre 1930 e 1960 não pode ser percebida como um processo linear e contínuo de expansão e centralização. Segundo Sônia Draibe (2004, p. 45) esta estruturação constituiria, antes, um movimento desigual e descontinuo. Para a autora (2004), isso se dá, sobremaneira, pelo fato de que os órgãos e instrumentos de intervenção

As concessões administrativas, como categoria à parte nos contratos típicos, para Themistocles Cavalcanti (1960, p. 361), nunca mereceram a atenção dos melhores juristas brasileiros. Mesmo no terreno legislativo, na visão do autor, a concessão sempre teria sido tratada como de direito privado. Em outro trabalho, que aborda o tema da regulamentação dos serviços de utilidade pública, Cavalcanti (1949) sugere que “*entre nós*”, União, Estados e Municípios sempre “fizeram” o que bem entenderam em matéria de concessões, haja vista que nenhuma legislação havia, até então, abordado o assunto.

O posicionamento de Bilac Pinto (1953) não é diferente. Em parecer datado de 1949, após realizar uma breve análise da influência das doutrinas francesa e norte-americana no sistema brasileiro, o autor (1953 p. 69) afirma que a dificuldade de se trabalhar o tema *concessão* ante a ausência de uma elaboração doutrinária completa sobre o assunto. A fim de contextualizar sua preocupação teórica, Bilac Pinto (1953) aponta que é somente em 1933, com a publicação do Código de Águas, que os juristas brasileiros teriam começado a debater o tema com maior precisão.

Segundo Caio Tácito (1995, p. 1), é somente na segunda metade do século XIX que a mobilização de capitais privados para a exploração de atividades de interesse coletivo teria assumido aspecto significativo. Num primeiro momento, este movimento estaria ligado à expansão das cidades e às crescentes demandas populares para o atendimento de necessidades coletivas fundamentais. Para o autor (1995), a Administração Pública não dispunha de condições próprias para o atendimento destas solicitações, daí o apelo à iniciativa privada. Teria sido a partir da terceira década do século XX, sobretudo em virtude da crise oriunda do desequilíbrio do período entre guerras, que a ação estatal assume uma posição mais efetiva (direta) na prestação e controle dos serviços (TÁCITO, 1995, p. 2).

Não diferente é o entendimento de Fernando Menezes de Almeida (2012). Em trabalho recente, em que analisa a teoria do contrato administrativo no Brasil, o autor (2012, p. 155) sugere que a doutrina do século XIX não teria demonstrado preocupação especial com a formulação teórica para explicar o fenômeno da celebração de

---

econômica teriam se tornado em arena e alvo de confronto e lutas entre os setores sociais diversos, que, na visão da autora (2004), objetivavam o prevalecimento de seus interesses próprios nos órgãos e políticas a que estão afetos.



contratos por parte da Administração. Segundo Menezes de Almeida (2012), teria sido somente nas primeiras décadas do século XX que se faz notar no Brasil, por influência da doutrina francesa, a ideia de contrato administrativo. Esta discussão teria sido, na visão do autor (2012), introduzida pelo debate teórico em torno do tema da *concessão de serviço público*.

Tais constatações autorizam registrar que a *teorização* acerca do que define ou não a natureza jurídica da concessão ocorre, no Brasil, especialmente, a partir da década de 1930. A doutrina anterior parece não ter o tema ainda tão maduro, o que pode, talvez, decorrer da própria disposição da organização do Estado, como sugeriu Cavalcanti (1949). Enquanto que a doutrina posterior a 1970, de maneira geral, aparentemente teria apenas replicado os mesmos critérios de definição matizados pela doutrina jurídica imediatamente anterior, ou, quando muito, teoricamente os adequados à ordem constitucional vigente.

Ao que tudo indica, o período em tela marca a maturação para a definição do conceito de concessão. O termo, que inicialmente estaria vinculado à definição de “*concessão de serviço público*”, somente vai receber nova carga de teorização a partir dos anos 1990. Mas, neste caso – como será visto adiante – a doutrina, ainda que amparada por velhas confusões conceituais, estará falando de uma “*nova forma de concessão*”. O lapso temporal indicado (1930-1970) revelaria, portanto, a *antecâmara*<sup>38</sup> da atual lógica de teorização do conceito.

---

<sup>38</sup> Este período revela sua importância não apenas por ser o núcleo de teorização da noção conceitual de “*concessão*”, mas, também, por existir nele discussão sobre as tensões das matrizes teóricas deste conceito. Em estudo datado do final da década de 1960, Caio Tácito (1961) observa que, inicialmente, o sistema de concessões de serviço público no Brasil desvela-se o sinete exclusivo do direito administrativo francês. No entanto, observa o autor (1961), nas décadas seguintes, a influência francesa teria se aliado à experiência norte-americana de regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública, e teria se manifestado, sobretudo, na tentativa de implantação do critério do serviço pelo custo (*service-at-cost*), com base tarifária em determinadas concessões. Segundo Tácito, tal tendência, de americanização do sistema por meio de regulação no próprio contrato teria sido iniciada por Alfredo Valadão, com os estudos que, segundo Tácito, culminaram no Código das Águas. No mesmo sentido é a opinião de Bilac Pinto (1953). Segundo Bilac Pinto (1953, p. 45), a tensão entre a influência americana e francesa teria sido uma constante no direito administrativo brasileiro: “*até hoje os juristas brasileiros, salvo raras exceções, têm seguido [...] no estudo da matéria, unicamente o rastro*

### 2.1.2. O problema de delimitação dos critérios de definição conceitual.

De acordo com alguns autores (ESTORNINHO, 1999; 2003; ALMEIDA, 2012), ao longo do século XIX a técnica concessionária teria sido praticada quase que sem nenhuma preocupação teórica sobre sua natureza jurídica ou mesmo a classificação no que diz respeito ao seu objeto.

Num segundo momento, na transposição do século XIX para o século XX, inicia-se uma, ainda que incipiente, distinção teórica entre i) *contratos para suprimir necessidades de bens e serviços*; ii) *colaboração de particulares no desempenho de suas funções* e iii) *contrato para relacionamento com outros entes estatais de Direito interno*. Segundo Almeida (2012), desde a sua origem, a discussão sobre a natureza das relações descritas no item “ii” sempre se apresentou como a mais emblemática<sup>39</sup>.

A complexidade da relação que se estabelece, tendo como pano de fundo *peças de natureza distinta, objeto distinto* (funções estatais) e *relações jurídicas pré-delimitadas* anunciam, de plano, um negócio jurídico *sui generis*. É este “negócio” que, segundo a doutrina (ESTORNIHO, 1999; 2003; LAUBADÈRE, 1957), teria suscitado, para si, uma nova conceituação ou, ainda, uma reestruturação conceitual apta a lidar com uma figura que não mais se enquadrava no modelo em que

---

*luminoso do direito francês [...] Acontece, porém, que a influência francesa já não é exclusiva, embora tenha sido preponderante, podendo-se identificar, ao lado dela, como fonte subsidiária do nosso direito administrativo, o direito norte-americano, principalmente no que concerne a certos tipos mais recentes de concessão*”. Acrescentamos, ainda, o trabalho de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, **Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo** (1930), abaixo analisado, em que o autor, já naquela época, apontava o caminho norte-americano de regulamentação.

<sup>39</sup> Andre de Laubadère (1957, p. 568) ao conceituar *concessão de serviço público*, sugere que qualquer teoria da concessão giraria em torno de duas ideias que, embora antagônicas, podem, na opinião do autor, ser concebidas para conciliar. A primeira é que, embora concedido, o serviço continuaria sendo *serviço público*. E a segunda é que o concessionário (*Le gérant du service*) seria um indivíduo privado, cujos interesses seriam de ordem privada, de modo que ele (o concessionário), dificilmente, na visão do autor, aceitaria realizar o serviço se não tivesse uma vantagem.

era pensada. Como será visto adiante, diversos fatores parecem contribuir para isso.

A evolução teórica sobre o tema estaria relacionada a este ponto e iria, de um lado, no sentido da negativa da natureza contratual - *na negação do contrato administrativo* - (no todo ou quanto apenas a uma parte de suas cláusulas) – e, por outro, na construção da *teoria do contrato administrativo* como algo distinto do contrato privado (ALMEIDA, 2012, p. 121).

No cenário brasileiro, as teorias jurídicas não diferem do contexto descrito. A doutrina nacional parece trabalhar com as seguintes possibilidades: “*contrato de direito público*”; “*atos unilaterais*” ou “*atos/contratos mistos*”. Sobretudo, a tendência de discussão teórica deste assunto se dá quase que com exclusividade sob a luz do *direito francês*, não se verificando, na maioria das vezes, entretanto, uma adequação equilibrada das teorias daquele país no sistema brasileiro<sup>40</sup>.

A consolidação da teoria do contrato administrativo, pode-se dizer, é amparada neste núcleo de discussão<sup>41</sup>. E, em que pesem os conflitos teóricos estabelecidos, constata-se que o Direito Administrativo brasileiro não teria tido maiores dificuldades em identificar a “*concessão*” como “*contrato administrativo*”, revelando daí a pouca importância que o tema, à primeira vista, pode ter para alguns autores<sup>42</sup>. Dois fatores devem ser observados desta afirmação.

---

<sup>40</sup> Isso principalmente no que diz respeito à definição da natureza jurídica das relações entre público e privado que, em regra, são definidas a partir do conceito ou classificação dos “*serviços públicos*”. Neste sentido ver LOUREIRO, Gustavo Kaercher (2011) e ALMEIDA, Fernando Menezes (2012). Neste ponto, deve-se ser destacada, também, a influência do direito norte-americano. Como será visto em capítulo próprio, os autores brasileiros, principalmente a partir de 1940, parecem estar atentos à jurisprudência americana. Tal constatação por ser especialmente verificada em Francisco Campos e Themistocles B. Cavalcanti. Conforme observado acima, Bilac Pinto e Caio Tácito fazem referências constantes à influência que as doutrina e jurisprudências norte-americanas tiveram no Direito Administrativo brasileiro.

<sup>41</sup> Para Marçal Justen Filho (2003, pp. 50-51), não somente a teoria do contrato administrativo, mas a consolidação do próprio direito administrativo estariam ligadas a este debate. Segundo o autor (2003), “*não seria exagero afirmar que o Direito Administrativo moderno foi profundamente influenciado pela evolução do instituto da concessão*”.

<sup>42</sup> Em estudo sobre o tema, Vera Cristina Caspari Monteiro (2012, pp. 33-38) salienta que a teorização pura e simples acerca da *natureza jurídica da*

O primeiro deles é que a teoria sobre a concessão manteve-se fortemente atrelada, com certa exclusividade, à noção de “*concessão de serviço público*”. O segundo sugere que, a partir de uma conotação *universal* de “*concessão de serviço público*”, o conceito se apresentaria fechado: “*é contrato (ponto)*”. Segundo Vera Monteiro (2009, p. 14), não raro, toda e qualquer conclusão elaborada tendo como pressuposto a “*concessão de serviço público*” teria começado, pela doutrina, a ser tomada como válida para todos os contextos em que a palavra *concessão* aparece.

Vale destacar, no entanto, que esta visão naturaliza a concessão como “*contrato*”. Justificando esta até em uma apressada análise do sec. XIX e das primeiras décadas do sec. XX<sup>43</sup> alguns autores, pouco ou

*concessão* (se ato unilateral, se misto de ato unilateral e contrato privado, se contrato público) não encontra sentido na doutrina nacional senão para, a partir de tal teorização, ser afirmada a existência de um regime jurídico especial nas concessões, na visão da autora, típico de direito público. Segundo a autora, tal regime seria aplicado à concessão tendo em vista seu objeto e finalidade: a prestação do serviço público. Para a autora (2012), em matéria de concessão, o estudo acerca da natureza jurídica do vínculo serviria apenas para afirmar certas prerrogativas da Administração concedente. A autora (2012) observa, ainda, que isso ocorre porque para uns, a concessão envolveria a prestação de serviço público e, para outros, um negócio jurídico com o Estado (sob o formato de contrato público ou não). Em ambos os casos, de acordo com a autora, a verificação da natureza jurídica da concessão seria exclusivamente para fins de reconhecimento de efeitos exorbitantes do direito civil. Monteiro (2012) sugere que o principal esforço da doutrina brasileira estaria na construção de argumentos e classificações para afirmar a existência de prerrogativas públicas na concessão. Algumas vezes isso ocorreria, segundo a autora (2012), por meio do objeto e finalidade da avença – prestação de serviço público – e outras, pela análise da natureza jurídica da outorga, a qual, mesmo quando não se reconhece que é contratual, de alguma maneira justificaria o poder regulamentar do Poder Público na relação com o Privado.

<sup>43</sup> Observe-se, por exemplo, a explicação de Marçal Justen Filho (2003b, p. 52) para quem, no Brasil, “*a utilização das concessões remonta à longa data. Verificou-se sua aplicação ao longo do século XIX para a captação de recursos da iniciativa privada, especialmente no tocante à implantação de ferrovias*”. Sua exposição prossegue com uma rápida descrição do itinerário do instituto em três momentos históricos: nas primeiras décadas do século XX, o abandono a partir de 1940 e a retomada nos anos de 1980. No entanto, o autor (2003) deixa de observar, por exemplo, que a técnica concessionária, antes de 1930, era compreendida por meio de contrato tradicional, regido pelo direito privado. Na

nada se atentam ao fato de que, até a década de 1930, a interpretação da concessão como “*fenômeno contratual*” parece ocorrer, exclusivamente, em virtude da legislação e da doutrina da época compreenderem a técnica como “*contrato de direito privado*”.

Tanto para a doutrina anterior a 1930 quanto para os legisladores, parece não existir maiores dúvidas sobre a natureza *contratual (privada)* da concessão. Aparentemente isso ocorre, sobremaneira, porque ainda não há no período maiores debates sobre a questão da natureza jurídica da *concessão*. Como visto, o tema começa a estar presente na doutrina na exata medida em que o Estado tem suas funções (ou responsabilidades) alargadas. Momento este em que teria nascido a necessidade de especificação e substantivação de uma relação jurídica alegadamente estranha aos olhos do direito privado.

De outro lado, quando o assunto *concessão* começa a ser discutido, o centro do debate teórico se fixa exclusivamente na ideia da “*concessão de serviço público*”. Pode-se afirmar, por conseguinte, que o perfil jurídico que o termo *concessão* assume no direito brasileiro está,

---

maneira como o assunto é por ele abordado, para existir uma superfície de continuidade da figura, que ora aparece e ora some, pouco ou nada sendo, na visão do autor, alterada. O itinerário histórico apresentado pelo autor dá a ideia de linearidade. O mesmo pode-se dizer com relação ao trabalho de Vera Cristina Caspari Monteiro (2012), quando a autora lança mão do entendimento de Francisco Campos (1942) para afirmar que não seria de tanta importância para a doutrina a discussão acerca da *natureza jurídica da concessão*. Entende-se, entretanto, que Francisco Campos, quando trabalha, em parecer datado de 1934, a hipótese apontada por Monteiro, está de um quadro em que os juristas, ao que tudo indica, não tinham, ainda, muitas dúvidas sobre os limites da relação jurídica estabelecida entre as partes contratantes. Não parece existir, antes de 1930, maiores inquietações sobre o assunto. Aparentemente porque, como sugere Themístocles Cavalcanti, a ideia de concessão de contrato privado era forte tanto na doutrina quanto na jurisprudência. É válido lembrar, também, o fato de Francisco Campos (1942) ser um jurisconsulto adaptável (SEELAENDER e CASTRO, 2010) que adequava seus pareceres de acordo com o gosto do cliente. Daí que a afirmação da autora (2012), amparada neste parecer de Campos (1942), é frágil. Ao que parece, Campos (1942) sugere que o assunto não tem importância porque, naquele caso, pretende defender uma ideia específica de concessão. Não diferente é o trabalho de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002), em que a Autora consolida “500 anos de Direito Administrativo”, sugerindo uma evolução linear de vários institutos, dentre os quais a “concessão”.

na origem, intimamente relacionado à figura da “*concessão de serviço público*”.

Com efeito, o que parece existir, portanto, no cenário brasileiro é, como observou Vera Monteiro (2009, p. 15), uma história da “*concessão de serviço público*” e não uma genuína história da *concessão* como gênero. Esta constatação não autoriza supor, no entanto, que a construção da ideia teria ocorrido de forma uníssona e sem maiores inquietações teóricas e doutrinárias.

A ilação acima construída leva a um problema: “*quais critérios utilizar para a verificação da natureza das demais formas de concessão, se a teoria se fez na órbita da concessão de serviço público?*”.

Conforme já destacado, o trabalho se preocupa com a delimitação “*natureza jurídica da concessão petrolífera*”. Para fins de averiguação das hipóteses levantadas parece ser imprescindível, portanto, se estabeleça um recorte das formas pelas quais a doutrina brasileira define a natureza jurídica das concessões: *quais são os critérios historicamente utilizados para tanto? Eles estão centrados na relação jurídica estabelecida entre as partes ou no objeto do “contrato”? É possível apresentar um itinerário próprio para esta forma de concessão?*

Tanto em relação às concessões de serviço público quanto no que tange às outras espécies (quando admitidas), grande parte da doutrina brasileira, ao que tudo indica, tendeu a utilizar os mesmos critérios para definir a natureza jurídica dos mecanismos de colaboração entre o público e o privado. No entanto, num primeiro momento, nem todas as espécies (hoje concebidas como “*modalidades de concessão*”) são alocadas na mesma categoria. Neste sentido, veja-se, por exemplo, a “*concessão de uso de bem público*”<sup>44</sup>.

Embora se distingam nitidamente as técnicas concessionárias atualmente consideradas pela doutrina como espécies do gênero *concessão* (serviço público, patrocinada, administrativa, de obra pública

---

<sup>44</sup> Esta constatação pode ser verificada particularmente por meio das publicações até 1960, principalmente com Mário Masagão, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Themistocles Brandão Cavalcanti e Bilac Pinto. É válido destacar desde já a opinião de Themistocles Brandão Cavalcanti sobre a “concessão de exploração petrolífera”. Conforme será visto, o autor (1949) aborda uma conceituação peculiar da concessão de exploração petrolífera, atribuindo a ela natureza distinta da de serviço público e não a caracterizando como contrato.

ou de uso de bem público)<sup>45</sup>, a classificação da natureza jurídica destes institutos, ao longo da história do conceito de concessão, parece não ser a mesma. Segundo Vera Monteiro (2009, p. 27), tal constatação seria refletida na velocidade com que o termo “concessão” é isoladamente empregado para designar, indistintamente e de forma ampla, qualquer *modelo de colaboração entre setor público e setor privado*<sup>46</sup>.

Frente a esta constatação, cumpre buscar o que a doutrina estabeleceu como critério para a definição da natureza jurídica da concessão. Ocorre que este material, por força da imposição teórica que o fundamenta e pela forma como se pulveriza entre redefinições ao longo do tempo, não é encontrado de forma sincrônica. Antes, ele é marcado por dinamismo. Isso também dificulta a análise isolada e estática do tema “concessão”.

Para superar tal problemática, levantamos aqui fontes que indicam como a doutrina jurídica constrói a classificação da natureza jurídica da concessão. Fontes que, de alguma maneira, conseguem demonstrar certa virada conceitual com relação ao conceito pesquisado. A partir da análise do material selecionado, acredita-se ser possível demonstrar como o pensamento jurídico se estrutura a fim de comportar a distinção da concessão em gêneros e espécies, bem como que

---

<sup>45</sup> Neste sentido ver Floriano de Azevedo Marques Neto (2014, p. 351) para quem, silente o contrato e inexistindo lei reitora da concessão específica, seriam aplicáveis as regras gerais atinentes ao instituto da concessão que, segundo o autor, são encontradas na Lei 8.987/95 e correlatas. Para o autor, não somente pode ser aplicado o regime de concessão de serviço público na concessão de uso, como, também, isso seria feito sem muita discussão. Para tanto, o autor invoca o que ele diz ser a opinião de Otto Mayer sobre o assunto, “*que a concessão é uma instituição geral do direito público que tem aplicações em muitos sentidos*”; No mesmo sentido é a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010).

<sup>46</sup> Como será visto adiante, já em 1933, Mário Masagão observava a dificuldade em se identificar o emprego da palavra *concessão*. Segundo o autor, não seria apenas teórico o inconveniente da confusão conceitual sobre o termo. Tal confusão, na visão do autor, teria se “*estendida aos efeitos jurídicos dos diversos institutos, com arbitrárias consequências práticas*”. Este também parece ser o entendimento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1936), para quem muitas legislações confundiriam a *concessão* com a *autorização*, de modo que a palavra *concessão*, por si só, já não bastaria para revelar o *fenômeno*.

reverbera daí para o imaginário jurídico, no que concerne à concessão de exploração petrolífera<sup>47</sup> e a suposta reprivatização do conceito.

O levantamento dos critérios utilizados pela doutrina não almeja determinar qual é técnica mais correta ou mais adequada ao direito brasileiro, visto que, na maioria dos casos, as técnicas adotadas derivam de origens distintas e compreendem momentos distintos. Tampouco é objetivo deste trabalho esgotar toda a literatura acerca do tema. Queremos, sim, sobrevoar e mapear o itinerário da conceitualização da concessão (e seus desdobramentos) nos trabalhos dos autores que, a nosso ver, influenciam o campo.

A verificação dos critérios utilizados pela doutrina auxiliará a observação do itinerário do conceito de concessão como gênero, bem como a identificação dos seus efeitos na concessão de exploração petrolífera. É empreendida, a partir disso, uma investigação para verificar as possíveis transmutações e mudanças que o conceito teria sofrido no decorrer da sua formação e quais fatores – contextuais – aproximam-no (ou o afastariam) da orientação constitucional.

Em que pese, para alguns, a classificação da natureza jurídica das concessões “*possa parecer sem sentido ou já não ter mais razão de ser*” (MONTEIRO, 2012), no caso da concessão (petrolífera), a reflexão sobre esta teorização é relevante. Ao final, a (in)definição da natureza jurídica desta figura pode demonstrar o quanto a previsão do art. 26, *caput*, da Lei 9.478/97 e a interpretação do STF, que a convalida, estão ou não afastadas da Constituição Econômica.

Feitas estas considerações, o próximo item cuida dos critérios utilizados pela doutrina brasileira para fins delimitar a *natureza jurídica das concessões*. Antes, porém, a fim de auxiliar na parametrização do itinerário teórico-conceitual seguido na doutrina nacional, faz-se um breve desvio para situar o lugar de fala da discussão e os principais autores que a articulam.

---

<sup>47</sup> Como será visto em seguida, há uma construção teórica gradativa no sentido de se estabelecer a *concessão* como gênero, a partir do qual se originariam algumas espécies, dentre as quais a “*concessão de uso de bem público*”, na qual se incluiria a “concessão petrolífera” (DI PIETRO, 2014; MENEZES DE ALMEIDA, 2012; NONATO FERNANDES, 1974; MARQUES NETO, 2014).



## 2.2. A teorização do conceito pela doutrina jurídica brasileira (1930-1970)

2.2.1. O lugar de fala da discussão da teoria contratual, seu contexto e atores.

Um breve panorama do contexto e dos atores que ocupam a discussão da teoria contratual da concessão pode ajudar a esclarecer as bases que servem de suporte doutrinário para os autores brasileiros. É mais do que visível, por todo o período acima identificado, a constante referência dos autores brasileiros a determinados autores estrangeiros. Com base nisso, acreditamos ser importante para este estudo, antes de se adentrar do quadro brasileiro propriamente dito, mapear os autores mais citados pela doutrina jurídica brasileira<sup>48</sup> e as principais características do contexto em que a discussão é originada.

As fontes analisadas indicam que dois países parecem ter influência direta na discussão doutrinária brasileira: França e Itália. Os juristas brasileiros estão atentos à produção intelectual destes dois

---

<sup>48</sup> Neste capítulo, cuidamos de desenhar o pensamento de alguns autores fundamentais para a compreensão da teorização brasileira. A escolha destes “atores” se fez a partir do recorte das referências bibliográficas e citações presentes no material pesquisado. Isto é, optou-se por destacar, aqui, o pensamento dos autores mais citados pelos doutrinadores brasileiros nas fontes analisadas. É válido mencionar que não se desconhece a gama de (outros) autores estrangeiros que de uma forma ou outra também influenciaram a construção do direito público brasileiro, notadamente, do direito administrativo. Embora não trabalhados nesta pesquisa, estão também presentes com alguma frequência no discurso dos doutrinadores brasileiros os seguintes autores e as respectivas obras citadas: **Augustin Gordillo** – *Princípios Gerais do Direito Público e Tratado de Derecho Administrativo*; **Eduardo Garcia Enterria** – *Curso de Derecho Administrativo e Revolution Française et Administration Contemporaine*; **Georges Vedel** – *Droit Administratif e Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel*; **Guido Zanobini** – *Corso di Diritto Amministrativo e Le Servizio Privato delle Funzioni e Dei Servizi Pubblici*; **Hector Jorge Escola** – *Compendio de Derecho Administrativo*; **Marcello Caetano** – *Manual de Direito Administrativo*; **Massimo Servero Giannini** – *Diritto Amministrativo e Profili Storici della Scienza del Diritto Amministrativo*; **Maurice Hauriou** – *Précis Elementaire de Droit Administratif*; **Santi Romano** – *Prinipii di Diritto Amministrativo Italiano*; **Rafael Bielsa**, *Tratado de Derecho Administrativo*. E, ainda, **Loaning**; **Paul Laband**; **Georg e Walter Jellineck** e **Ernest Forsthoff**.

países. Isso não impede, entretanto, que alguns juristas busquem, ainda, a fundamentação de suas convicções em outros países, como por exemplo, Estados Unidos, Alemanha ou Espanha. No que diz respeito à natureza jurídica da concessão (de serviço público), a doutrina nacional tende a buscar, em todos os casos, suporte, sobremaneira, na concepção franco-germânica.

A ideia e aceitação da teoria do contrato administrativo ou mesmo da concessão de serviço público como *contrato administrativo* não é, porém, a mesma para estes dois países. Em cada um deles, a construção doutrinária sobre o tema está intimamente ligada à compreensão de Estado (de Direito) e à sua legitimidade. Em verdade, na concepção do direito administrativo que teria seu “objeto” no Estado. Isso pode ser verificado tanto em Otto Mayer, como em Duguit. Com efeito, a doutrina que se estabelecesse para cada país tende a se posicionar de forma diversa sobre o assunto<sup>49</sup>.

A doutrina brasileira, conforme já observado, não tem encontrado maiores dificuldades para aceitar a concepção francesa de contrato administrativo. Não obstante, não o faz de forma uníssona – de maneira que a teoria alemã, que compreende a concessão como ato administrativo também pode deixar sua marca. O processo de teorização do conceito, no Brasil, vai beber destas duas fontes e, a partir daí, parte para criar uma lógica própria, adaptando aquelas vertentes. A natureza da concessão [principalmente a de *serviço público*, como já observado] é delineada a partir da adaptação das correntes estruturadas nestes dois países, ora as distinguindo e ora as confundindo<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Segundo Maria João Estorninho (2012; 2003), seja por razões de necessidade ou pelo contexto político econômico, o fato é que a discussão mais fecunda parece acontecer no ambiente da doutrina francesa, que busca uma concepção pública do contrato, enquanto a teoria alemã teria se fixado, segundo sugerem os franceses, na “rejeição” da figura, por aparentemente não necessitar dela.

<sup>50</sup> Neste ponto, especialmente sobre o caráter de “confusão”, é válido observar que a doutrina brasileira parece seguir um caminho inverso do que ocorre naquele(s) países em que a teoria contratual teria surgido. Aqui, a noção de “*contrato administrativo*” é antes dogmatizada e, somente a partir daí, é objeto de decisões judiciais. Segundo Menezes de Almeida (2012, p. 51), muitos dos institutos trabalhados somente perpetram o campo da legislação quando já revestidos de caráter dogmático. Na França, segundo Menezes de Almeida (2012), a lógica de processamento do conceito foi ao contrário. Ela teria sido forjada concomitantemente pela doutrina e pelo Conselho de Estado, de modo que a dogmatização não teria sido, na visão do autor, tão fechada.

No contexto da França, onde a doutrina do contrato administrativo deita suas raízes, o debate sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público localiza-se na *teoria do contrato administrativo* e, em última análise, na dicotomia entre *direito público* e *privado* reforçada no final do século XIX e mesmo no início do século XX. A narrativa jurídica deste assunto teria nascido no momento em que a doutrina tentou, pela primeira vez, encontrar uma explicação substancial para o dualismo que reside na matéria<sup>51</sup>. Neste mesmo momento, brota o que se denomina “*processo de substantivação do contrato administrativo*”<sup>52</sup>, formando-se os critérios definidores que seriam, a partir de então, aplicados à discussão.

Para Maria João Estorninho (2012), a ideia de associação do particular para o desenvolvimento do *interesse público* teria se desenvolvido na Europa verdadeiramente a partir do século XIX<sup>53</sup>. Segundo a autora (2012), o itinerário da contratação pública pode ser verificado em três momentos distintos, a saber: um momento de “*candura*”, uma fase de “*atrito*” e uma fase marcada pela tentativa de

---

<sup>51</sup> Segundo Maria João Estorninho (2012, p. 135-136) o núcleo original da discussão está na determinação que teria sido imposta pelo legislador em matéria contratual na França pós-revolucionária, em especial na “Lei do pluvioso do ano VIII”, a qual, segundo a autora (2012), afirmava que as questões relativas a bens nacionais vendidos publicamente – em virtude das leis revolucionárias – teriam sido atribuídas à jurisdição administrativa, por questões que se prendiam “*com as circunstâncias da Revolução de 1789*”, em virtude do “*interesse público nacional*” e para garantir a segurança dos adjudicatários.

<sup>52</sup> A expressão é utilizada por Maria João Estorninho (2012) para identificar o processo de “*perseguição do critério único*”, que teria alimentado a esperança de encontrar um critério perfeito que permitisse distinguir, em termos substanciais e de forma inequívoca, os “*contratos administrativos*” dos “*contratos privados da Administração Pública*”.

<sup>53</sup> Outro não é o entendimento de Almiro do Couto e Silva (1997, p. 53), para quem é irrecusável que somente a partir do século XIX teria se desenvolvido e se estreitado a cooperação entre a administração pública e o ente privado. Segundo o autor (1997), teria sido fixado, também neste período, o entendimento de que a cooperação seria estabelecida ordinariamente pela via do contrato, que, segundo o autor, era considerado como instituto do direito privado. Para Couto e Silva (1997), a noção de contrato administrativo, regido pelo direito público, só começa a esboçar-se na França no final do século XIX, de modo que somente se consolida primeiras décadas do século XX. Antes disso, segundo o autor, todo o contrato era visto como de direito privado.

“convivência”. Cada um destes períodos está diretamente relacionado – e somente pode ser completamente entendido quando aproximados – às *funções da administração pública*, à *dimensão orgânica da administração* e às *formas de organização e de atuação por ela adotadas*.

Na primeira fase, de “*candura*”, a Administração Pública aparece no papel de “*nobreza sem fortuna*”, que, impedida de explorar diretamente as suas grandes propriedades, entrega-as em arrendamento para quem melhor as explorasse. Neste caso, os riscos da exploração eram suportados pelas inúmeras vantagens oferecidas (ESTORNINHO, 2012). Este período é marcado pelos grandes investimentos: estradas de ferro, transportes urbanos e iluminação pública (elétrica e a gás). Infraestruturas que demandavam enormes investimentos e que só viriam a dar lucro depois de um longo tempo.

Não haveria, aqui, segundo Estorninho (2012), uma Administração Pública preocupada com lucros – *o que nem sequer era ideia ou desejo na época* –. O objetivo central da Administração seria a de obter fornecimento, obra ou prestação a melhor preço. Para Couto e Silva (1997), o Estado do século XIX não dispunha de grandes recursos, de modo que confiar aos particulares a construção de obras públicas teria sido, sem dúvida, a forma de superar tal problema.

Daí, inclusive, a pouca atenção que a doutrina teria destinado à natureza jurídica da *colaboração*. Assim, a burguesia, animada pelo espírito da *economia*, aplicava aos negócios do Estado que era chamada a gerir a imagem dos seus próprios negócios. No entanto, a ideia de contraprestação pecuniária, segundo Estorninho (2012) vai se tornando progressivamente mais presente.

Em termos jurídicos, nesta primeira fase, vige a célebre distinção entre atos de autoridade e atos de gestão como critério do contencioso administrativo. Os primeiros são situados na órbita do direito público e os outros no direito privado. Com efeito, neste período não há, para os autores citados (COUTO e SILVA, 1997; ESTORNINHO, 2012), maiores dúvidas de que os contratos celebrados pela Administração Pública, independentemente de sua natureza, mereçam ser vistos como atos jurídicos de direito privado, mesmo que a competência de decidir sobre eles coubessem a tribunais administrativos (COUTO e SILVA, 1997).

Para Maria João Estorninho (2003), a distinção (baseada na competência) teria dominado incontestavelmente quase todo o século XIX, com irrestrita aceitação da doutrina. E teria sido, em alguma medida, parametrizada pelo Caso *Blanco*<sup>54</sup> (1873), o qual eleva o *serviço público* a parâmetro delimitador de competências. No entanto, para Ariño Ortiz (1968), é a própria lógica do lucro que acaba trazendo a lume o antagonismo da relação de colaboração estabelecida. Aos poucos, o particular começa a ser percebido como um *adversário*, possuidor de interesses antagônicos aos da Administração Pública.

---

<sup>54</sup> Segundo Sabino Cassese (1994, pp. 55-57), a especialidade do Direito Administrativo, na França, teria sido afirmada, pela primeira vez, com o *arrêt Blanco*. Em resumo, a decisão da questão afirmou a autonomia do Direito Administrativo em relação ao Direito Privado. Para Cassese, ela afirmou a autonomia do juiz administrativo frente ao direito privado. De outro lado, segundo o autor (1994), ela teria enunciado o critério da atribuição da competência do juiz administrativo (o critério do serviço público), que foi retomado posteriormente pela escola de Leon Duguit e Gaston Jèze. No caso, o recorrente pedia ao Tribunal Civil a aplicação dos arts. 1382 e 1383 (Livro III, Título IV) do Código Civil napoleônico, os quais dispunham, respectivamente “*qualquer ação do homem que causa dano a outro, obriga o que o cometeu ao seu ressarcimento*” e “*todos são responsáveis pelos danos cometidos não só por sua atividade, mas também por sua negligência e imprudência*”. Blanco teria dirigido seus pedidos ao Tribunal Civil de Bordeaux, no entanto, o “prefeito do Departamento da Gironda” apresentou um memorial declinando da competência. Em resposta, o Tribunal deu ao prefeito decisão negativa, afirmando a competência. Frente a esta decisão, o prefeito adotou um “*arrêté de conflict*”, com efeito de paralisar o Tribunal e submeter a questão de competência ao Tribunal de Conflitos (órgão particular do ordenamento francês, composto por Juizes do Conselho de Estado e do Tribunal de Cassação, e que é chamado a resolver conflitos entre juizes ordinários e juizes administrativos. Este órgão foi criado em 1848, suprimido em 1851, tendo sido reestabelecido definitivamente em 1872). Em análise, o Tribunal de Conflitos confirmou a posição do prefeito. Em resumo, a decisão afirmou, no que diz respeito à competência, que o princípio de não intromissão dos juizes ordinários em assuntos administrativos era um princípio constitucional, que indicava que estes juizes eram radicalmente incompetentes para conhecer todas as questões nas quais estivesse implicada uma Administração Pública e o exercício de um *serviço público*. A propósito do tema responsabilidade, o Tribunal entendeu que ela não poderia ser geral ou absoluta, em razão da grande variedade dos serviços públicos.

Inicia-se, assim, a fase de “*atrato*”. Embora não raros os desentendimentos entre a Administração Pública e o Particular, a suposta harmonia da associação colaborativa entre estas partes é rompida em termos definitivos após a Primeira Guerra<sup>55</sup> (JÈZE, 1921; COUTO e SILVA, 1997). A ideia de lucro desenfreado era frequentemente colocada em prática por meio do mecanismo da rápida *recuperação dos investimentos*. Quanto mais depressa possível os investimentos fossem recuperados, maior seria o lucro. Para tanto, a manutenção dos empreendimentos era sucateada. Tem origem, também nesse ponto, a teoria da imprevisão.

Frente a este contexto, o descontentamento do setor público era visível. A Administração Pública encontrava-se impossibilitada de forçar adaptações. Segundo Estorninho (2012) começa a se tornar perceptível que as cláusulas previamente fixadas em contrato não permitiam exigir sua alteração e, por conseguinte, a adequação do empreendimento a novas e melhores técnicas. A partir disso, a doutrina desloca a atenção da *competência* para a *causa*, provocando, assim, uma reflexão contínua acerca da distinção substancial e material do *contrato administrativo*.

A preocupação que marca este período é a tentativa de encontrar uma maneira de contornar as cláusulas originais do contrato e de adaptá-las à nova realidade vivenciada. Isto é, de reconhecer determinadas prerrogativas ao Estado, dentre as quais a de *modificação unilateral* do contrato para afeiçoá-lo ao *interesse público*, sem prejuízo das compensações financeiras em favor do particular contratante (COUTO E

---

<sup>55</sup> Soma-se a tudo isso o fator econômico. Segundo Gaston Jèze (1921) e Couto e Silva (1997), após a Primeira Guerra, a Europa experimenta um período de instabilidade econômica e monetária, com implicações imediatas, o qual fez com que os concessionários se vissem em dificuldades para continuar prestando os serviços a que estavam vinculados, os quais, por sua vez, não poderiam ser interrompidos. De acordo com o panorama traçado por Gaston Jèze (1921, pp. 175-214) sobre o período, a França teria saído vitoriosa da primeira guerra. No entanto, segundo Jèze, ela teria emergido economicamente debilitada. Para o autor (1921), nenhuma das nações beligerantes derramou tanto sangue quanto a França. De uma população de aproximadamente 39.000.000 habitantes, a França teria perdido 1.500.000 e alcançado quase este mesmo número de mutilados. As regiões Norte e Leste, as mais industrializadas e ricas, teriam sido igualmente devastadas.

SILVA, 1997)<sup>56</sup>. É exatamente nesta quadra da história que se reforça a necessidade de formatação jurídica da *ideia de concessão*.

A rigidez das cláusulas contratuais acaba por se desvelar como um óbice para o interesse público, exigindo da Administração Pública uma postura mais ativa. Conforme sugerem Estorninho (2012) e Couto e Silva (1997), o *contrato privado* torna-se gradativamente menos adequado aos interesses (públicos) em jogo. A partir daí, concebe-se o regime jurídico *exorbitante*<sup>57</sup> (em relação ao direito privado), por meio do qual são reconhecidos determinados poderes de autoridade à Administração Pública, especialmente no que diz respeito à execução do contrato. Aos poucos, pondera Maria João do Estorninho (2012), a Administração Pública teria percebido que pôde ter feito um mau negócio, inclusive do ponto de vista financeiro.

O conflito de interesses que remanesce nesta fase estimula a busca de um novo equilíbrio. Ao mesmo tempo em que se afigurava um mau negócio, a colaboração com a iniciativa privada era, também, um *mal necessário*. É assim que no século XX, em meados da década de 1930, verifica-se a alteração profunda das relações entre Estado e os particulares, no sentido de ultrapassar a fase de “*atrito*” e se avançar para o quadro de “*colaboração*”. Para Maria João Estorninho (2012) existiria neste ponto de transição, também outro fator: a transposição do Estado Liberal para o Estado Social.

O período de *colaboração* tem como marca o alargamento da configuração jurídica contratual. Opera-se uma forte mudança de conceitos e paradigmas a fim de se reestruturar a atividade contratual, voltando-a para o *interesse público*. O *interesse público*, porém, agora

---

<sup>56</sup> Não se pode ignorar que esta necessidade está diretamente atrelada ao aumento da demanda e do uso das infraestruturas empreendidas. A propósito do assunto, Maria João Estorninho (2012) observa que a Administração se via altamente pressionada pelos utentes dos serviços, os quais já não aceitavam a ideia de se encontrarem dependentes da boa vontade do concessionário.

<sup>57</sup> Couto e Silva (1997) sugere que, com o enfraquecimento da economia, teria se tornado constante a participação do Estado (concedente) para fins de *auxílios financeiros temporários*, a fim de evitar a paralização dos serviços. Cumpre igualmente observar o aumento de intervenção do Estado na economia e na infraestrutura por motivos bélicos e de guerra. Sobre este ponto vide, especialmente, Fábio Konder Comparato (1965) e Michael Stolleis (2004).

parece mais amplo<sup>58</sup>, haja vista que articulado como Estado Social. É característica deste período, por exemplo, a alteração dos processos de escolha dos contratados, bem como a modificação da redação básica dos contratos, que passam a ter caráter sancionador e intimidador mais contundente.

Não obstante, para além disso, este momento é também marcado pelo alargamento da própria função de Estado. O advento do Estado Providência traz consigo a maior e mais eficiente prestação de bens e serviços aos administrados (ESTORNINHO, 2012). Segundo a autora (2012), tudo isso teria implicado e justificaria não somente a reconfiguração dos contratos, com o aumento das regras jurídicas que os perfectibilizam e os regulam, mas, também, o “acelerar” o crescimento da máquina administrativa.

A maior presença do Estado na realização de serviços antes centrados somente nas mãos dos particulares traz consigo o fenômeno da “*fuga para o direito privado*”<sup>59</sup>. A pouca maleabilidade das cláusulas

<sup>58</sup> Sobre o conceito de interesse público e sua evolução ver Maria Sylvia Di Pietro (2010b) e, ainda, Humberto Ávila (2001).

<sup>59</sup> A expressão “*fuga para o direito privado*” é tomada em dois sentidos. Conforme observa o Almiro Couto e Silva (1997), a expressão teria sido originariamente utilizada por Fritz Fleiner (*die Flucht in das Privatrecht*), na obra *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, datada de 1928. Segundo Couto e Silva (1997), a expressão, como empregada por Fritz Fleiner, quer descrever a “*publicização do privado*” e não, como pode se querer interpretar à primeira vista, “*privatização do público*”. Na década de 1990, a expressão é retomada pela autora portuguesa Maria João Estorninho (2012; 2003; 1999), principalmente na sua obra “*Fuga para o Direito Privado*”, porém, com uma conotação diversa. A partir da constatação de certa confusão das fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado, a autora (1999, p. 159) observa que a “*fuga do direito administrativo para o direito privado*” revela-se na medida em que em o Direito Público está a se privatizar ao introduzir esquemas conceituais do Direito Privado. Para a autora (1999, p. 160), a grande vitória da doutrina seria, numa era de grandes incertezas e a propósito de temas cujas fronteiras não estão bem definidas, conseguir constatar e tomar consciência da necessidade de “*evitar tal fuga*”. As fontes analisadas para este trabalho indicam que, no Brasil, existe uma forte tendência do uso da expressão pela doutrina contemporânea. Especialmente em trabalhos que defendem a entrega total da prestação dos serviços públicos ao particular, sob o argumento de ineficiência do Estado. Os autores, no entanto, sugerem uma conotação positiva da “*fuga para o direito privado*”.



contratuais para atender os anseios do *interesse público* faz com que se inicie uma tentativa de configuração do *contrato administrativo* e de utilização de outros mecanismos do direito privado como, por exemplo, a criação de Empresas públicas.

Neste modelo, a nota característica é a intervenção do Estado no domínio econômico e social. A ampliação das tarefas do Estado, por sua vez, exige que o Poder Público se torne mais ágil, provocando, assim, a busca por outros e novos mecanismos que permitam sua atuação mais rápida e eficaz (COUTO e SILVA, 1997). Estes mecanismos são encontrados, com alguma frequência, no *direito privado*.

Subjaz, também nesta quadra, a ideia de que, “*se o Estado concedia serviços a particulares e tinha, ainda, que socorrê-los, por que não prestar por si mesmo estes serviços?*”. Assim, muitas vezes, os modelos estatais optam por constituir, por meio do emprego de técnicas de descentralização, pessoas jurídicas de direito privado destinadas à execução dos serviços antes delegados a particulares.

Segundo Couto e Silva (1997), este mesmo momento coincidiria com o início do declínio das *concessões*. Para o autor (1997, p. 57), esta mudança, segundo ele, estrutural teria provado, também, efeitos no plano teórico-jurídico. A vinculação da ideia de contrato administrativo a um *serviço público*, por mais estreita que fosse, não era mais suficiente para qualificar a natureza dos atos praticados naquelas condições.

É neste ambiente que, segundo Estorninho (2012), elabora-se, na França, uma sofisticada *teoria do contrato administrativo*. Para a autora (2012, p. 135), referida teoria teria tido origem no momento em que a doutrina tentou encontrar uma explicação substancial e um equilíbrio para o dualismo, segundo Estorninho, até então meramente processual e que havia sido imposto pelo legislador em matéria de contrato administrativo.

Para a autora (2012, p. 152), teriam sido também estabelecidos neste período os critérios básicos do regime jurídico aplicável ao contrato administrativo. A partir daí, segundo Estorninho (2012), a tendência é a polarização da doutrina, numa dicotomia infundável que até hoje não encontrou um ponto fixo, deixando de ter uma conclusão determinante.

A releitura do contexto permite verificar, portanto, que a discussão sobre a natureza jurídica das relações estabelecidas entre a Administração Pública e os entes privados articula-se num ambiente de constante alteração das estruturas econômico-estatais. Por conseguinte,

o itinerário do discurso jurídico, nos três períodos acima evidenciados (*candura, atrito e colaboração*), faz-se pela constante ampliação e realocação do Direito Administrativo e do Direito Privado.

Juridicamente, a teorização do conceito de *concessão*, na França, mostra-se intimamente ligada à própria evolução conceitual da concepção de *serviço público*. Segundo André de Laubadère (1957, p. 569), em cinquenta anos, a teoria da concessão havia se alterado profundamente desde sua origem. A razão principal desta mudança estaria no fato de que o direito francês não havia reconhecido imediatamente o lugar que o conceito de serviço público e as consequências daí resultantes deveriam ocupar na teoria da concessão. Laubadère (1957) salienta que os juristas franceses não perceberam de imediato que a concessão poderia estar relacionada unicamente à operação de um *serviço*.

No século XIX, afirma, a concessão era, ainda, basicamente concebida como forma e nomenclatura de “*concessão de obras públicas*” – “*concession de travail public*” – a qual consistia na construção de infraestrutura. No entanto, já no final do século XIX, com o desenvolvimento das ferrovias, distribuição de gás e eletricidade, com alguma frequência, a concessão emerge como referência não só à construção de infraestrutura, mas também à operação do serviço público correlato. É somente no início do século XX que os juristas compreendem melhor que pode haver uma *concessão de serviço público* afastada da concessão de obra ou trabalho público.

Por outro lado, salienta o autor (1957), os doutrinadores franceses tiveram dificuldades para perceber todas as consequências impostas pela ideia de serviço público. A concessão era vista como “*convenção*”, no sentido de “*acordo*” entre a Administração Pública e o particular<sup>60</sup>. Ao assim ser percebida, a concessão cuidava de dinamizar a ideia de contrato, por meio do qual as partes estariam aptas a disporem livremente sobre o objeto contratado. Para Laubadère (1957), o projeto concessionário, pensado desse modo, acomodaria muito mal os

---

<sup>60</sup> André de Laubadère (1957) observa que o ato jurídico, que é a base da concessão, aparece no contexto francês com um acordo, uma convenção entre a administração pública e o concessionário particular. As disposições deste acordo, segundo o autor, estariam contidas em documento próprio, o qual comportaria os termos da concessão. Para o autor (1957), é este ato jurídico que sofre reinterpretação constante e que, pelas mãos da doutrina, quer alcançar identidade própria para sua natureza.

requisitos adstritos à ideia do serviço público. A partir desta constatação, a noção conceitual de concessão, segundo o autor (1957), teria sido gradativamente revisitada pela doutrina, tanto com relação à sua *natureza jurídica*, quanto ao regime que a institui.

Colhe-se da experiência francesa, portanto, que a revisão da concepção teórica contratual da “concessão de serviço público” está diretamente relacionada em seu núcleo, com a mutação da noção conceitual de “*serviço público*”. Não seria açodado afirmar que é o redimensionamento do conceito de serviço público que, entendido como *objeto* da concessão, vai dar a esta identidade particular, alterando, com isso, a própria natureza jurídica da técnica concessionária. Tudo isso, observe-se, para que o regime do instituto e as regras daí refletidas pudessem ser expressadas juridicamente de outra forma – *de modo específico*.

Segundo Laubadère (1957, p. 569), frente a este contexto, a doutrina administrativa francesa vai expressar as seguintes provocações: “*este acordo, constituído como ele é, nas bases da contratação pública (marchés administratifs)* <sup>61</sup>, *pode ser percebido como um contrato?*” e “*É a concessão de serviço público, como a de “marche de travaux publics”, um contrato administrativo?*”. Para o autor (1957) é na busca de respostas para estas indagações que residem os pilares jurídicos da teoria francesa da concessão de serviço público. Por conseguinte, a partir daí, desvela-se, também, a definição dos critérios definidores da *natureza jurídica* da concessão.

Ao tentar equacionar a tensão básica existente no núcleo *contrato versus interesse público de organização do serviço prestado*, a teoria francesa vai se opor fortemente à ideia de contrato (privado). A crítica e o abandono da teoria tradicional e privatista do contrato são formatados

---

<sup>61</sup> Na terminologia francesa, utiliza-se o termo “*marche public*” para indicar as contratações administrativas pelas quais a Administração obtém de um terceiro a prestação consistente em fornecer bens ou executar obras ou serviços. De acordo com Marçal Justen Filho (2003, p. 16), não seria cabível traduzir a expressão “*marche public*” por “contrato administrativo”. No francês existe a expressão “*contrato administrativo*”, a qual é utilizada como gênero, abrangendo inclusive um espécie que é identificada através da denominação *marché public*. Frente a estas observações, o autor (2013) sugere se utilize a tradução “*contratação (ou negociação) pública*”. A explicação para isso é que o termo “*marché*”, em francês, significa não apenas “*mercado*”, mas, também, “*negociação*” ou “*contratação*”.

por grandes juristas do direito administrativo francês – como Maurice Hauriou, Léon Duguit e Gaston Jèze (LAUBADÈRE, 1957), figurando Duguit, talvez, como o mais duro crítico. Menezes de Almeida (2012) sugere que o questionamento da recepção da concessão como elemento contratual, derivado destes doutrinadores, pode ser lido como forma de relativização do sentido individualista do contrato, em uma abertura para sua identificação substancial.

Léon Duguit (1859-1928) é conhecido pela compreensão da noção material de serviço público, arquitetada em torno da Teoria do Estado. Duguit busca compreender o Estado e suas funções em posição contraposta ao método jurídico alemão, exclusivamente jurídico. Amparado na ideia de *solidariedade social*, o autor busca legitimar o Estado, em última análise, por sua finalidade: *a prestação dos serviços públicos para fins de realização da interdependência social*. Em linhas gerais, para este autor, a natureza do contrato estaria, assim, afetada pelo mesmo critério da finalidade: *a função de servir do Estado*.

Para Duguit (1999, p. 23), o sistema jurídico não teria outra razão de ser se não a de estabelecer e sancionar regras que assegurassem a satisfação das necessidades que se impõem aos homens em uma dada sociedade, num certo momento. O sistema jurídico, para Duguit (1999, p. 23), nada mais é do que o produto daquelas necessidades. Daí que, para este autor (1999, p. 27) a noção de serviço público substituiria o conceito de soberania como fundamento do Direito Público.

O direito público, segundo Duguit (1999, p. 37), seria um conjunto de regras que determinam a organização dos serviços públicos e asseguram seu funcionamento seguro e regular. A concepção da “concessão”, para este autor, é formada a partir deste pensamento. Ela seria um instrumento, “ato complexo”, vinculado, portanto, ao próprio fundamento do Estado.

No que concerne à teoria da concessão, Menezes de Almeida (2012) chama a atenção para a análise jurídica do papel da *autonomia da vontade* como força criadora do direito presente em Duguit<sup>62</sup>. De acordo com o autor (2012), a teoria do contrato administrativo teria afetado diretamente os princípios tradicionais do direito dos contratos (privados), diminuindo consideravelmente seus aspectos jurídicos

---

<sup>62</sup> A propósito dos temas do tema “autonomia da vontade” e “possibilidade do contrato administrativo”, Fernando Dias Menezes de Almeida (2012), aponta o debate havido entre Hans Kelsen e Leon Duguit durante os anos de 1926-1930, na *Revue du Droit Public* francesa.

firmados. Em especial, teriam sido afetados a ideia de partes *iguais*, dotadas de liberdade para pactuar, e o caráter individualista ali presente. O objetivo de Duguit, segundo Menezes de Almeida (2012), seria o de evidenciar distinções, tentando não aplicar a palavra *contrato* a atos que não o fossem.

De modo sucinto, a teoria seguinte ao pensamento de Duguit traz consigo uma acentuada distinção entre *ato* e *contrato*. Esta distinção, segundo Menezes de Almeida (2012), teria sido situada na diferenciação entre *situações jurídicas objetivas* e *subjetivas* e indicaria a pormenorização de três espécies de ato: *ato jurídico*, *ato regra* e *ato subjetivo*. Neste contexto, as cláusulas regulamentares da concessão seriam *ato-regra*, os quais corresponderiam a atos praticados com a intenção de produzir uma modificação nas regras do Direito.

A partir desta compreensão, estariam excluídos do conceito de contrato, segundo Duguit, os casos em que as *declarações de vontade fossem relacionais*. Isto é, declarações que estivessem voltadas aos mesmos objetos ou à mesma finalidade, bem como situações em que não se caracterizem as figuras de credor e devedor (ALMEIDA, 2012, p. 87).

Parece ser importante observar que a teoria de Duguit surge, segundo André de Laubadère (1957) num momento em que, para este autor, seria difícil conceber a ideia de que um *acordo* bilateral pudesse ser algo diferente do que um contrato. A concepção convencionalista da natureza da concessão – *não atenta à noção mais ampla de serviço público, até mesmo porque esta era ainda quase inexistente* – acaba mascarando o objeto *serviço público*. Isso explicaria, na visão de Laubadère (1957), o motivo da “*concessão*” ter sido percebida como um contrato puro, concebido para comportar a delegação do Poder Público ao particular e para cobrar tarifas dos utentes.

Segundo Laubadère (1957, p. 570), a doutrina não tinha dúvidas, entretanto, de que a concessão, assim pensada, incluía uma característica especial: “*a organização dos serviços em benefícios dos usuários, com o estabelecimento de direitos para eles*”. Não obstante, a teoria contratual clássica teria tido, na visão do Laubadère (1957), dificuldades para explicar a relação entre os usuários e a concessionária e da concessionária com o concedente. Quando havia a necessidade de previsões específicas, em prol dos interesses dos usuários, constata Laubadère (1957), era quase como “*deformação contratual*”, haja vista que era preciso estipular “*cláusulas específicas*”, nomeando-se terceiros beneficiários (perante o contrato).

Por outro lado, segundo Laubadère (1957), as relações entre o concedente e o concessionário não podiam ser consideradas como relações contratuais puras, uma vez que seu objeto não era comum. O objeto do ato jurídico convencional de acordo restringia-se à própria organização e funcionamento do serviço público *concedido*, sobre o qual a Administração Pública deveria manter o controle, estabelecendo as regras do serviço.

Segundo Laubadère (1957), tornou-se claro para a doutrina que o objeto da convenção, assim concebida, não era passível de ser *contratado*. A mesma Administração Pública que convocava o particular para prestar o serviço, não estaria, em última análise, autorizada a contratar (na acepção mais rigorosa do termo) com ele. Por outro lado, a teoria do contrato administrativo não era apta a legitimar que a Administração Pública impusesse unilateralmente ao concessionário modificações contratuais exigidas pelo interesse público.

Mesmo assim, permanece na concessão de serviço público um dado que não existe nos contratos administrativos: *o objeto do ato de concessão*. Para Laubadère (1957), o objeto da concessão (a própria organização do serviço) vai além do âmbito contratual normal. Ao abarcar também as relações entre concessionário e concedente, ele se estende até a articulação do próprio interesse público envolto à matéria, na medida em que a organização dos serviços públicos é de competência unilateral e exclusiva da Administração Pública. A transformação do direito de Duguit, portanto, está também presente na ideia de concessão. É, pois, a complexidade e as transformações da noção de serviço público que, na sua visão, dão o enredo da noção conceitual de concessão.

Em Gaston Jèze (1869-1953), discípulo de Duguit, é possível verificar a busca de uma solução mais técnica para o problema<sup>63</sup>. Jèze adota o que pode ser definido como um caminho do *meio* entre a teoria de Lèon Duguit e o método jurídico alemão (de resistência em adotar o contrato administrativo). Para Jèze (1959), o Direito Administrativo seria concebido como o conjunto de regras que comportariam e dariam existência aos serviços públicos. Nesta função, a administração, na visão de Jèze (1949, p. 91), poderia se valer, inclusive, da faculdade de recorrer a procedimentos do Direito Privado.

---

<sup>63</sup> Veja-se, por exemplo, “*Les Principes Généraux du Droit Administratif*” (1949), em que o Gaston Jèze dedica um tópico para observar a importância da técnica jurídica.

Com efeito, a prestação do *serviço público*, segundo o autor (1959), não deixaria de ser a finalidade do Estado, requerendo, por isso mesmo, um regime jurídico apto para tanto. Em verdade, em Jêze (1959), o *serviço público* é o elemento que justifica a adoção de um regime especial pela Administração Pública: o regime jurídico de Direito Público. A distinção da *concessão* como contrato administrativo parece ser a maneira que o autor encontra de vincular o serviço público a um regime jurídico próprio. Com isso, o conceito de concessão e sua definição jurídica estariam, na visão deste autor (1959), adstritos à prestação de um *serviço público*.

No entanto, por outro lado, somente os contratos que tivessem por finalidade o funcionamento de serviço público poderiam, segundo Jêze (1959, p. 16) ser tratados como contratos administrativos propriamente ditos<sup>64</sup>. Para Gaston Jêze, (1959), estariam excluídas da categoria *contrato administrativo*, portanto, *as outorgas de utilização bem público*, as quais derivam para ele de simples *ato administrativo*.

Da doutrina alemã, as fontes analisadas invocam com mais frequências os trabalhos de Otto Mayer (1846-1924) e Fritz Fleiner (1867-1937)<sup>65</sup>. Em linhas gerais, os trabalhos destes autores estão centrados na negativa de existência do contrato administrativo<sup>66</sup>. No entanto, ao que tudo indica, não se trata de uma rejeição sem

<sup>64</sup> Na concepção do autor: “*unicamente os contratos relacionados com o funcionamento mesmo dos serviços públicos podem ser contratos administrativos propriamente ditos, submetido a regras especiais de direito público, e que as vezes, quando se dão circunstâncias excepcionais que transforma por completo a economia do contrato, importam a teoria da imprevisão [...]*”.

<sup>65</sup> Ainda que pouco citados, fazem parte deste cenário, Georg Jellineck e Paul Laband. De acordo com Maria João Estorninho (2003) estes autores representariam uma corrente que, na sua visão, não negar a teoria do contrato público. A autora (2003) observa que Laband considerava como exemplos de contratos públicos o provimento e o próprio ato de naturalização, enquanto Jellineck aceitava simultaneamente quer a existência de contratos jurídicos-públicos, quer a teoria das novas figuras de atos administrativos bilaterais e de sujeição.

<sup>66</sup> Maria João Estorninho (2003;2012) observa que, no caso alemão, não existiria “rejeição do contrato jurídico-público”. Mas, tão somente ausência do que ela denomina “*necessidade*”. De acordo com a autora, não se trata da teoria alemã que nega o contrato “*não aceitar o contrato administrativo dos franceses*”, mas sim, de, aparentemente, o contexto alemão não demandar tal necessidade.

fundamentos. Mais do que isso, o tema, tanto em um quanto em outro autor, está ambientado na ideia de um direito administrativo peculiar que orbita ou ele mesmo é parte da esfera do Estado.

A doutrina alemã que deixa de validar a teoria contratual o faz em razão da percepção distinta sobre uma ideia que não teria, para autores que a compõe, ao menos imediatamente, relação com o contexto econômico em que estavam situados. A ideia de contrato administrativo tampouco parece fazer sentido num ambiente marcado pelo esforço de compreender o direito administrativo como disciplina autônoma tanto do direito constitucional quanto do direito civil. Maria João Estorninho (2003) sugere como fator decisivo da “rejeição” o fato de que haveria considerável distinção entre o contrato administrativo francês e o contrato de direito público alemão (“*öffentlich-rechtlich Vertrag*”)

A concepção que deriva do contexto alemão, em comparação à francesa, exige que se aponte uma distinção central. Na França, como se observou, a discussão do contrato administrativo está ambientada numa (re)absorção e, conseqüente, adequação do instituto do direito privado no domínio do direito público. Na Alemanha, o debate do contrato jurídico-público, segundo Michael Stolleis (2001, pp. 373-446) é mais bem visualizado quando compreendido dentro do ambiente de esforço de criação do direito administrativo como disciplina autônoma. O que ocorre, segundo o autor (2001), no contexto de construção do Estado de Direito. Otto Mayer e Fritz Fleiner seriam, para Stolleis (2001) personagens centrais deste último debate.

De acordo com Maria João Estorninho (2012, p. 167), é possível identificar dois momentos distintos na evolução do modelo alemão de contratação pública: *a fase tradicional*, marcada essencialmente pela negação de admissibilidade do contrato-jurídico público, e uma fase posterior à Lei do Procedimento Administrativo (VwVfG)<sup>67</sup>, de 1976, que autorizaria a Administração Pública a optar pela figura<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> “*Verwaltungsverfahrensgesetz*” – “Lei do Processo Administrativo”.

<sup>68</sup> A relação entre a teoria francesa e a teoria alemã aparentemente fértil. Para evitar desvios, deixa-se de aborda-la, aqui, com mais profundidade. Ainda assim, a propósito do assunto, vale mencionar, mais uma vez, o entendimento de Maria João Estorninho (2012; 2003), para quem a teoria francesa teria pecado por preconceito, na medida em que teria dado menor relevância aos contratos privados. Para a autora (2003), este preconceito teria gerado uma falsa percepção de que a Administração alemã atuava, sobretudo, através de prerrogativas de autoridade. Segundo Estorninho (2003), a percepção francesa



Segundo a autora (2012), a negativa de existência do contrato administrativo na Alemanha se dá por um único motivo: *a desnecessidade*. Maria João Estorninho (2012; 2003) sugere que a Alemanha não teria seguido o mesmo itinerário decorrente de uma tentativa de ruptura com o passado e, conseqüentemente, de criação de um direito administrativo com regime jurídico próprio, característica que, segundo a autora, teria sido herdada da Revolução Francesa<sup>69</sup>.

Michael Stolleis (2001, pp. 398-399) sugere que o reconhecimento da figura do contrato de direito público, na Alemanha, somente teria sido alcançado após maiores dificuldades. Para o autor (2001), o uso desta figura no direito administrativo teria sido bloqueado por vários impedimentos. Stolleis (2001) indica dois grandes fatores de dificuldade. O primeiro deles, segundo o autor, estaria relacionado ao fato de que a doutrina do direito alemão, em razão da necessidade de criação do Estado de Direito, após a Revolução de 1848, já teria distinguido a figura do Estado que exercia soberania, circunstância que simplesmente excluía a possibilidade de realização de um pacto entre o Estado e o cidadão.

Segundo Stolleis (2001), o Estado, no qual estavam concentrados todos os direitos de soberania, na visão da doutrina, figurava acima do cidadão, de modo que o nível contratual era visto como inapropriado. Além do que, sugere o autor (2001), o Estado liberal, concentrado na defesa contra o perigo, podia se satisfazer com os comandos de ordem pública.

Para Stolleis (2001), consta ainda como fator do afastamento da teoria contratual, o fato de que o termo “contrato” era, na visão da

---

de encarar o sistema alemão cuidaria, em verdade, de uma forma superficial de encarar o “sistema alemão de contratualização administrativa”.

<sup>69</sup> Para Estorninho (2003; 2012) o contrato administrativo não representou o tal “sinal de modernidade” que teriam vendido os franceses. Na visão da autora, ao contrário, ele corresponderia a uma invenção da doutrina francesa para encobrir o recurso pela Administração a técnicas autoritárias, em áreas onde tal lhe costumava ser vedado. Segundo a autora (2012, p. 167-169), a ideia de contrato administrativo teria surgido quando a Administração começou a se sentir “espartilhada” nos esquemas contratuais rígidos do Direito Privado, nos quais não podia se mover a bel-prazer, nem podia, nomeadamente, alterar as cláusulas ao sabor das variações do interesse público. Estes problemas, observa a autora (2012), não mais podiam ser resolvidos nos termos tradicionais do Direito Privado.

doutrina, uma categoria central do direito civil. Segundo o autor (2001), a jovem disciplina do direito administrativo, no seu esforço de se emancipar também do direito civil, teria incorporado o termo em seu vocabulário de modo muito relutante. De acordo com Stolleis (2001, p. 398), seriam estas as razões que teriam levado Otto Mayer, por exemplo, a se posicionar contra o “contrato-jurídico público”. Soma-se a isso a forte argumentação de que tal forma de contratação não tinha embasamento legal que pudesse justificar sua validade (STOLLEIS, 2001, p. 398).

Escrevendo em 1888, Otto Mayer defende que o centro da vida administrativa é o *ato administrativo*, o qual, como manifestação da vontade do Estado e de suas prerrogativas, é unilateral. Paralelamente, o autor entende que o *Contrato* não faria sentido no Direito Público, principalmente em razão da desigualdade entre as partes e do fato de que ele pressuporia a comercialização de coisa pública (interesse público) – bem jurídico insuscetível de ser negociado. Segundo Estorninho (2003; 2012), para Otto Mayer, “*o Estado só manda unilateralmente*”, de modo que o contrato, para este autor, seria uma “*forma repugnante à própria essência do Direito Público*”.

A visão de Otto Mayer (1950) sobre o contrato administrativo, pode-se dizer, parece ser reflexo direto da sua “noção de administração”. Segundo o autor (1950, p. 4-5), o estudo do direito administrativo encontra seu objeto no Estado, o qual se apresenta no mundo jurídico sob diferentes pontos de vista. O direito administrativo, para ele, corresponderia a um ponto de vista. Para Otto Mayer (1950, pp. 4-5), o Estado submetido à figura de uma Constituição é visto um “Estado Constitucional”, de modo que o conjunto de regras que servem para formar este modelo de Estado, corresponderia ao “direito constitucional”. Deste ponto de vista, para o autor, o direito administrativo, em sua integridade, dependeria das divisões do poder soberano que estabeleça o direito constitucional.

Aparentemente há, para Otto Mayer, uma vinculação clara e forte do direito administrativo com a ordem jurídica constitucional. Segundo Otto Mayer (1950, p. 22), o direito administrativo seria o “direito público da própria administração”. Para o autor (1950, p. 22), a ciência do direito administrativo teria tido sua origem “em baixo do que se professava em nome do direito do Estado (*Staatsrecht*)”. Haveria, para Mayer (1950, p. 68), um fundamento histórico para tanto: a transposição do “Estado sob o poder de polícia” para o “Estado sob o regime de direito (*Rechtsstaat*)”. Segundo o autor, o que havia de novo, na

sucessão de um modelo para o outro, é que o poder soberano do “rechtsstaat”, teria recebido uma organização específica.

Está presente em Otto Mayer (1950) a ideia de que o Estado se submete ao Direito Civil independentemente de expressa previsão legal, sempre que se encontre em situação de igualdade em relação aos particulares. Com efeito, as situações de desigualdades é que seriam abrangidas pelo direito administrativo. A *concessão de serviços públicos*, portanto, nada teria de *contrato*. Ao contrário, ela é compreendida como *ato administrativo* que cria direitos. Ariño Ortiz (1968) sugere que, neste ponto, a influência de Otto Mayer tenha sido decisiva, por muito tempo, na doutrina alemã.

Não diferente disso é o pensamento de Fritz Fleiner (1867-1937). Para Stolleis (2001, p. 396), Fritz Fleiner teria aprofundado o ponto de vista liberal em suas obras, no sentido de priorizar a proteção legal do cidadão, assim como teria modernizado os conceitos utilizados por Otto Mayer. Menezes de Almeida (2012) sugere que, para Fritz Fleiner, a ideia de contrato deveria supor partes iguais, de modo que suas vontades tivessem igual valor jurídico, o que não ocorreria nas relações jurídicas de direito público. Assim, para Fritz Fleiner, na maioria dos casos em que se estava a falar de *contrato de direito público*, estava-se, em verdade, a falar de *ordens unilaterais cuja legitimidade está sujeita ao consentimento do interessado* (ALMEIDA, 2012).

Para Fleiner (1933), assim como a constituição representa no Estado o “elemento estável”, na administração, ao contrário, o Estado se manifestaria em atividade. Daí que é possível verificar neste autor uma proximidade à linha de raciocínio de Mayer, haja vista que ambos pensam o direito administrativo a partir do *rechtsstaat*. Está presente, ainda, em Fleiner (1933, p. 38) a ideia de um direito administrativo tem a função de determinar “direito e deveres” e de “regular relações” entre o Estado e “seus súditos”.

Segundo Fleiner (1933, p. 39), a administração pública, para gerir os seus negócios, poderia se servir dos mesmos mecanismos que o Código Civil colocou à disposição das pessoas privadas. Na visão de Fleiner, estaria ao alcance da Administração Pública, por exemplo, a utilização do contrato (privado) para gestão de serviços (FLEINER, 1933, p. 39). Assumindo esta posição, segundo Fleiner (1933, p. 40), o Estado figuraria como “simples sujeito de direito privado”. Para o autor, o “Estado que administra obra ou serviço neste terreno estaria de igual para igual com relação aos seus cidadãos”. De acordo com Fleiner

(1933, p. 40), nem por isso, entretanto, a homogeneidade da personalidade do Estado se destruiria.

O direito público, na visão de Fleiner (1933, p. 40), nasce nas relações em que o Estado assume posição hierarquicamente superior. Nestes casos, cada vez que o Estado atende a assuntos administrativos na qualidade de poder superior – de soberano – se faz inaplicável o direito privado. Nestas situações, o Estado precisaria, na visão de Fleiner (1933, p. 40), de um “direito especial: o Direito Público”. As principais características do direito público, para Fleiner (1941, p. 41), seriam a “disposição unilateral” e o “poder coercitivo implicitamente contido na respectiva disposição unilateral”. Sobretudo, sugere o autor, o Direito Público pressuporia “partes desiguais”.

Além desta concepção do direito público, para fins de identificação de domínios – se de direito público ou privado, Fleiner (1933, p. 42) sugere se busque, primeiramente na legislação, se ela determina ou não a submissão da situação a um ou a outro regime. De outro lado, o autor sugere que “todas as relações jurídicas fundadas em títulos de Direito privado (como contratos), obrigatoriamente estão subtidas ao direito privado”. Daí que, para Fleiner (1933, p. 42), o “ato” estaria relacionado com o direito público, haja vista que este repousa, na sua visão, unicamente na vontade soberana que o dita. Enquanto que o contrato, para o autor, obrigaria mutuamente os contraentes a cumprir seu conteúdo, mesmo que algum deles estivesse contrariado a tanto.

A tônica do discurso de Fritz Fleiner parece estar, portanto, na proteção dos direitos do indivíduo frente ao Estado e não necessariamente na ideia de que, por algum motivo, o Estado poderia sair prejudicado da relação jurídica. Para Fleiner (1933, p. 43), a “atuação soberana” apresentaria como características essenciais à unilateralidade e o maior crédito que gozam seus atos jurídicos, além das circunstâncias que, na visão do autor, estariam à disposição da administração para a execução do poder coercitivo do Estado.

Daí não surpreender a ideia de que, para este autor, o direito administrativo não se indicaria - ao menos na Alemanha –, ao contrário do que ocorreria na França, segundo ele, uma “classe especial do direito”. Para o autor (1933, p. 50), considerado em seu mais amplo sentido, o direito administrativo, na Alemanha, compreenderia todas as normas jurídicas que regulam a atividade das autoridades públicas administrativas, pouco importando que estes preceitos (as normas) pertençam ao direito público ou ao direito privado.

Maria João Estorninho (2003, pp. 44-48) chama atenção, ainda, para o fato de que a “rejeição” do contrato administrativo pela teoria

alemã não foi, em si mesma, reflexo do sintoma de uma Administração autoritária. Segundo a autora (2003), mesmo a aceitação posterior do contrato administrativo na Alemanha não pode ser concebida como uma “tentativa tardia” para alcançar o suposto nível de evolução francesa. Para a autora (2003), os alemães já estariam um passo adiante.

Na visão da autora (2003), no caso alemão, não se tratava de não querer admitir os contratos administrativos franceses, mas, simplesmente, de não sentir tal necessidade. Segundo a autora (2003), isso teria ocorrido porque os alemães viam situações que eram passíveis de ser tratadas por contratos de direito privado e não porque tais casos fossem resolvidos de forma autoritária pela Administração. Como observou Fleiner (1933, p. 50), isso não descaracterizaria a homogeneidade do Estado e tampouco tal processo deixaria de pertencer ao “direito administrativo”, o qual compreenderia – na sua mais ampla concepção – o direito público e o direito privado.

Sobre a distinção que há entre os modelos originais dos dois países, Maria João Estorninho (2003) sugere ser fundamental reconhecer que o “*contrat administratif*” e o “*öffentlich-rechtlich Vertrag*” corresponderiam a realidades distintas, de modo que, na sua visão, sequer existiria no plano terminológico uma verdadeira identidade, mas, apenas, uma mera semelhança entre as duas figuras.

A este propósito, a autora (2003) constata que a doutrina administrativista francesa estaria tão convencida de que sua criação representava uma “evolução positiva”, que pretendeu ver na consagração do contrato de direito público alemão um tênue reconhecimento do seu próprio contrato administrativo. Invocando outros autores, Maria João Estorninho (2003) destaca que a pretensa equiparação entre os dois modelos seria, no entanto, equivocada.

Segundo a autora (2003), seriam dois sistemas amplamente distintos que dão resultado a “dois fenômenos jurídicos distintos”, sem qualquer conexão mútua. Tais modelos derivariam, antes de mais, da própria evolução que se verificou na França e na Alemanha – de modo diferente – em relação às concepções sobre a função de Estado e à forma de organização e funcionamento da Administração Pública. Essa constatação, portanto, vai ao encontro do que afirmamos anteriormente com base em Stolleis (2004), de que a construção doutrinária sobre o tema, em cada um destes países, estaria intimamente atrelada à compreensão da própria formação da teoria do Estado.

Este desvio foi feito para demonstrar o contexto de onde nasce a formação dos critérios que são levados em conta para a aceitação da

ideia de contrato administrativo; quais são seus atores e as razões que aparentemente a circundam. Pretendeu-se esclarecer qual o lugar de fala que a *discussão teórica* em análise ocupa no cenário jurídico e o que dela reverbera como parâmetro para a definição de *concessão* no contexto brasileiro. Sobretudo, buscou-se destacar que, numa análise mais aprofundada, os modelos de contrato público dos dois países analisados não necessariamente se comunicam, haja vista que cuidam, em verdade, de figuras distintas, derivadas, cada qual, de um sistema jurídico, também, peculiarmente pensado.

De uma maneira geral, são, pois, os mesmos critérios (ou parâmetros pré-fixados) oriundos destes dois países que, em distintos quadros político-econômicos, evidenciam o norte para a concepção teórica administrativa do instituto da *concessão* no Brasil. A explicitação de tais critérios possibilita uma melhor compreensão da razão de ser da discussão e, em que medida e sentido, ela se desenvolve nas mãos dos doutrinadores brasileiros, ainda que em confusão de ideias importadas.

No Brasil, os mesmos conflitos entre público e privado são percebidos e, diante deles, são, também, trabalhadas as mesmas soluções originariamente articuladas nos países analisados. Ocorre, entretanto, que a doutrina brasileira tende a legitimar a figura, aqui no Brasil, articulando e confrontando os dois modelos, sem, no entanto – ao que tudo indica – levar em consideração a distinção de peculiaridades entre um e outro sistema (alemão e francês).

### 2.2.2. Os critérios de definição adotados no Brasil.

Se por um lado é intuitivo notar que há algo diferente entre as relações jurídicas – *entre público e privado* – em uma sociedade, por outro lado, há inegável dificuldade no consenso de formulação de critérios para estabelecer esta distinção. O exame destes critérios denota modelos de relação importantes estabelecidos no curso da história entre a *administração pública* e o *particular* para o desempenho de tarefas públicas. Com isso, no campo jurídico, essas relações acabam sempre por influir, de modo correlato, no desenho dos conceitos de *direito público* e *direito privado* (COUTO e SILVA, 1997, p. 44).

A preocupação aqui não é aprofundar o exame da discussão entre público e privado inserta na teoria do contrato administrativo, nem esgotar a matéria no que atine à totalidade da produção literária brasileira a respeito do tema. O objetivo almejado é, tão somente, descrever os critérios de definição utilizados pela doutrina brasileira

para a configuração da ideia de *concessão* como gênero e, a partir daí, verificar como se dá a *natureza jurídica*. Sempre atentando, todavia, à origem da teoria, para que não se perca, assim, o lugar de fala que ela ocupa e as estratégias e escolhas que são por ela revelados.

### 2.2.2.1. A *concessão* como espécie própria ou uma espécie sem gênero.

A análise do itinerário da narrativa jurídica sobre a concessão na França e na Alemanha permitiu algumas constatações. Sobre o contexto francês, a primeira constatação é a de que a *concessão* é vista como *ato jurídico*. Este *ato jurídico*, que é a base da concessão, representa um acordo, um modelo de *convenção* entre a Administração Pública e o particular. No entanto, os efeitos jurídicos que decorrem (ou que se espera) deste ato não seriam explicados suficientemente pela ideia de contrato tradicionalmente cultuada pelo direito privado.

Para a doutrina contratual francesa, a percepção contratual (privada) não seria apta para dirigir a realidade jurídica de necessidades que residem no objeto da convenção. Daí que a natureza jurídica de tal ato teria sido (re)pensada para definir e amparar algo que, até então, era pouco ou nada concebível: um acordo bilateral que fugisse à imagem tradicional de contrato.

Por outro lado, é essencial anotar que a teoria francesa, sobretudo a defendida por Gaston Jèze, emprega o termo *concessão* apenas para a qualificação das convenções que denotam os objetos *serviço público* e obras públicas, vinculando a definição do conceito ao objeto da concessão. Enquanto que a teoria alemã analisada basicamente não rejeita o contrato, mas, sobretudo, pensa o próprio direito administrativo de uma forma distinta, na qual a ideia de “contrato administrativo” é ambientada dentro do direito privado, não exigindo para si uma qualificação especial.

De uma maneira ou outra, é justamente na definição do *objeto* da convenção que tais correntes doutrinárias vão concentrar seus esforços. Ora para legitimar a figura do *contrato administrativo* e, a partir desta, apontar uma natureza jurídica para a concessão, e ora para indicar que mesmo o direito privado que rege os contratos da administração está inserto dentro do direito administrativo, como sugeriu Fleiner (1933).

A narrativa doutrinária do Brasil, ao que parece, não vai se afastar desta lógica. Duas obras podem seguramente ser citadas como pioneiras sobre o assunto no país: a de Mário Masagão, intitulada “*Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*”, datada de 1933,

e a do Professor da UFPR, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, “*Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo*”, de 1936.

Ambos os trabalhos trazem a observação da “*progressiva dilatação nos círculos de existência social, caracterizante da atividade do Estado por sobre a vida dos indivíduos*”, o que em última análise, segundo os autores, afetaria o próprio sentido das normas administrativas. É também preocupação comum destes autores o “*uso indiscriminado do termo concessão*”, cujo significado usual estaria acarretando uma série de inconvenientes e de confusões (MASAGÃO, 1933), ou, ainda, “*consequências funestas em vista dos seus efeitos jurídicos*” (FRANCO SOBRINHO, 1936). Daí a necessidade de investigar a natureza jurídica<sup>70</sup> da concessão.

O trabalho de Mário Masagão (1889-1979)<sup>71</sup> cuida de *dissertação* apresentada em 1929 para concurso da cadeira de Direito

<sup>70</sup> Em obra datada de 1981, “*Contrato Administrativo*”, Manoel Franco Sobrinho vai dar o assunto como superado, ao menos com relação às concessões de serviço público. Franco Sobrinho (1981) sugere que não mais merece procedência as especulações em torno da natureza jurídica das concessões. Para o autor (1981), já naquela época estariam consolidados os princípios, harmonia entre a realidade e a teoria, entre o pensamento doutrinário e a atuação administrativa com respeito às concessões.

<sup>71</sup> MÁRIO MASAGÃO nasceu em São Carlos (SP), em 1889 e faleceu em novembro de 1979. Advogado, formado em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1919. Livre docente em Direito Administrativo e ciência da administração pela mesma faculdade em 1927. Após a Revolução de 1930 foi nomeado Desembargador do TJSP. Em 1933 conquistou a cátedra de Direito Administrativo, ocasião em que submeteu para o concurso a tese “*A Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*”. No mesmo ano foi nomeado Secretário de Justiça e Segurança Pública do Estado, cabendo-lhe organizar a participação paulista na Constituinte de 1934.

De acordo com as informações do CPDOC-FGV, com o advento do Estado Novo e a imposição da Constituição de 1937, Mário Masagão ficou impossibilitado de exercer dois cargos públicos, o de Desembargador e Professor de Direito, tendo optado pelo seu posto na Faculdade do Largo São Francisco.

Politicamente, há registros de que o Autor não apoiou o regime do Estado Novo, tendo em algumas oportunidades denunciado a violência cometida pelas forças de repressão contra os estudantes paulista. Foi filiado à União Democrática Nacional (UDN), em cuja legenda se elegeu Deputado por São Paulo à Assembleia Nacional Constituinte. Integrou a Comissão Constitucional, a subcomissão encarregada do capítulo “Da Declaração de Direitos – o direito



Administrativo - *livre docência* - da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. O objetivo do autor é demonstrar que a *concessão é contrato de direito público* e, com isso, repelir as demais hipóteses de conceituação então vigentes na doutrina. Este trabalho tem significativa influência na doutrina clássica do direito administrativo brasileiro. Sua invocação, por diversos autores, é uma constante nas décadas seguintes. Não é exagero afirmar que este trabalho se tornou um parâmetro de definição para as produções da área.

A argumentação do autor para definir a *natureza da concessão de serviço público* é estruturada a partir da individualização da *concessão*. Ele tenta demonstrar os fatos por meio dos quais ela objetivamente se manifestaria e, na sequência, cuida de enumerar cada uma das teorias então existentes para a definição da natureza jurídica da concessão, dando maior atenção à doutrina francesa e à alemã. Por fim, o autor busca o enquadramento do *fenômeno da concessão*, como manifestado no Brasil, na teoria do *contrato de direito público*.

O mais evidente em Mário Masagão (1933, p. 15) é a afirmação de que a *concessão* não se apresentaria como gênero do qual fosse possível compreender várias espécies<sup>72</sup>. Surge, sim, *como uma espécie em si mesma*, cujas manifestações se verificam, sempre, na incumbência de um serviço público a uma pessoa de direito privado, que em nome da Administração o exerça. Aparentemente, a ideia de enfrentar o tema

político e garantias”. Após a promulgação da nova Constituição, renunciou ao mandato.

Em 1947 o Jurista foi novamente nomeado Desembargador do TJSP, cargo do qual se aposentou em 1956.

Dentre suas publicações são referenciadas as seguintes: o Conceito do direito administrativo (1925), O projeto do código de processo (1926), Em face da Constituição, não existe no Brasil o contencioso administrativo (1927), Natureza jurídica da concessão do serviço público (1933) e Curso de direito administrativo (2v., 1959), além de artigos para a Revista da Faculdade de Direito de São Paulo e a Revista dos Tribunais.

<sup>72</sup> Esta constatação é também percebida no trabalho de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1936). Isto implica dizer que, para estes autores, parece existir um só “*modelo de concessão*”. Percepção distinta, no entanto, é encontrada em Themístocles Brandão Cavalcanti (1942), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Raimundo Nonato Fernandes (1974). Para tais autores, a *concessão* é gênero, que suportaria espécies diversas. No caso de Oswaldo A. B. de Mello, a concessão seria “*ato-administrativo*”.

destacando a concessão como espécie em si mesma pressupõe uma tentativa de evitar o alargamento do conceito.

Masagão (1933) demonstra querer evitar a mesma discussão enfrentada pelos franceses, entre a *concessão de obra* e a *concessão de serviço*<sup>73</sup>. É assim que o autor afirma que este “*critério*” ajudaria a eliminar toda a massa heterogênea de situações que muitos escritores considerariam abrangidas pelo termo. De acordo com Masagão (1933), para estes elementos díspares – *indefinidos* – não cabe o qualificativo *concessão*. O autor cuida de extremar a concessão de alguns atos administrativos, com que ela teria afinidades, mas não poderia se confundir (MASAGÃO, 1933, pp. 09-11). Dentre os atos mais importantes para a distinção estão *as autorizações* e *as admissões*.

A *concessão*, para Mário Masagão (1933), estaria diretamente e tão somente ligada ao *serviço público*. Ela se manifesta quando a administração pública prefere, ao invés de fazer a gestão direta do serviço, confiá-lo a pessoa física ou jurídica, de direito privado, que apresente provadas condições para tanto e aceite o encargo (MASAGÃO, 1933, p. 25). Após fixar como a concessão se manifesta, o autor pormenoriza os critérios que, para ele, delimitariam o fenômeno da *concessão*.

Segundo Masagão (1933, p. 19) o que caracteriza a concessão é, sobretudo, seu objeto: o *exercício do serviço público*. É em torno deste objeto e por ele que a *concessão* toma sentido, estabelecendo seus caracteres (MASAGÃO, 1933, pp. 26-27). Com efeito, é o objeto da concessão – *a execução do serviço público*<sup>74</sup> – que define, por conseguinte, a natureza da concessão.

Mário Masagão (1933, p. 50) afirma *que a concessão é um contrato de direito público*. Como seu objeto, seus fins e sua alçada concernem ao funcionamento de um serviço da administração, esse contrato se rege pelo direito administrativo, ramo do direito público. A

---

<sup>73</sup> Observa o Autor: “*Em França, é também mais restrito o sentido geral da concessão, ligado quasi sempre, ao exercício do público pelo particular. Embora os escritores franceses aludam a concessão de obra e concessão de serviço e também concessão de uso, estão, sem dúvida afastados da teoria italiana [...] em que a concessão aparece como uma entidade proteiforme, aplicada a situações das mais diferentes, entre as quais é difícil vislumbrar qualquer relação lógica ou jurídica*”

<sup>74</sup> Para o autor (1933, p. 65), o *objeto* da concessão *não é a coisa do domínio público, nem o seu uso, mas sim a “prestação de utilidades, que supõe tal uso”*.

*concessão* é um contrato porque os elementos constitutivos desta figura jurídica assim permitem (1933, p. 49). Há uma *finalidade*, um *objeto* e uma *relação jurídica* que se estabelece pela concessão. Segundo o autor (1933, p. 65), a definição dos elementos constitutivos da concessão não permite seja ela regulada pelo *direito privado*, mas sim, pelo *direito público*, notadamente em razão do objeto<sup>75</sup>.

A partir destas constatações Masagão (1933) sugere que os elementos constitutivos da concessão expressariam a realização de um contrato; no entanto, este contrato não é regido pelo direito privado, mas pelo direito público. É importante mencionar que o estabelecimento da *natureza da concessão*, como trabalhado pelo autor (1933), deriva e retoma, em muito, o debate francês<sup>76</sup>. Principalmente no que diz respeito

<sup>75</sup> Aqui é interessante observar que, ainda que amparado pela doutrina francesa de Gaston Jèze, Mário Masagão parece se concentrar mais no *objeto* do contrato, conquanto que a teorização francesa, que Masagão afirma estar apoiado, concentra-se na relação, e não no objeto, haja vista que dela participa a Administração Pública.

<sup>76</sup> Não há segredo quanto a este fato. O próprio Autor (1933, p. 52, nota 24, *rodapé*), cita Jèze, observando o seguinte: “*Em França, muitos escritores modernos, sem falar propriamente em ‘contrato de direito público’, estão enquadrados na corrente a que estamos aludindo, pois que sustentam a existência de contratos administrativos, entre os quais incluem a concessão, e timbram e caracterizar tais contratos como regidos pelo direito público, e não pelo direito privado*”. Como observamos acima, o debate acerca do assunto será levado a diante principalmente por Gaston Jèze e Leon Duguit. Gaston Jèze (1949, p. 16) entende que os contratos relacionados especificadamente com os serviços públicos são os únicos que podem ser denominados de “*contratos administrativos propriamente ditos*”, haja vista que submetidos às “*regras do direito público*”. Segundo Jèze (1949, p. 16), seria preciso descartar a ideia de que a *concessão é uma “empresa privada”* a qual, em razão de sua importância, submeter-se-ia ao controle da administração. Para o autor (1949), o fundamental é que as concessões tratam do serviço público propriamente dito. Esta ideia se traduziria, segundo o autor, na fórmula de que o interesse geral é decisivo: ele prevalece sempre sobre os interesses privados. Deve-se observar, ainda, que a ideia do *contrato administrativo regido pelas normas do direito público* teria sido impulsionada, sobremaneira, pelo Conselho de Estado Francês (GASTON JÈZE, 1946; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, 1957). Ainda, sobre Léon Duguit, destacamos, mais uma vez, o debate entre ele e Kelsen (ALMEIDA, 2012), e, por fim, observamos o posicionamento de Maurice Hauriou, cuja perspectiva em torno da natureza da concessão estaria mais perto da de um *contrato privado*.

à ideia e à defesa de que a figura do *contrato* estaria inserta na Teoria do Direito, e não, necessariamente, presa ao ramo do *direito privado*<sup>77</sup>.

A fim de definir a natureza da concessão, Mário Masagão (1933) procura, primeiramente, delimitar a aplicação do termo, haja vista a confusão que vê em torno do seu significado. Em seguida, ele busca na estrutura da concessão – *como espécie em si mesma* – os caracteres do que seria a essência do instituto, ou, em outras palavras, os “*elementos que a constituem*”. Somente com suporte nesta base – *delimitação e elementos constitutivos* – que o autor se sente autorizado para, com segurança, lançar-se ao desafio de conceituar a *natureza jurídica da concessão*.

Há consistência teórica na argumentação de Mário Masagão. Por um lado, o autor (1933) distingue o objeto da concessão do objeto dos demais *atos administrativos* praticados pelo poder público àquela época. De outro, refuta as demais hipóteses de classificação – *ato unilateral; ato misto; contrato privado* – tendo por fundamento a caracterização dos elementos constitutivos da concessão. Assim, *objeto, vontade e relação jurídica estabelecida* definem, para a “*concessão de serviço público*”, uma “*natureza jurídica de contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo e realizado intuitu personae*”.

Embora a construção lógica de sua argumentação seja um pouco diferente da de Mário Masagão (1933), Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>78</sup> (1936) segue a mesma linha para enquadrar a *concessão* no

---

<sup>77</sup> Neste ponto, vale destacar que a ideia de existência de um contrato público é defendida pelo autor com auxílio da teoria alemã. Embora o Masagão (1933, p. 50) negue a hipótese de que a natureza da concessão seja *ato administrativo*, como é o entendimento alemão, ele socorre-se à teoria alemã para dar lastro a sua argumentação. Para tanto, observa: “*a existência de contratos de direito público é admitira correntemente na Alemanha, e com os mais sólidos argumentos. Mas, em regra, nessa categoria não incluem os Autores germânicos a concessão, que preferem considerar ato unilateral da administração pública*”. De modo exemplificativo, o autor invoca, ainda, Laband e Fleiner.

<sup>78</sup> Manoel de Oliveira Franco Sobrinho nasceu em Curitiba (PR), no ano de 1916 e faleceu na mesma cidade em 2002. Em 1936, aos 20 anos de idade, graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Paraná. No mesmo ano, ingressou na carreira profissional como Advogado, profissão que exerceu por boa parte da vida. Concomitantemente, em 1937, foi nomeado serventuário vitalício no Cartório do 1.º Ofício de Órfãos, Ausentes e Interditos e Provedoria de Curitiba.

molde do *contrato administrativo*. A posição do autor está baseada e se relaciona diretamente com a “*nova figura de Estado*”. Na sua

---

Em 1946, Franco Sobrinho foi designado Procurador-Geral do Estado e, em 1947, nomeado a Procurador-regional da Justiça Eleitoral do Paraná. De 1950 a 1954 foi Presidente e Diretor da Caixa Econômica Federal do Paraná. A partir de 1955 ocupou cargo na Secretaria de Estado dos Negócios do Governo do Paraná. Entre 1964 e 1966, no cargo de Presidente, trabalhou no Instituto Nacional do Mate. No mesmo período, de 1964 a 1972, foi Diretor Interino da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Na mesma instituição, em 1970, assumiu Diretoria do Instituto de Ciências Sociais e Direito Comparado e, no ano de 1986 a Diretoria de Ciências Jurídicas. Em 1975 foi eleito o primeiro Presidente e, posteriormente, Presidente Nato do Instituto do Direito Administrativo, criado durante o I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Curitiba. Em 1993 foi convocado pelo então Presidente da República, Itamar Franco, para fazer parte da Comissão de Revisão Constitucional. Na Magistratura, de 1967 a 1972, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ocupou o cargo de Juiz Federal do Estado do Paraná. A partir de 1967 atuou, também, como Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná. No decorrer da carreira foi, também, membro do Instituto de Advogados do Paraná, da Ordem dos Advogados do Brasil e do Instituto do Direito Público.

O autor iniciou sua carreira política como Presidente do Centro Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (Centro Acadêmico Hugo Simas – CAHS), posição que ocupou por duas vezes. Em 1945 filiou-se a União Democrática Nacional (UDN) e foi candidato a Deputado à Constituinte, não tendo sido eleito. O Autor figurou, ainda, como um dos organizadores do Diretório Regional da “Liga Nacional da Defesa da Democracia”. Candidato a Deputado Estadual pelo PSD em 1950, foi eleito para duas legislaturas (1954 e 1958), e como suplente em 1962. Foi, também, entre 1952 e 1962, membro da Comissão de Relações Exteriores, oportunidade em que representou, por diversas vezes, os interesses do Brasil no exterior.

Sua carreira acadêmica se iniciou como Professor da Faculdade de Direito do Paraná em 1938, quando se tornou Doutor em Direito pela mesma Instituição, tendo sido nomeado livre docente com a defesa da tese “*Do Conceito de Contrato Administrativo*”. Em 1943 assumiu a Cátedra de Direito Administrativo, cargo que exerceria por 40 anos. A partir de 1972, o Autor lecionou no curso de Letras da mesma Instituição.

Dentre suas publicações, podem ser citadas as seguintes: Introdução ao Direito Processual Administrativo; Fundações e Empresas Públicas; A Prova Administrativa; Controle de Moralidade Administrativa; O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa e A Tutela Jurisdicional na Constituição de 1988.

percepção, o panorama econômico da época – *de tendência de expansão do direito público* – exigia um Estado com maior atividade sobre a vida dos indivíduos.

Esta dilatação, diz, fixaria novos princípios estruturantes do Estado. Daí o aparecimento do “*Staatsrecht*” e a superação, a seu ver, do ideal kantiano pelo que denomina ideal weberiano (FRANCO SOBRINHO, 1936, pp. 5-9). É esta concepção do Estado, revestida pelo interesse geral que, segundo o autor, legitimaria a instituição do “*monopólio*” e, em contrapartida, também de “*empreendimentos econômicos*”<sup>79</sup> que deveriam escapar das mãos do Estado. Estes, por meio da técnica da concessão, seriam transferidos para as mãos privadas.

Para o autor (1936, p. 11) a “*concessão é um ato administrativo originador de direitos especiais*”. Esta afirmação parece baseada na doutrina alemã, especialmente em Fritz Fleiner, enquanto que sua noção de “*direito do Estado*” lembra Otto Mayer. Porém, mesmo assim, Franco Sobrinho (1936, p. 11) ressalta a necessidade de estabelecer contratos distintos e não onerosos ao Estado. Segundo o autor (1936, pp. 11-12), a razão de ser da concessão seria evitar a elaboração de “*contratos*” verdadeiramente cerceadores, não só da vontade do governo, como, também, da população. Esta seria a verdadeira utilidade das *concessões*.

A concessão, assim entendida, manifestar-se-ia quando, por um ato público administrativo de autoridade governamental, novos e especiais direitos são criados a favor de determinadas pessoas jurídicas (privadas). Isto é, o fenômeno jurídico da *concessão* seria obtido por ato unilateral da soberania do Estado, por um decreto. Esta relação jurídica inicial, no entanto, não afetaria, na visão do autor, a percepção da *concessão* como um “*contrato administrativo*”. Justamente, a técnica de

---

<sup>79</sup> É notória a importância que o autor, por todo o seu texto, dá ao que considera ser o “*momento econômico vivido pelo Brasil*”. É constante na sua argumentação o “*pouco desenvolvimento industrial do Brasil*” e como isso afetaria e legitimaria a severa falta de regulamentação da exploração dos serviços públicos. O autor, na mesma medida em que se volta para o discurso de atraso econômico tecnológico, não deixa de tecer críticas aos “*contratos onerosos para o Estado*”, que, segundo ele, afetariam a economia. Segundo Franco Sobrinho (1936, p. 10), a economia brasileira era altamente dependente das *concessões* conquanto que estas ficavam ao “*sabor da administração bastante exclusiva das companhias, cujo fim se consubstanciava no lucro particular da empresa*”.

interpretação da natureza jurídica da concessão, para Franco Sobrinho (1936, pp. 16-27), está em diferenciar a “concessão” da “autorização”, relacionando o ato administrativo originador da concessão com sua finalidade e seus efeitos.

Para o autor, a concessão “*bem antes de ser contrato é um ato de direito público*”. Decorre daí que seus efeitos devem necessariamente ser públicos, ainda que tenha por objeto – em alguma medida – estabelecer direitos a favor dos particulares. Partindo da soberania do Estado, a todo modo, a concessão estaria sujeita aos imperativos do Estado, à vontade da Administração Pública e do interesse coletivo.

De acordo com o Franco Sobrinho (1936), a concessão seria definida pelos seguintes caracteres: i) *ato administrativo, de vontade do Estado*; ii) ato de direito privado, onde se revela a vontade do particular; iii) união das vontades antagônicas, bastantes para ligar-se entre si e formar o “*contrato de concessão*”. Para ele, os dois atos se fundiriam para produzir os mesmos efeitos.

Neste ponto, deve ser observado que autor procura, também, se afastar da dicotomia presente na teoria francesa, que tenciona a diferenciação entre “*concessão de obra pública*” e “*concessão de serviço público*”. Assim como em Mário Masagão (1933), Franco Sobrinho (1936) entende que a distinção entre estas duas figuras é desnecessária, haja vista que elas tratam da mesma coisa, tendo o mesmo sentido legal e jurídico.

Com efeito, ainda que surja como um “*ato administrativo*”, a concessão é a união de dois atos – de *duas vontades* que, ainda que antagônicas, estabelecem um acordo. Sem acordo, diz o autor (1936), não há concessão propriamente dita. O acordo, por sua vez, estabelece condições e, com isso, cuida de caracterizar uma *relação jurídica*, em que as partes contraentes se correlacionam para o mesmo fim. Com isso, tem-se um “*contrato oneroso, sinalagmático e comutativo*”. Aqui, por sinal, o autor cita Masagão (1933).

A relação jurídica estabelecida pelas partes – formadora da concessão – não poderia, no entanto, segundo Franco Sobrinho, ser enquadrada ou regida pelo Direito Privado. A lógica central desta afirmação reside na dinamicidade que o objeto da concessão emprestaria à própria relação jurídica que por ela se estabelece. Não poderia, segundo o autor (1936, p. 23), pretender igualar Estado e indivíduo. Isso seria o mesmo que ir de encontro a todo o progresso estabelecido pelo pensamento jurídico; seria restringir o Direito Público para dar maior relevância ao Direito Privado.

A definição da natureza jurídica da *concessão de serviço público* dependeria com exclusividade da elucidação dos efeitos do seu objeto essencialmente público (FRANCO SOBRINHO, 1936, p. 23). A *concessão* é vista, aqui, como contrato *de direito público*, porque seu objeto, seus fins e sua alçada concernem ao funcionamento de serviço da Administração Pública. Em consequência, a *concessão* é regida pelo Direito Administrativo, ramo do Direito Público.

A noção conceitual de *concessão* e a definição de sua natureza jurídica, de acordo com o Franco Sobrinho (1936), têm duas notas peculiares: i) *legitimar uma relação de fortalecimento do Estado* e ii) *aderir à ideia de concessão como contrato regido pelo Direito Administrativo*, sendo este último aproximado do Direito Constitucional. Tais notas são perceptíveis na medida em que o autor lança mão de duas correntes teóricas – a alemã e a francesa –, em princípio, antagônicas, para demonstrar a *natureza jurídica da concessão*.

Diferente de Mário Masagão (1933), Franco Sobrinho (1936) sugere que a *concessão*, originariamente, seria ato administrativo. Embora se perfectibilize como *contrato*, ela seria, antes de tudo, ato administrativo. É com a manifestação do particular – *também ato* – que a concessão se estabelece. A apropriação e releitura da teoria alemã pelo autor se explicariam na medida em que, aparentemente, ao mesmo tempo em que adere à versão contratualista, ele sugere, no entanto, lugar especial para o Estado nesta relação. Tal linha de argumentação ganha maior sentido quando lida junto a todo o contexto que o autor (1936) faz questão de trazer ao texto: de um Estado, cujo interesse público, teria sido prejudicado por contratos onerosos que afetam diretamente sua economia.

De outro lado, Franco Sobrinho (1936) vai buscar na teoria francesa a classificação contratual da concessão. Se a finalidade da *concessão* é buscada na ideia de *ato*, em Fritz Fleiner, sua natureza jurídica e definição são encontradas, no fundo, em Gaston Jèze. Veja-se, no entanto, que em Jèze (1959) o fundamento último do poder do Estado não está na sua “*autoridade*” ou no jogo de “*inviolabilidade da soberania*”. Esta constatação pode ser mais bem visualizada quando Jèze (1959) trabalha a hipótese da legitimidade de modificação da organização de um serviço público a qualquer tempo pelo Estado.

De acordo com o catedrático da Faculdade de Direito do Paraná (1936), nenhum obstáculo jurídico pode impedir que o poder público assim procedesse. E o fundamento disso é, para o autor (1936), “racional”, e não, de “autoridade”, ancorando-se na ideia de “*direito público subjetivo*”: “*cada geração tem o direito de adequar os serviços*



*públicos às suas necessidades e aos seus ideais*”. Como é comum no pensamento deste autor – e também no de Duguit, por exemplo – referida percepção guarda íntima relação com a noção conceitual alargada de *serviço público*, característica da Escola de Bordeaux.

Pode-se concluir do exposto que, embora Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1936) busque no direito francês as bases da definição de sua ideia de *concessão*, na verdade, o autor articula um conceito próprio. Este se funda na necessidade de um *Estado forte*, essencial para a dinamização da economia, e ora no *acordo de vontades*. Em que pese à ideia de contrato apareça, segundo Franco Sobrinho (1936, p. 21, nota ‘25’), ela não imperaria tão isoladamente quanto na concepção francesa ou na visão de Masagão (1933).

A técnica utilizada por Franco Sobrinho (1936) para definir a natureza da *concessão*, portanto, parece se relacionar diretamente com três dimensões: i) objeto explorado; ii) relações jurídicas estabelecidas e, por fim, iii) a finalidade última que ela consubstancia. Trata-se, como pode ser visto, de uma técnica singelamente distinta daquela adotada por Mário Masagão (1933). Ao final, ela descreve uma relação jurídica em que a presença do Estado seria mais forte, vindo a ideia de contrato somente a ter lugar a partir do *ato administrativo público* do Estado.

Por fim, importa observar que Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1936) não trabalha a hipótese de *concessão de uso (exploração) de bem público* – ao menos nos textos consultados<sup>80</sup>. É linha comum no trabalho analisado a ideia de que o termo *concessão* abrangeria tão somente a “concessão de *serviço público*”. A *concessão* é, para Franco Sobrinho (1936), *ato administrativo* gerador de direitos especiais. Tais direitos, na sua visão, seriam revestidos, em última análise, de *privilégios*, passíveis de exercício pelo particular – que atua em nome do Estado, substituindo-o; não se transformando nele –. Daí que, a princípio, neste momento, o ato de concessão, para Franco Sobrinho (1936, pp. 17-19), não deveria albergar a transferência do bem.

As fontes analisadas sugerem que as esperanças e os anseios destes dois autores parecem centrados no desejo de se obter uma

---

<sup>80</sup> A opinião do autor muda posteriormente. Em trabalho datado de 1981, “Contratos Administrativos”, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho articula a *concessão* como gênero, da qual derivariam outras espécies, dentre as quais a de *cessão de bem público*.

*definição conceitual do termo concessão*<sup>81</sup>. O espaço de experiência que eles trazem nos textos analisados denota a necessidade de estabelecer um ambiente jurídico em que o termo possa, ao ser definido, implicar uma relação jurídica delimitadora de resultados e regida por uma ciência própria: o direito público. Ao que parece, segundo as fontes, a adoção de um regime jurídico próprio para a concessão diminuiria os riscos que eles viam para o Estado.

Ao que tudo indica, tais autores não buscam os subsídios para a construção da sua argumentação no direito positivo. Seus discursos estão amparados na teoria do direito administrativo, sobretudo no que compreendem ser a corrente francesa. Os dois trabalhos, por isso, não somente descrevem qual teoria melhor se adaptaria ao contexto jurídico ou fático analisado (o brasileiro). Mais do que isso, aparentemente, as construções teóricas de ambos buscam legitimar a natureza jurídica contratual da concessão. À semelhança do que ocorre na doutrina francesa, o objeto – *serviço público concedido* – é mantido, pelos autores, como chave da conceituação da *concessão*. É a formulação conceitual trabalhada que se distingue.

A produção teórica nacional nas décadas seguintes consolida-se principalmente em torno do discurso articulado nesses dois trabalhos. Os estudos sobre a natureza jurídica da técnica concessionária vão se estabelecer pela (re)afirmação constante do perfil contratual do instituto.

Dentro deste quadro, outro autor cuja análise não pode ser dispensada é Francisco Campos (1891 – 1968)<sup>82</sup>. Além de ser

---

<sup>81</sup> Mais uma vez é válida a observação de que tais autores não economizam palavras para descrever os efeitos deletérios do que seria uma “ausência de definição final para o termo concessão”. Os dois autores partem dessa problemática para realizar o seu trabalho. Ao que parece, é daí que partiriam suas inquietações que os provocam para procurar uma distinção terminológica para a palavra.

<sup>82</sup> Francisco Campos nasceu em Minas Gerais em novembro de 1891. Descendente de família tradicional com significativa influência econômica e política no estado, formou-se pela Faculdade de Direito de Belo Horizonte em 1914. Foi admitido como Professor de Direito Público Constitucional nesta mesma instituição em 1918. Sua carreira política se iniciou em 1919, ano em que o jurista mineiro foi eleito a deputado estadual pelo partido Republicano Mineiro – PRM. Já em 1921 foi eleito como Deputado Federal pelo mesmo partido, tendo sido reeleito em 1924. Em seguida, alcançou os cargos de Secretário do Interior (1926-1930), Ministro da Educação (1930-1932), Ministro da Justiça (1930- 1932) e como Consultor-geral da República (1937-

frequentemente lembrado pela doutrina jurídica das décadas seguintes, sua posição sobre o assunto é relevante, seja pela interpretação que empresta ao tema, seja pelo modo como articula as matrizes teóricas estrangeiras. Embora Francisco Campos aponte a ideia da concessão como contrato, não foi possível encontrar em sua obra uma subdivisão de concessões em gênero, espécies ou algo semelhante. Parece existir neste autor certa versatilidade de percepções.

Segundo Seelaender e Castro (2010), Francisco Campos aproxima-se de um tipo ideal de jurisconsulto adaptável, cujas características profissionais estariam intimamente relacionadas a uma vida maleável e autodidata - o que estimularia a construção de teses combinando livre e ecleticamente referências nacionais e estrangeiras. Esta característica salta aos olhos quando Francisco Campos trata do tema concessão.

Em regra, Campos tende a reproduzir a opinião sobre a natureza jurídica contratual da concessão (1933, 1943; 1943b; 1950). No entanto, adota argumentação jurídica diferente para sustentar suas posições. O material aqui analisado demonstra, porém, uma linha estrutural comum, que segue a seguinte ordem: primeiramente, ele cuida de tecer considerações sobre as matrizes teóricas relacionadas, em seguida, conforme o caso, as critica ou as defende, e, por fim, pinça algumas decisões – *quase sempre americanas* – que atestam seu posicionamento.

Em parecer datado de 1933, por exemplo, Campos (1942) analisa consulta que lhe foi submetida por empresa exploradora de energia elétrica. No caso, a empresa teria realizado diversos contratos com

---

1942). Contribuiu na elaboração da Constituição de 1937, do Código Penal e do Código de Processo Penal. A biografia Campos é rica, seja por sua influência durante a Era Vargas ou por sua forte atuação profissional, de modo que não caberia trazer aqui todas estas informações. No entanto, convém observar que Francisco Campos foi, sobretudo, um jurisconsulto adaptável (SEELAENDER e CASTRO, 2010). Dos anos 20 até a queda do Estado Novo, o jurista mineiro passou de um quadro político ao outro, alterando sua posição. A mesma maleabilidade é encontrada na sua produção doutrinária. Ainda que constem informações de que ele tenha sido um contundente adversário do Estado Liberal - *fazendo com que sua produção intelectual possa ser classificada como antiliberal e antidemocrática* – posição relativamente distinta pode ser encontrada nos seus pareceres. Conforme é possível verificar nestes documentos, em sua atuação profissional, não raras vezes o autor se posiciona de forma singular em defesa dos interesses privados (SEELAENDER e CASTRO, 2010). Faleceu em Belo Horizonte, em novembro de 1968.

várias municipalidades para a prestação do serviço público. Findos os contratos, ela questiona sobre sua *situação* após o término da relação e se conserva direitos de exploração dos serviços. A problemática jurídica reside no fato de que tais contratos não regularam a relação das partes após a expiração do contrato.

A resposta de Francisco Campos é no sentido de que, após o término do contrato, o concessionário volta condição do *status quo*. Isto é, continua com a propriedade das instalações destinadas à exploração do serviço público; embora não possa mais empregá-los sem nova licença da municipalidade.

A conclusão de Francisco Campos, neste caso, está diretamente relacionada à *natureza da relação jurídica das partes* e à *propriedade das instalações destinadas à exploração do serviço*. Estes dois núcleos são enfrentados pelo autor com uso da doutrina estrangeira. Por um lado, ele reconhece a *natureza contratual* da concessão e, por outro, defende a ideia de que, independentemente da *natureza que lhe seja atribuída* – se ato ou contrato – o fato é que o “*instrumento*” da concessão fixaria direitos para ambas as partes.

A peculiaridade deste caso reside no fato de que, embora o autor atribua à concessão o conceito de *contrato*, ele afasta a necessidade de um regime jurídico especial que a regule. Para Francisco Campos (1942), a base da concessão como contrato estaria no *ato de vontade das partes*, na necessidade de se fixar um conceito que a distinga dos demais atos administrativos praticados pela administração e, sobretudo, porque fixaria direitos e deveres para ambas as partes envolvidas<sup>83</sup>.

Esta constatação é importante para precisar o modo como Francisco Campos, nesse caso, interpreta as relações jurídicas que surgem da concessão. Ao contrário da teoria francesa, a concessão não teria, para este autor (1942, p. 175), caráter especial, haja vista que não depende do objeto. Isto é, o *objeto da concessão*, o serviço público,

---

<sup>83</sup> Francisco Campos parece entender ser impossível a classificação da natureza jurídica da concessão como ato, na medida em que a existência da concessão estaria subordinada à aceitação do concessionário. Sem a adesão do concessionário às cláusulas estipuladas pela Administração Pública, não existiria, na visão de Campos, concessão. Segundo o autor (1942, pp. 175-176), esta circunstância revelaria, bem da realidade, a expressão do acordo de vontades. Neste sentido, uma vez pactuada a concessão, o poder público estaria vinculado ao contrato com o mesmo vigor e a mesma força do que o concessionário.

segundo Campos (1942, p. 175), não seria a fonte do *ato de concessão*. De acordo com sua interpretação, a *concessão* teria a mesma fonte que as outras obrigações. Ela resultaria da aceitação das condições que não são apenas pressupostas, mas propostas ou manifestadas.

Inicialmente, Francisco Campos (1942, p. 173) chama a atenção para a circunstância de que existiria larga e difusa controvérsia entre os autores brasileiros sobre o tema natureza jurídica da concessão. Segundo Campos (1942, p. 173), no entanto, em essência, a controvérsia não teria maior razão de ser, não teria importância, haja vista que as relações jurídicas estabelecidas entre o concedente e o concessionário não variariam.

Para o autor (1942, p. 174), a classificação do *ato de concessão* no direito público ou no direito privado somente teria sentido no regime de “*polícia*”, em que o direito público, em sua opinião, significaria a completa negação de todo direito individual. Com efeito, o que importa para Campos, neste caso, parece não ser a classificação do ato de concessão - *se de direito privado ou público* -, mas a afirmação de que o ato geraria garantias e responsabilidades para as partes relacionadas.

Invocando Otto Mayer, Francisco Campos (1942, p. 174) sugere que, num Estado regido pelo Direito, um *ato* é plenamente capaz de gerar direito e deveres. Daí decorreria que a classificação da natureza jurídica da concessão não dependeria em nada do seu objeto. Ela seria fundamentalmente a concordância das partes – “*pacta sunt servanda*” – que fixaria a natureza da relação jurídica. O fato de a concessão trazer como objeto um *serviço público* serviria apenas para fins de interpretação, não de classificação.

Em expressa refutação ao que denomina “*doutrina de Jèze*”<sup>84</sup>, Campos (1942, pp. 181-182) afirma que o fim ou objeto do ato de concessão não qualifica sua natureza jurídica, mas apenas sua significação ou seu destino prático. Nem mesmo os efeitos exorbitantes verificados na concessão decorreriam do objeto público da concessão.

---

<sup>84</sup> Campos (1942, p. 181) sugere que a doutrina de Jèze estaria amparada na equação concessão – serviço público. Para o autor (1942), a concessão tem natureza jurídica especial porque possuiria, por objeto ou fim, um serviço público. No entanto, para Campos (1942), tal fim não seria suficiente para qualificar a natureza jurídica do ato, mas, tão somente, a sua significação ou o seu destino prático. Para o autor (1942), o próprio Jèze, ao concluir seu trabalho, teria recuado diante dos efeitos práticos que resultariam, inevitavelmente, dos seus termos vagos e imprecisos.

Segundo Campos (1942), tais efeitos derivariam do próprio instrumento, por meio do qual o concessionário declararia reconhecer e aceitar as cláusulas exorbitantes.

Assim, a *concessão* – concebida como “*ato complexo*” – integra-se de vantagens, ou seja, ela se integraria ao *patrimônio* do concessionário. Qualquer ato da Administração que atente contra a integridade desta propriedade resulta, para o concessionário, no direito de reintegração à custa do patrimônio coletivo (CAMPOS, 1942, p. 176). Neste ponto, Francisco Campos (1942, pp. 176-179) associa a *concessão* ao que os americanos designam como “*property*”: um direito incorporado ao patrimônio do concessionário, que o poder público não poderia livremente revogar, anular, diminuir ou alterar (por representar um direito adquirido do concessionário).

De outro lado, buscando evitar confusão terminológica com os outros *atos administrativos*, com os quais a concessão se aproximaria quanto à aparência, Francisco Campos (1942) aponta a necessidade de se conceituar o *ato da concessão* como “*contrato privado*”. O autor afirma que outra nunca teria sido conceituação da concessão. Seja na prática jurídica, administrativa ou legislativa, a natureza contratual (privada) da concessão nunca teria sido questionada.

Em conclusão, neste caso, Campos (1942) afirma que a *concessão* seria “contrato” e, como tal, importaria incorporação de vantagens ao patrimônio do concessionário, o qual seria protegido pela Constituição (brasileira e americana). Para dar lastro às suas afirmações, Campos (1942, p. 180) invoca decisões da jurisprudência americana e, mais uma vez, lembra Otto Mayer. Apoiado no que entende ser a teoria alemã de Mayer, Francisco Campos (1942, pp. 185-186) afirma que o fim da concessão restituiria as partes envolvidas (concedente e concessionário) ao *status quo ante*, ficando este último restituído da sua propriedade e com livre disposição dos seus bens.

Depreende-se daí que a preocupação do autor é defender tal retorno ao “*status quo ante*” e não defender “*a natureza do ato da concessão*”. Segundo o autor (1942), o “ato de concessão” criaria um estado de inviolabilidade e de proteção das vantagens e prestações estipuladas, características estas que somente seriam verificadas em contratos (privados). Invocando Otto Mayer mais uma vez, neste ponto, Campos (1942, p. 174) sugere que seriam atribuídas às concessões “consequências jurídicas que costumam decorrer das relações contratuais”.

Francisco Campos não está contra a corrente teórica da sua época no que diz respeito à definição da “natureza jurídica da concessão”.

Como Masagão e Franco Sobrinho, ele sustenta a natureza contratual da concessão. O que o torna diferente dos autores de sua época – ao menos neste caso – é o fato de refutar com veemência a teoria francesa, que ele vê como defesa de um regime especial para a concessão (1942, p. 181).

Para Francisco Campos (1942), o objeto da concessão, em hipótese alguma, pode definir a natureza jurídica do instituto: “*objeto e natureza jurídica são coisas distintas que não se comunicam e não podem ser confundidas*”. Em outras palavras, “*o objeto da concessão é apenas um elemento a ser considerado na interpretação e execução do contrato [de concessão]*” (CAMPOS, 1942, p. 175).

A propósito, é válido mencionar, ainda, a forma que o autor articula as teorias estrangeiras no seu parecer. Campos (1942) analisa as doutrinas francesa, alemã e americana. A primeira delas é utilizada pelo autor de modo negativo. Isto é, ele a desconstrói para, a partir daí, fundamentar o seu ponto de vista: *a concessão é um contrato, mas não o contrato dos franceses*. As outras matrizes teóricas são utilizadas ao “gosto do freguês”.

Verifica-se que, embora Campos utilize os pensadores os alemães, parece que – ao menos no caso analisado – ele não busca em tais autores a postura pró-Estado que, em último caso, inviabilizaria *conceder o bem público*. Ao que tudo indica, esta parece ser uma característica comum do ambiente teórico alemão das concessões: a impossibilidade de contratar o que é público. Já a doutrina e jurisprudência norte americanas são utilizadas pelo autor sem maiores restrições de adequação.

Não se vê, aqui, preocupação do autor sobre a adaptação contextual de sistemas jurídicos distintos. Francisco Campos pertence a um seletor grupo de juristas brasileiros em dia com as doutrinas estrangeiras e ciente dos quadros políticos em que elas estavam sendo desenvolvidas (SEELAENDER e CASTRO, 2010). Deste modo, é pouco provável, portanto, que ele, ao adequar outras teorias aos seus pontos de vista, estivesse fazendo isso com ingenuidade.

Segundo Seelaender e Castro (2010), o maior ou menor apego ao formalismo em Francisco Campos é relativizado conforme os interesses de seus clientes. Dependendo do material analisado é possível observar um jurista ora mais aberto, ora mais resistente à bilateralidade das relações Estado (contratante - empresa contratada). Neste sentido, é curioso examinar seu posicionamento posterior. Em parecer datado de 1943, em que analisa a aplicação da Lei de Usura com relação às

concessões e contratos para prestação de serviços públicos, Francisco Campos (1943) adota outra linha de raciocínio.

Ainda mantendo sua opinião com relação à natureza jurídica contratual da concessão, Campos (1943, p. 558) afirma então que, embora assumida natureza contratual, o instrumento da concessão não pode ser assimilado à categoria usual do contrato no comércio jurídico. O autor destaca, neste ponto, o “*regime jurídico próprio do serviço público*”. Para o autor (1943), o serviço público possuiria regime jurídico próprio e uma economia particular distinta.

Referidas características não seriam perdidas quando o poder público delegasse a entidades privadas a execução dos serviços. Nesta hipótese, o serviço público continuaria a manter sua natureza e seria regido por normas jurídicas que lhes são próprias. Daí que, na opinião de Campos (1943, p. 558), pode-se até atribuir ao *diploma* que rege as relações entre Estado e privado o nome de *contrato*, mas isso não teria o condão de definir a natureza das relações.

As concessões, sugere Campos (1943, p. 559), constituiriam uma categoria à parte, que, embora denominada de contrato, “*por comodidade de linguagem*”, não consistiriam num contrato em sentido próprio ou em um contrato propriamente dito. Assim, segundo o autor, o instrumento em que se consubstancia a concessão alcançaria, antes de tudo, a natureza de “*regulamento de serviço*”. Ela estabeleceria, na sua visão, as condições (do serviço), suas tarifas, o estatuto de sua administração, os direitos do público com relação ao serviço e as vantagens atribuídas ao concessionário a título de contraprestação.

Curiosamente Francisco Campos não utiliza neste parecer fontes estrangeiras para sustentar seu posicionamento. Não existe, em nenhuma das suas classificações, qualquer indicação explícita da doutrina francesa, alemã ou americana. Mesmo assim, parece existir uma singela aproximação entre a posição que ele assume e a teoria dominante na França. A principal característica da doutrina francesa presente em tal trabalho – *antes refutada pelo autor* – diz respeito aos efeitos que o regime especial do *serviço público* exerceria na classificação da natureza jurídica da concessão.

No caso, é possível perceber que a técnica utilizada por Campos para classificar a natureza da concessão é extraída da própria dinâmica da natureza especial do *serviço público*. A *natureza jurídica da concessão* é identificada pelo autor como “*regulamento de serviço*”, o que se distancia – para fins de interpretação e execução – tanto da ideia de “*ato*” quanto da ideia de “*contrato*”. De onde vem a divergência com



o entendimento anterior? É importante que se entenda o contexto em que esta interpretação é formulada.

A questão submetida à apreciação do jurista diz respeito à aplicação de multa ao consumidor prevista em contrato de concessão de distribuição de energia elétrica. Em termos muito simples, o contrato em questão teria autorizado que a empresa exploradora do serviço de distribuição de energia elétrica aplicasse multa de 10% em caso de inadimplemento. Com o atraso do pagamento mensal e amparada pela previsão contratual, a empresa concessionária procedeu à cobrança dos valores previstos. O consumidor pagou as contas em atraso com a majoração derivada da aplicação de multa e, em seguida, ajuizou ação judicial requerendo a devolução dos valores de multa.

O caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que decidiu pela procedência do pleito. Segundo o acórdão, em que pese à existência de previsão contratual autorizando a aplicação da multa, esta não poderia ser aplicada aos usuários que tivessem entrado em relação com a Companhia depois de abril de 1933, haja vista que o Decreto-lei 22.626, cujo artigo 8.º prelecionava que “*as multas e cláusulas penais, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender as despesas judiciais e honorários de advogado, e não poderão ser exigidas quando não for intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação*”.

Assim, o TJRN, na sua interpretação, deixa de relacionar a multa ao caráter público do serviço prestado. Para desconstruir este posicionamento, Francisco Campos (1943) busca trazer e pulverizar os efeitos da natureza jurídica dos *serviços públicos* para outros âmbitos. Para Campos (1943, p. 558), o serviço público não somente teria uma natureza jurídica específica como, também, esta natureza definiria “*normas jurídicas que lhe são próprias*”, adequadas à finalidade do serviço, sua função e à sua economia.

A *multa moratória*, segundo o autor, ao estar vinculada ao âmbito econômico do serviço, também assumiria uma *função*: a “*de assegurar a regularidade do serviço público*”. A cobrança da multa moratória, na interpretação de Francisco Campos (1943, p. 558-559), ultrapassaria o mero interesse do concessionário, revestindo-se de interesse público. Isto, segundo o autor (1943), pela lógica do próprio regime especial do serviço prestado. De modo objetivo, nesse outro caso, a concepção de Francisco Campos parece se aproximar – e muito – da teoria do *contrato misto*.

Em parecer datado de 1950, Francisco Campos adota o que pode ser considerada sua terceira linha de entendimento. Mais uma vez, o autor vai sustentar a ideia de que, na prática, pouco importa a classificação da natureza jurídica da concessão. Em que pese isso, é justamente na classificação da natureza jurídica que ele vai encontrar os subsídios para fundamentar sua posição. É, pois, na estruturação da concessão que Campos estabelece os parâmetros que justificam a posição tomada no parecer.

O caso submetido à sua análise tratava, dessa vez, de alteração unilateral de cláusula de fixação do preço de gás. A alteração do valor praticado foi operada pela Administração Pública, por meio de decreto, e visou à estipulação de valor mais favorável para os consumidores. O entendimento de Francisco Campos é pela ilegalidade da alteração.

Para o jurista mineiro (1950, p. 52), existiria “*na concessão, independente da sua natureza jurídica, uma parte que consiste exclusivamente no interesse do particular*” (do concessionário). Segundo o autor (1950), esta “parte” estaria consubstanciada, por um lado, no preço pelo qual o concessionário estaria comprometido com o poder concedente a prestar o serviço, e, por outro lado, na regulamentação “*atinentes à forma de disposição do serviço público concedido*”.

A parte financeira, vinculada ao equilíbrio econômico do contrato, não seria passível de alteração unilateral por qualquer das partes. Para Campos (1950, p. 53), o poder público não seria um poder irresponsável e arbitrário. Ele se vincularia e se limitaria pelos seus próprios atos, os quais, na opinião do autor, estariam revestidos de boa-fé e, induzindo o particular à confiança, não devem gerar a perda do vínculo estipulado.

Segundo Campos (1950), a concessão se manifestaria, por esta lógica, por dois atos subsequentes: o “*ato unilateral da administração*” e o “*acordo entre as partes*” (concedente e concessionário). O primeiro ato, *unilateral*, evidenciaria a faculdade discricionária da administração do poder público, na medida em que este último seria responsável por estabelecer os parâmetros da concessão e a forma pela qual ela é operacionalizada.

Porém, editado, o ato não mais dependeria da decisão discricionária. A partir daí, por força do acordo de vontades, segundo o autor (1950), as consequências que resultarem do ato, os efeitos que produz e a incorporação das suas disposições seriam cumpridos e se satisfariam independentemente da discricção administrativa. A relação

então estabelecida estipularia, para ambos os contraentes, direitos e obrigações.

Segundo Campos (1950), independentemente da natureza jurídica que se atribua à concessão, este “ato” terá “conteúdo jurídico definido”, que pressupõe bilateralidade ou reciprocidade. Neste ponto, Francisco Campos (1950) invoca Gaston Jèze, para quem, na sua visão, a concessão seria “*ato complexo*”, em que se encontrariam, de um lado, uma situação regulamentar, relativa ao serviço público, à sua organização e ao seu funcionamento, e de outro lado, o *contrato propriamente dito*, cujo conteúdo estaria protegido por articulação bilateral.

Para Francisco Campos (1950), esta ilação seria resultante da própria “*estrutura jurídica do ato de concessão*”, a qual se dividiria em duas partes. Uma regida pelo direito público, referente à organização do serviço público; e outra, pelo direito privado, relacionada às cláusulas estipuladas em comum acordo entre as partes. A primeira parte, do direito público, estaria representada pelo “ato” e seria passível de alteração – desde que a alteração não implicasse prejuízos para o *equilíbrio financeiro da concessão* –. A segunda parte, por outro lado, não admitiria qualquer modo de alteração unilateral (CAMPOS, 1950, pp. 56-57).

No parecer analisado, a natureza do ato de concessão estaria estruturada em duas situações diversas: i) *a do serviço público*, que, apesar de ser concedido, continua ser um serviço público, de cujas condições de organização e funcionamento o Estado não pode abrir mão, haja vista que presente a obrigação de prestá-lo; e ii) *a da situação do concessionário*, que é de um colaborador voluntário da Administração. Estes seriam os dados que estruturam e formam a natureza jurídica da concessão como “*ato complexo*” (CAMPOS, 1950, pp. 60-61)<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Ainda sobre a estruturação da concessão como ato complexo vale destacar o posicionamento do autor, datado de 1934, em parecer sobre a “*fixação das tarifas dos serviços públicos*”. Neste parecer Francisco Campos dá evidência à necessidade de se aumentar o “*controle da operacionalização dos serviços públicos*”. Para tanto, dentre outros apontamentos, Campos (1942) sugere que o controle das forças que se estabelecem em torno das utilidades públicas se tem revelado de “*todo em todo insuficiente e mal organizado, permanecendo os serviços públicos explorados mediante concessão, sujeito apenas às regras dos contratos*”. Francisco Campos (1942) observa que tais contratos seriam, em sua

Por fim, é preciso destacar a ligação que Campos faz entre a concessão e o ordenamento constitucional então vigente. Conforme pode ser verificado nos trabalhos até aqui analisados – mesmo os de autoria deste autor – os autores pouco ou nada se referem diretamente à Constituição, no sentido de buscar, para suas afirmações, fundamento nela. A narrativa jurídica inserta nos trabalhos parece não fazer maiores aproximações entre o tema “concessão” e a ordem constitucional vigente. Neste último trabalho, no entanto, Francisco Campos (1950), ainda que pelo ângulo da propriedade, como fariam os americanos, realiza esta ligação.

Segundo Campos (1950, pp. 382-383) os poderes da União seriam limitados. Mesmo nos contratos por ela realizados, a União não poderia exercer seus poderes além das limitações constantes parametrizadas pela Constituição. Nesta hipótese, os direitos individuais constitucionalmente previstos não poderiam, igualmente, ser lesados. A propriedade estaria aqui abrangida e, por conseguinte, os direitos adquiridos pelo concessionário, em razão das obrigações mutuamente assumidas. Para sustentar esta linha de argumentação, Francisco Campos (1950) faz uso seletivo da jurisprudência e doutrina norte-americana.

De modo geral, nos textos analisados, Francisco Campos deixa transparecer, no seu entendimento sobre a natureza jurídica das concessões a maleabilidade de seus posicionamentos jurídicos. Ao mesmo tempo em que é possível apontá-lo como um jurista fora da corrente doutrinária de sua época, é seguro situá-lo como um sólido entendedor das doutrinas estrangeiras. É perceptível sua capacidade de

---

maioria, obsoletos e feitos, quase sempre, sem o estudo prévio de todos os elementos que os afetam. Segundo o autor (1942), este seria um modo obsoleto e antiquado de controle. Para Campos (1942), em tese, dentro do regime constitucional então vigente, o controle dos serviços públicos, por força constitucional, estaria atribuído para o Conselho Nacional. Campos (1942), critica esta ideia e coloca como sugestão, dentre outras hipóteses, à de criação de “*controle mediante comissões*”, como, na sua visão, ocorria nos EUA, ou, ainda, do que ele denomina como “*nacionalização*”. De importância capital para o bem estar da nação, as vantagens do serviço público (no caso o autor tratava da indústria elétrica) somente seriam asseguradas se lhe fosse eliminado o caráter especulativo, de que o serviço, segundo Campos, reveste no regime de administração privada. Ao que tudo indica, esta fonte detém, provavelmente, o cerne da grande discussão que ainda afeta a polarização do regime regulatório de infraestrutura no país. Tema igualmente relevante na atualidade.

articular os conceitos do ordenamento jurídico pátrio emprestando-lhes novos conteúdos que são, reflexamente, amparados nos autores estrangeiros.

Aparentemente, não há neste autor uma técnica única para se desvendar a *natureza jurídica da concessão*. Ocorre, sim, a utilização de vários entendimentos para vincular, em cada ocasião, uma posição distinta conforme a causa defendida<sup>86</sup>. O ponto comum que sobressai do material analisado é a constante afirmação do autor no sentido de que não seria importante a definição da natureza da concessão para que se conclua sobre os efeitos que nascem da relação jurídica estabelecida.

Em que pese isso, embora Campos insista neste entendimento, seus pareceres dão conta do contrário. Conforme sustentam Seelaender e Castro (2010, p. 14), mesmo lembrando que atos unilaterais já poderiam, por si sós, vincular a Administração, Campos não hesita em enfatizar, nas concessões de serviços públicos, a existência de um “*acordo de vontades*”, de uma “*relação bilateral*” ou de um elemento “*irredutível de bilateralidade*”, um elemento comutativo ou contratual.

Paradoxalmente, é justamente pelo esforço feito para deslegitimar a necessidade de uma noção conceitual em torno da concessão que, em última análise, Francisco Campos acaba revelando – mesmo que de modo distinto em cada situação – a natureza da concessão: ora *contrato*, ora *instrumento regulamentar*, ora *ato complexo*.

O que está em jogo nos estudos de Campos, portanto, é a análise de um “*ato*” que tem como consequência criar direitos e deveres. Independentemente da natureza que possa assumir em um ou outro caso, o “*ato da concessão*” gera direitos, responsabilidades e garantias, não apenas para uma, mas para ambas as partes (CAMPOS, 1943, pp. 173-174).

---

<sup>86</sup> Segundo Seelaender e Castro (2010) na defesa de sua clientela, o jurista mineiro não falhava, nem mesmo quando pretendia demonstrar que altas multas impostas ao público decorriam do interesse público; ou que concessionários poderiam, finalizada a vigência de seus contratos, escavar as ruas para arrancar o material de sua propriedade sob elas instalados; ou que normas constitucionais criadas para submeter tarifas aos padrões de uma “justa retribuição” se destinariam, na verdade, a atrelar tais tarifas ao valor de mercado, ou mesmo a assegurar, às empresas, a lucratividade que poderiam ter se houvessem optado por outros ramos de atividade, com “riscos e incertezas correspondentes”.

Não há em Francisco Campos o estabelecimento de um critério único, mas sim do que convém para cada caso concreto. Nesta matéria, além de bom teórico, Francisco Campos se apresenta como um exímio advogado. Como lembram Seelaender e Castro (2010), há complexidade na obra de Francisco Campos – se por um lado, pode ser amplamente reconhecido como jurista que deu suporte teórico a regimes autoritários, por outro, pode lhe ser atribuída à produção de significativa obra jurídica em que advoga a defesa da liberdade econômica e da propriedade. Esta característica parece ficar evidente nos textos analisados.

#### 2.2.2.2. A concessão e a possibilidade de desdobramentos: gênero e espécies

No que denominamos como segunda fase do primeiro eixo de teorização do conceito de *concessão*, a doutrina tem como característica a percepção do termo em gênero e espécies. Tal tendência é identificada já nas obras de Themistocles Cavalcanti (1899-1980)<sup>87</sup>. As fontes

---

<sup>87</sup> Embora Themistocles Cavalcanti tenha na sua trajetória um extenso currículo e se apresente como um grandes juristas brasileiros, é deficitário o material a respeito de sua vida. De modo geral, as informações mais completas sobre ele estão disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal e no Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da FGV, o CPDOC. De acordo estas fontes, Themistocles Brandão Cavalcanti nasceu no Estado do Rio de Janeiro, em outubro de 1889. Iniciou seus estudos no curso secundário em Paris, no Colégio Louis de Gonzag, terminando-o em Petrópolis, no Colégio São Vicente. Em 1922, formou-se em Direito pela Universidade do Rio de Janeiro. O jurista ocupou os seguintes cargos e funções: Procurador do Tribunal Especial (1930); Procurador da Junta de Sanções (1931); Procurador da Comissão de Correição Administrativa (1931); Consultor Geral da República (1945-1946); Procurador Geral Eleitoral (ad hoc por diversas vezes e efetivo em 1946) e Procurador Geral da República (1946-1947); Membro da Comissão Consultiva da Prefeitura do Distrito Federal (1932); Membro da Comissão Elaboradora do Anteprojeto da Constituição de 1934, do Itamarati (1933); Presidente da Comissão de Tarifas do Serviço Público (1943); Presidente da Comissão Revisora do Projeto do Código Rural.

Exerceu, ainda, a Vice-Presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros (1940-1942); Vice-Presidência da Associação de Juristas Franco-Brasileira (1948); Presidência da Organização das Entidades Não-Governamentais do Brasil (1949); Presidência do Comitê Jurídico da Organização de Aviação Civil Internacional — ICAO (1954); Presidência da Sociedade Brasileira de Direito

---

Aeronáutico (1956); Presidência do Instituto Brasileiro de Educação, Ciência e Cultura (IBEC); Presidência do Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas. Foi membro do Conselho Federal e do Conselho Regional da Ordem dos Advogados do Brasil, em diversos períodos, de 1962 a 1966; da Comissão que elaborou projeto, não aproveitado pelo Governo, da Constituição de 1967; do Conselho Executivo da Associação Internacional de Ciência Política (Paris); do Conselho Executivo das Organizações Não-Governamentais (Bruxelas); do Comitê Executivo do Conselho Internacional de Ciências Sociais (Paris); do Conselho do Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Brasil; e do Conselho Consultivo da Associação Internacional de Municípios.

Destacou-se como sócio efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, do Instituto Ibero-americano de Direito Internacional, da International Law Association; Conselheiro do Instituto Clóvis Bevilacqua e membro da Academia de Direito, do Pen Clube do Brasil e da Fundação Graça Aranha. Em 1960, foi eleito Deputado à Assembléia Constituinte do antigo Estado da Guanabara e Presidente de sua Comissão Constitucional, em 1960.

No campo do ensino do Direito, dirigiu a Revista de Direito Público e Ciência Jurídica e a Revista de Ciência Política, da Fundação Getúlio Vargas. Atuou também como Professor catedrático de Instituições de Direito Público, da Faculdade Nacional de Ciências Econômicas da Universidade do Brasil, do Curso de doutorado e do curso de formação das cadeiras de Teoria do Estado, Direito Constitucional e Direito Administrativo, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Recebeu o título de Professor Honoris Causa das Universidades de Toulouse e Poitiers e foi diplomado Honoris Causa pela Escola Superior de Guerra. Dirigiu a Faculdade Nacional de Ciências Econômicas da Universidade do Brasil, de 1945 a 1960, sendo membro do Conselho Universitário e de suas Comissões de Legislação e Orçamento (1946-1960) e do Conselho do Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Brasil, ocupando a Presidência, em 1964. Integrou Comissões Examinadoras de Concursos para Professor Catedrático em várias Universidades.

Dentre outras publicações em revistas jurídicas e folhetos avulsos, o autor teve um número significativo de publicações. Foi autor das seguintes obras: À Margem do Anteprojeto Constitucional (1933); Do Mandado de Segurança (1934); Instituições de Direito Administrativo Brasileiro (1936); O Funcionário Público e o seu Estatuto (1940); Tratado de Direito Administrativo (6 volumes — 1942-1944); Princípios Gerais de Direito Administrativo (1945); O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico (1959); O Direito Administrativo no Brasil (1947); A Constituição Federal Comentada (1948); Quatro Estudos: A Ciência Política — O Sistema Constitucional — O Poder Político — O Sistema Federal (1954); Curso de Direito Administrativo (1955-1967); Introdução à Ciência Política (1956); Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil

pesquisadas indicam que este autor e os seguintes, diferentemente dos que os antecederam, não só aceitam outros modelos de *concessão*, como, também, rejeitam a ideia de uma noção conceitual que reduz seu significado a uma expressão comum.

O pensamento de Themistocles Cavalcanti sobre o tema concessão pode ser encontrado essencialmente nas suas obras “*Tratado de Direito Administrativo*”, “*Constituição Federal Comentada*” e “*Curso de Direito Administrativo*”. A primeira é publicada a partir de 1942, a segunda após 1948, enquanto a terceira surge entre os anos de 1955-1967, alcançando a oitava edição. De acordo com as fontes, estas obras foram concebidas enquanto o autor ocupava os cargos de Consultor Geral da República (1945-1946); Procurador Geral Eleitoral (1946) e Procurador Geral da República (1946-1947). Antes, portanto, do seu ingresso no Supremo Tribunal Federal, em 1967.

Themistocles Cavalcanti detém a mesma preocupação com a definição da palavra concessão verificada nos autores anteriormente analisados. No entanto, para este autor (1967, p. 292), a enorme variedade de significados que o termo *concessão* pode abranger não reclama uma delimitação, implica a redução da sua concepção, como tencionam, por exemplo, Masagão e Franco Sobrinho. Ao contrário, para Cavalcanti denotaria a variação que o termo pode refletir.

Segundo Cavalcanti (1967, p. 293), os que pretendem atribuir à concessão sempre o mesmo sentido, esquecem-se de que nem sempre as relações jurídicas decorrentes do ato administrativo têm as mesmas consequências. Nesta linha, a natureza jurídica do *ato* variaria de acordo com o *objeto* e a *finalidade* peculiar de cada uma das suas manifestações. Para o autor (1967), a concessão de obras públicas ou de

---

(Madrid — 1958); Teoria do Estado (1959); Do Controle da Constitucionalidade (1965); Princípios Gerais de Direito Público (1967) e Direito e Processo Disciplinar. Foram também publicados os Pareceres da Procuradoria-Geral da República (1953) e Pareceres da Consultoria-Geral da República (1956), emitidos no período em que exerceu os respectivos cargos.

Themístocles B. Cavalcanti foi nomeado Ministro do STF em 1967, por decreto do então Presidente Costa e Silva. O jurista se aposentou em outubro de 1969. Faleceu na cidade do Rio de Janeiro, em março de 1980.



domínio público, por exemplo, não se confundiria com a concessão de serviço público.

Ainda que de modo discreto, o pensamento de Themistocles Cavalcanti se orienta pela atribuição de sentido genérico ao termo concessão, a partir do qual, segundo o autor (1967), derivariam outras manifestações. Esta constatação fica mais evidente quando o autor (1967, p. 293) afirma que a palavra concessão, qualquer que seja a sua aplicação, deteria um “*sentido comum*” que é a transferência (outorga) a terceiro dos poderes, vantagens e utilidades que pertenceriam ao concedente e que, por efeito da própria concessão, teriam passado ao concessionário.

Isso não quer dizer, entretanto, que pareça existir confusão terminológica na construção conceitual deste autor. Clara é a sua preocupação em delimitar a aplicação do termo concessão – sem, no entanto, reduzi-lo à “*concessão de serviço público*”. Cavalcanti (1967; 1963) sugere que é necessário não confundir algumas questões, como por exemplo, o “*direito de uso da coisa comum*” com o “*uso da coisa pública*” ou, ainda, com “a exploração de um serviço sujeito a licença especial do poder público”. Em parecer datado de 1960 Cavalcanti (1962, p. 361) já estabelecia seu entendimento no sentido da concessão ser uma “*categoria a parte dos contratos*”.

O pensamento de Themistocles Cavalcanti sobre a concessão distingue-se, também, pela caracterização (da concessão) como desdobramento (ou alargamento) do contrato privado. Para ele (1962), a disciplina específica das concessões advém, sobretudo, da transplantação do sistema do direito continental europeu. No entanto, ela seria filha legítima, no Brasil, da alteração do sistema tradicional, que, desde 1930, teria sido abalado pela ampliação da ação discricionária do governo.

O ponto crucial desta constatação, segundo o Cavalcanti (1962), residiria no fato da Constituição ter determinado que a lei estabelecesse os critérios gerais para a fixação de tarifas dos serviços públicos concedidos. Assim determinando a Constituição, ter-se-ia alargado a competência federal em detrimento da liberdade de contratação das partes (CAVALCANTI, 1962, p. 361).

Themistocles B. Cavalcanti (1962, pp. 362-363) sugere que, a partir daí, não só o contrato teria perdido as suas características tradicionais para ajustar-se ao dirigismo contratual, mas o próprio elemento da “*vontade na elaboração do contrato*”, como na sua execução, teria perdido, também, seu conteúdo. Segundo o autor (1960),

a *concessão* não deixa de ser *contrato* em suas origens e na sua forma; mas já é um “*contrato diferente*”, subordinado pelo poder público.

Cavalcanti (1962, p. 361) parece não buscar, portanto, a adequação de uma ou outra derivação teórica estrangeira para distinguir o fenômeno do “*contrato administrativo*”. Para este jurista (1962), o contrato administrativo, na figura da concessão de serviço público, seria algo como o desvio de um itinerário linear, que teria sido provocado pelo alargamento das funções governamentais. A prática jurídica no Brasil, tanto a doutrinária como a legislativa, segundo o autor (1962), teria consolidado as concessões como contratos de direito privado.

Na visão do autor (1962), era grande o prestígio da concepção contratualista e do “*contrato de direito privado*”, sem conteúdo próprio de direito público e administrativo. Constatação esta que, segundo Cavalcanti, não passaria de mero reflexo das tendências norte-americanas e europeia, haja vista que não haviam, ainda, prosperado naqueles continentes as novas doutrinas de “*serviço público*” e “*public utilities*”<sup>88</sup>.

No Brasil, no entanto, a Constituição teria permitido deixar de aplicar certas imunidades aos contratos privados (CAVALCANTI, 1962, p. 363). Segundo o autor (1962), a percepção da concessão como *contrato administrativo* adviria, em verdade, da mutação que o contrato privado teria sofrido na medida em que alguns dos seus elementos tivessem sido flexibilizados e subordinados ao controle público. Neste ponto, ele sugere que as “*public utilities*” tiveram o mesmo desdobramento nos EUA: “*o que tivesse afetação pública poderia sofrer regulação pelo poder de polícia*”.

Themístocles Cavalcanti não parte da definição de um fenômeno *sui generis* para, depois, tentar buscar sua *natureza*. Ao contrário, o autor parece simplesmente indicar a concessão como produto da alteração do contrato privado, modificado por força do alargamento da competência federal e discricionário do governo. Cavalcanti (1962, p. 371) afirma que o regime contratual [de direito privado] teria sido

---

<sup>88</sup> Themístocles Cavalcanti, assim como outros juristas da sua época, demonstra interesse pelo direito americano. No entanto, dos autores analisados, ele, aparentemente, representa ser o mais atento à diferenciação entre os termos “*public utilities*” e o “*serviço público*”. Sua constatação, em 1967, é a de que não se pode atribuir ao termo “*public utility*” uma significação precisa” (1967, p. 307). A propósito desta confusão conceitual, mais uma vez, fazemos referência ao trabalho de Loureiro (2011).

modificado pelo Código das Águas (1934), que alteraria o sistema ao transferir para lei ordinária matéria que se situava no campo contratual [privado].

Por outro lado, Cavalcanti (1962, p. 365) não deixa de reconhecer que a eficácia destas mudanças não deve ser levada muito longe, haja vista a permanência de cláusulas imutáveis. Decorreria daí, afirma, a legitimidade da regulamentação do contrato e flexibilidade de algumas cláusulas. Assim, a extinção do regime contratual não modificaria, mas antes consolidaria o conceito de concessão, no momento em que as concessionárias, pelo “*revigoramento do controle de poder concedente sobre a concessão*”, teriam ficado sujeitas ao *regime do ato unilateral*.

É importante notar que o autor, ao efetuar tais reflexões, dá grande atenção ao problema da “remuneração do capital investido” pela empresa – leia-se, preço da tarifa. No seu Tratado de Direito Administrativo, de 1963, Cavalcanti (1963, p. 525) sugere que a alteração do regime de remuneração do capital encerraria um dos aspectos mais difíceis e melindrosos da intervenção do Estado nas suas relações com os concessionários dos serviços públicos. Razão disso seria a ausência de um critério seguro e definitivo que permitisse determinar com precisão, qual a remuneração do capital correspondente aos justos interesses da empresa, sem ferir o interesse público<sup>89</sup>.

Segundo Cavalcanti (1963), o conceito de concessão de serviço público teria evoluído junto com a crescente necessidade de revisão dos contratos administrativos<sup>90</sup>. Para o autor (1963, p. 409), a revisão dos contratos administrativos era assunto corrente em todos os lugares,

---

<sup>89</sup> Neste ponto, o autor faz menção ao entendimento de Francisco Campos, para quem, segundo ele, a fixação dos valores das tarifas deveria levar em consideração a indispensável expansão e melhoramento dos serviços. De acordo com Cavalcanti (1963), Francisco Campos traz como exemplo o caso “Bluefield Water Works” decidido pela Suprema Corte Americana.

<sup>90</sup> Esta é, também, preocupação e constatação de Francisco Campos (1934). Para ele (1934, p. 126), “*as últimas consequências da revolução industrial criaram aos governos novas e complexas funções ou dilataram o território das suas funções clássicas e tradicionais, de maneira a envolver na sua competência questões, para cuja indagação e elucidação se exigem conhecimentos técnicos e especializados, cada vez mais remotos à compreensão mesmo das pessoas cultivadas, e sem os quais impossível se torna a análise dos elementos daquelas questões e o agenciamento de recursos e remédios destinados a conciliar com os do público os interesses criados pela exploração das forças naturais e industriais, e da sua utilização pelo público em geral.*”

principalmente frente às transformações técnicas sofridas pela indústria, graças ao aperfeiçoamento dos processos científicos e às novas exigências do serviço público. Estas alterações seriam viabilizadas e legitimadas pela “*teoria da imprevisão*”.

Na hipótese de revisão dos contratos administrativos, portanto, reside o núcleo duro do que se veria como “*a subordinação do concessionário ao Estado*”. Esta seria determinante para fixar o tema (1963, p. 345). Ao comparar a *concessão* com a *licença* e a *autorização*, Cavalcanti (1963, p. 344) identifica como critério determinante de diferenciação a própria natureza da situação do explorador de serviço, nas obrigações que assumiria com o público e nos direitos que decorreriam de sua substituição ao Estado na execução do serviço.

Para Themístocles Cavalcanti (1963), o estabelecimento da concessão, ainda que por opção do concessionário, geraria a subordinação deste último para com o Estado. A partir daí seriam conferidos ao concessionário direitos e prerrogativas que só o Estado estava apto a gozar. Com isso, ao concessionário, implicitamente seria imposto um ônus de maior gravidade, não só perante o público, mas também ao Estado, a quem (o concessionário) ficaria sujeito no controle de seus serviços, lucros e benefícios (CAVALCANTI, 1963, p. 345).

Themístocles Cavalcanti (1962; 1963; 1967) reconhece a natureza contratual da concessão. Ele o faz, porém, tendo como pressuposto não a natureza da relação jurídica que se estabelece ou a natureza do ato, por meio do qual o fenômeno da concessão se materializaria. Sua concepção sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público está adstrita a sua avaliação da legitimidade da intervenção estatal em uma relação que, em princípio, seria privada. O que mais importa aqui é a posição assumida pelo concessionário:

Tal prerrogativa ocorreria justamente porque o concessionário não apenas pactua com a Administração Pública, mas, mais do que isso, reveste-se da roupagem do Estado, assumindo, assim, as obrigações e direitos inerentes à prestação dos serviços públicos (CAVALCANTI, 1962; 1963; 1967).

No que diz respeito à natureza jurídica das concessões, aparentemente não há em Themístocles Cavalcanti (1963, p. 356) nenhuma dúvida sobre o caráter contratual do instituto, uma vez que o contrato seria elemento essencial para sua validade. A natureza contratual da concessão é manifesta, pois a sua existência e obrigatoriedade decorreriam de uma dupla manifestação da vontade: do poder concedente e do poder concessionário.

O caráter público do contrato, por sua vez, derivaria da ideia de serviço público. Sustentando esta posição, Cavalcanti (1963; 1967) invoca Gaston Jèze e alega, a partir da doutrina francesa, que haveria, em todo o contrato feito com a Administração, a prévia ciência o conhecimento do contratante de que a execução da obrigação se subordina à natureza do serviço público delegado e à posição jurídica específica da outra parte.

Conforme enfatiza Cavalcanti (1963, p. 359), disso decorreria a legitimidade de certas medidas tomadas pelo Estado durante a vigência do contrato. A concessão seria caracterizada pela “*desigualdade das partes*” – uma representaria o interesse geral (*serviço público*), e outra, o interesse privado, consubstanciado nos interesses do contratante. O contrato rege, assim, um “*serviço público administrativo pelos particulares, mas com os benefícios e as consequências onerosas dessa premissa*” (CAVALCANTI, 1963, p. 359).

Embora não deixe de haver nítida identificação com a concepção francesa de *concessão*, notadamente na versão de Gaston Jèze, percebe-se que Themístocles Cavalcanti (1962; 1963; 1967) avança, sempre que possível, para a interpretação do fenômeno da concessão a partir do direito norte-americano. Isto se torna mais perceptível quando, em capítulos apartados de suas obras *Tratados e Curso de Direito Administrativo*, Cavalcanti trabalha os assuntos “*remuneração do capital e prazo das concessões*”.

Neste ponto, é possível verificar um Cavalcanti mais técnico. O autor compara a “*evolução*” do contrato [administrativo] no Brasil com o desenvolvimento da noção de “*police power*” e sua aplicação em relação às “*public utilities*” nos EUA (1962, pp. 361-363). Isso pode ser verificado, também, em trabalhos de ordem prática do autor. A fim de sustentar posicionamento favorável à imutabilidade das cláusulas financeiras das concessões, vez ou outra, Cavalcanti pinça jurisprudência e produção doutrinária norte-americanas.

Aparentemente mais contido do que Francisco Campos em relação à adaptabilidade do seu posicionamento, Cavalcanti aproxima-se de Campos no que diz respeito à autonomia de articulação das suas construções jurídicas. Para esta pesquisa, o que parece ser importante, neste ponto, é a essência que acompanha o pensamento de Cavalcanti no sentido de compreender a concessão como desdobramento do contrato privado. Registre-se, ainda, sua visão no sentido de atribuir à noção conceitual significado que atinja outros atos, que não somente o de outorga de execução de serviço público.

Por fim, merece destaque a análise de Cavalcanti acerca da *concessão* das minas e jazidas. Para o autor (1960, 273-276), a concessão seria aplicada à lavra, sem que propriedade fosse passada ao concessionário. Somente a exploração seria concedida, não a propriedade. No caso das minas, o “sistema concessional”, por ele assim denominado, estaria consagrado pela legislação como “*delegação*” ou “*outorga*”, materializando-se após serem apuradas as condições e qualidades do pesquisador.

Esta constatação evidencia o que já se afirmou sobre Cavalcanti: embora ele proceda com o alargamento do *conceito*, inserindo-o em contextos relacionais distintos, o autor parece não cair na confusão conceitual da *natureza jurídica* ou na fusão desatenta entre o público e o privado.

No que concerne à concepção da *concessão como alargamento do contrato privado*, também merece destaque a produção – ainda que relativamente pequena – do jurista Gaúcho, Ruy Cirne Lima (1908-1984)<sup>91</sup>, influente na discussão posterior da matéria.

Na busca de um norte para a superação da discussão sobre a possibilidade ou não de um *contrato administrativo*, o jurista gaúcho efetua uma aproximação e transmutação da teoria francesa. Para Cirne Lima (1953, p. 24), a caracterização do contrato administrativo dependeria do exame analítico dos elementos que formam a sua estrutura e do conteúdo do negócio jurídico que por ele se estabelece.

O pensamento de Ruy Cirne Lima (1953) parece estar ancorado na ideia do direito administrativo como meio de regulação de formas específicas de certas atividades. Segundo o autor (1953, p. 17), o direito administrativo seria uma ciência supletiva aos demais ramos do direito. Suas formas de regulação estariam adstritas especificadamente à

---

<sup>91</sup> Ruy Cirne Lima nasceu em 1908, na cidade de Porto Alegre (RS). Advogado, formou-se em Direito, em 1928, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da qual foi, posteriormente, Professor e Diretor (1967-1971). Ali, lecionou por 42 anos, várias disciplinas, dentre as quais, Direito Internacional Privado, Direito Público Internacional e Direito Romano. No entanto, sua maior contribuição foi na disciplina de Direito Administrativo e Ciência da Administração, da qual se tornou catedrático. De 1964 a 1965 ocupou o cargo de Secretário da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. Dentre suas obras podem ser destacadas “Princípios do Direito Administrativo Brasileiro”, “Sistema de Direito Administrativo Brasileiro” e, ainda, seu ensaio sobre terra devolutas, “Pequena História Territorial do Brasil”.

determinadas *atividades* – e não a pessoas determinadas. A rigidez de regulação não serviria ao curso variável e mutável de uma forma específica de atividade (LIMA, 1953, p. 17).

Já a disciplina dos contratos de direito público, inserta e regulada pelo Direito Administrativo, assemelha-se, na visão do autor (1953), a um campo de batalha. Assim, a definição da existência ou não de um contrato administrativo constitui, para o autor (1953), “*tema áspero*”. A ideia de contrato administrativo estaria numa dimensão alargada e transcendental da lógica de contrato presente no direito privado. Ela dependeria da percepção de “*transcendência*” de um conceito fechado em um sistema próprio, a fim de que pudesse ser aplicada em outras esferas<sup>92</sup> (LIMA, 1953).

Cirne Lima (1953, p. 18) sugere que “*faltava um conceito geral de contrato*”. Segundo o autor (1953, p. 18-19), “*todos*” os doutrinadores teriam proclamado a transcendência do conceito de contrato, comum ao Direito Internacional, ao Direito Privado e ao Direito Público. Fato este que estaria impedindo se retornasse à velha concepção romana de contrato.

Não havendo dúvidas, portanto, quanto à possibilidade de utilização do “*termo contrato*” e dos seus “*efeitos jurídicos*” no Direito Administrativo, subsistiria, ainda, para Cirne Lima (1953), a discussão sobre a possibilidade de um “*contrato de direito administrativo*”. A propósito deste assunto, para o autor (1953, p. 20), ainda que se reconheça a característica transcendental do contrato, parte da doutrina estaria insistindo na refutação da ideia, sob o argumento de que inexistente no *contrato administrativo* “*equilíbrio contratual*”, por estarem as partes contratantes em posições distintas.

Ruy Cirne Lima (1953) sugere, entretanto, que esta argumentação não deve prosperar. Para refutar a ideia de que o desequilíbrio contratual faria inexistir um contrato, o autor lança mão do entendimento de Mário

---

<sup>92</sup> Neste ponto, para dar lastro à sua argumentação Cirne Lima (1953) invoca Savigny. Na visão do autor (1953), Savigny teria observado que as relações que são estabelecidas pelo contrato e que pode dele se estender podem concernir ao direito internacional, ao direito público e ao direito privado, aplicando-se, a todos esses casos a ideia de contrato. Cirne Lima (1953) observa que a essência do contrato é, *agora*, o “*acordo de vontades*”. É válido mencionar que esta linha de argumentação é a mesma utilizada pelos teóricos franceses que defendem o contrato administrativo. Notadamente nos embates teóricos que travam com a teoria alemã que refuta a mesma ideia.

Masagão. Conforme indicamos, Mário Masagão (1933, p. 81) parte do pressuposto de que seria frequente no domínio contratual, mesmo no direito privado, que uma das partes estatua normas e outra apenas as aceite. Na opinião de Cirne Lima (1953), a prévia fixação de cláusulas pela administração pública tampouco apagaria a posição do contratante.

Neste ponto, o autor (1953) traz a lume as observações de Georg Jellinek<sup>93</sup>, para quem, segundo descreve, a subordinação do indivíduo ao Estado não implicaria a exclusão da posição do indivíduo, como pessoa, diante do Estado. Ao contrário, toda e qualquer pretensão do Estado, face ao indivíduo, deveria se assentar em um fundamento jurídico, de modo que a limitação do poder do Estado pelo direito e o reconhecimento, pela ordem jurídica, da personalidade do indivíduo, criariam, para este, um “*status libertatis*”, não só de fato, mas também juridicamente. Dentro desta esfera de liberdade, sugere Cirne Lima (1953), o particular seria, juridicamente, igual ao Estado<sup>94</sup>.

A partir daí, Cirne Lima (1953) conclui que os contratos de direito público e de direito administrativo não só existiriam como figuras jurídicas, “*transcendentes do direito positivo*”, como, também, podem ser celebrados entre duas ou mais pessoas da administração ou, ainda, entre a administração e o particular. Cirne Lima (1953) chama a atenção, entretanto, para o fato de que, na sua visão, isso não bastaria para fixar os caracteres próprios de um contrato administrativo. Aqui é onde ele, aparentemente, aproxima-se e, de certo modo, tenciona adequar a teoria francesa ao contexto jurídico nacional.

Para tanto, Cirne Lima (1953) destaca a influência que a matriz francesa teria exercido sobre os doutrinadores do direito brasileiro. Sobretudo, o autor (1953, p. 22) expõe as duas correntes: a de Duguit e a de Jèze. Salientando, entretanto, que nenhuma delas seria satisfatória para apontar as marcas características do contrato administrativo.

Segundo o jurista gaúcho (1953, p. 22), falharia a doutrina “finalística de Duguit” na medida em ela procuraria caracterizar o contrato administrativo pelo fim mediato a que tende – um fim de serviço público. Por outro lado, falharia também a de Jèze ao atribuir ao Direito Administrativo, no que diz respeito aos contratos, a feição de

---

<sup>93</sup> “**System der subjektiven Öffentlichen Rechte**, Freiburg I. B., 1892, ps. 78 e seguintes; cf. a 2<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1905, ps. 86 e seguintes” – assim citado pelo autor.

<sup>94</sup> Sobre a construção da teoria da autolimitação do Estado ver BERCOVICI, Gilberto (2008).



direito convencional, fundado sobre o princípio da autonomia da vontade.

Para Cirne Lima (1953, pp. 22-23) a questão dos caracteres que permitem identificar delimitadores da natureza jurídica dos contratos administrativos pairaria numa esfera mais alta. Segundo o autor (1953), o Direito Administrativo não seria um direito fechado, de modo que se relaciona com as demais esferas. Com efeito, caberia ao Direito Administrativo *regular* “*subspecie publicae utilitatis*”.

Nesta tarefa – de regulação – a aplicabilidade do Direito Administrativo suporia, relativamente ao Estado, um “*deve*”, não um “*pode*” (LIMA, 1953, pp. 22-23). Dito de outro modo, o autor (1953) observa que a função do Direito Administrativo é regular relações em que a administração pública configure vinculada – legalmente e obrigatoriamente – à realização de um fim superior: *a utilidade pública*<sup>95</sup>. O que, segundo o autor, seria identificado por um “*deve*”.

---

<sup>95</sup> Aqui, é preciso abordar à noção de *utilidade pública* deste autor. Cirne Lima tem na noção de *utilidade pública* o reconhecimento de um verdadeiro *Princípio-chave* da interpretação do Direito. Para ele, a noção conceitual de *utilidade pública* cuida de uma *noção limite* (LIMA, 1939, p. 17) que *imprime rumo, dá direção positiva ao sistema e as regras de direito que, ao seu redor se forma*. O conceito de utilidade pública molda-se sobre o de utilidade social; embora o conceito de utilidade pública seja maior do que utilidade social (1939, p. 16). É de se observar que, para o Cirne Lima (1939, p. 69), os conceitos de *utilidade pública* e de *serviço público* se equivalem. Segundo o autor (1939), a sinonímia entre os dois conceitos estaria consagrada e sublinhada pela Constituição Federal de 1934 (arts. 5.º, §§ 2.º e 4.º), já sendo encontrada desde o decreto 17.390, de 16 de julho de 1926 (cap. VII, art. 61). Ao que tudo indica, o “*princípio da utilidade pública*” e sua conceituação são pressupostos para entender a obra de Ruy Cirne Lima, haja vista que este autor considera tal princípio como o “*produtor da formação do Direito Administrativo*”: Assim é sua descrição: “*como qualquer acidente de terreno pode causar a formação de um cômodo nas praias do mar. É suficiente que uma saliência enrugue o chão liso. Sobre ela, batidas do vento, logo as areias se acumulam e já o acúmulo das primeiras suplanta a saliência primitiva para fazer-lhe as vezes e deter e acumular as novas areias que o vento tange. Tal é, com efeito, o processo de formação de todo o direito especial [...] Forma-se o direito administrativo do acúmulo de regras de direito sobre o princípio de utilidade pública. Logo, porém, é suplantado o princípio básico pelas normas jurídicas que sobre ele se amontoam, relativas ao Estado, em cuja atividade encontra a utilidade pública, por excelência, o veículo de sua realização*”. Sobre a confusão que os doutrinadores brasileiros fazem em torno das *public utilities* e do conceito de

Segundo Cirne Lima (1953), a caracterização deste “*deve*” se dá, por conseguinte, quando ao menos um dos sujeitos e uma das prestações obrigacionais do contrato se encontram (legal e obrigatoriamente) vinculados à finalidade característica da administração pública. Daí que, também para Ruy Cirne Lima (1953), a caracterização do contrato administrativo e a identificação do que marca a sua natureza jurídica, estão intimamente vinculados *aos sujeitos* e ao *objeto do contrato*.

Raciocínio equivalente pode ser encontrado já no seu livro de 1939, “*Princípios do Direito Administrativo Brasileiro*”. Ali, o autor salienta que a “*atividade*” da sociedade concessionária de serviço público se diz “*administração pública*”. Assim, ao invés de vinculada à vontade social, a atividade pública estaria adstrita ao fim peculiar do serviço público concedido (LIMA, 1939, p. 53). A concessão seria responsável por estabelecer este vínculo.

Segundo Cirne Lima (1953, p. 23), para se reconhecer a existência de um contrato administrativo, deve-se observar: i) no que concerne aos sujeitos, um, ao menos, há de ser pessoa da administração pública; ii) no que tange ao objeto – das prestações obrigacionais – este deve ser: a) alguma coisa do domínio público ou do patrimônio administrativo, e, como tal, vinculada ao fim característico da administração pública e, por igual, submetida ao Direito Público; b) ou fato que, diretamente, represente o exercício da própria administração pública ou atividade administrativa (com o tal, também regido pelo Direito Público).

A natureza da concessão de serviço público não fugiria desta regra (LIMA, 1939; 1953). Conforme enfatiza o autor (1953, p. 24) a concessão de serviço público e o contrato de obra pública seriam, por natureza, contratos administrativos. Na concessão, um dos sujeitos sempre deve ser a administração pública e, pela concessão, delega-se à outra parte a *execução de um serviço público*.

Daí que o “objeto” da concessão de serviço público seria a “*execução do serviço*”, entendida como “*um fato que representa o exercício da própria atividade administrativa*”. Por fim, Cirne Lima (1953, p. 24) esclarece: “*pode se afirmar que o objeto do contrato é administrativo, quando a prestação afeta um serviço público*”, observando, entretanto, que não é da essência da concessão a *estrutura de contrato*, haja vista que pode haver *concessão* sem que haja contrato.

---

serviço público, mais uma vez, apontamos o trabalho de LOUREIRO, Gustavo Kaercher (2011).

Embora aparente se afastar<sup>96</sup> da matriz francesa, como visto, o pensamento de Cirne Lima carrega as diretrizes de Duguit e Jèze<sup>97</sup>. Cirne Lima não nega isso (LIMA; 1939, pp. 11-12). Sobreleva apontar, entretanto, que seu raciocínio vai ao encontro da mesma posição de Themístocles Cavalcanti. Guardadas as devidas proporções, ambos os autores, a seu modo, trabalham com a hipótese de contrato administrativo derivado (transcendente ou afetado) do direito privado<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Também em outros trabalhos Cirne Lima enfatiza a ausência de autoridade científica do Direito Administrativo no Brasil. No prefácio da primeira edição da sua obra *“Princípios de Direito Administrativo Brasileiro”*, Cirne Lima (1939, p. 12) aponta que seria *“flagrantemente injusto ignorar-se a exposição ou aplicação de doutrinas estrangeiras feitas por brasileiros”*. Ao que tudo indica, o *afastamento* da doutrina francesa, para este autor (1939; 1953), parece ser uma forma de demonstrar que existe um *“direito administrativo brasileiro”*, ainda que com fundamento basicamente na literatura estrangeira. Isto pode ser mais bem verificado na discordância que o autor tem sobre a doutrina de Gaston Jèze. Segundo Cirne Lima (1939), a classificação utilizada por Jèze para fins de caracterização do contrato administrativo, qual seja, a eleição de jurisdição pelas partes é o ponto mais problemático. Segundo Cirne Lima (1953, p. 22), *“se a aplicação do Direito Administrativo a um contrato dependesse da eleição das partes, não seria evidentemente, o Direito Administrativo que imprimiria feição característica a esse contrato.”* Conteúdo crítico semelhante ao de Cirne Lima pode ser encontrado em Oswaldo Antônio Bandeira de Mello (1968). Segundo Bandeira de Mello (1968, p. 13), a qualificação de natureza contratual recebida na França teria o condão exclusivo de sujeitar as demandas aos Tribunais Administrativos, típicos daquele país. Em outros países, no entanto, ausentes os tribunais especiais, referida distinção, segundo o autor (1968), não teria sentido, estando, portanto, sem alcance. Daí que, para Bandeira de Mello (1968, p. 15), mesmo que se aceite como certa a tese dos juristas franceses de contrato administrativo, ela não se coadunaria com o direito pátrio.

<sup>97</sup> Sobre a aproximação, ver especialmente a definição dada ao termo *“utilidade pública”*. Com visto na nota anterior, ele parte do pressuposto de que a *“utilidade pública”* se moldaria pelo conceito de *“utilidade social”*, própria de Duguit. Para Cirne Lima (1939, p. 69) os conceitos de *“utilidade pública”* e *“serviço público”* se equivaleriam. De outro lado, embora o autor rejeite a forma de caracterização de contrato administrativo utilizada por Gaston Jèze, sua noção de *“contrato administrativo”*, deixa clara a influência do autor francês.

<sup>98</sup> Há na obra de Ruy Cirne Lima a constante aproximação do Direito Privado com o Direito Administrativo. Não raras vezes o autor (1953; 1967) explica o Direito Administrativo a partir do Direito Comercial ou Mercantil.

Também em Cirne Lima, portanto, a natureza da concessão é concebida com base nos critérios de definição do *contrato administrativo*. Acompanhando o processo de consolidação do Direito administrativo brasileiro, largamente influenciado pela teoria francesa, o jurista gaúcho invoca, ao tratar da natureza jurídica da concessão, os elementos definidores do contrato administrativo: os *sujeitos contratantes* e o *objeto contratado*. Neste aspecto, ele aproxima-se mais da ideia de Mário Masagão (1933).

Parece que, longe de apenas lançar argumentos para legitimar a natureza jurídica contratual da concessão – leia-se, descrever – o raciocínio de Ruy Cirne Lima se pauta pelo chamado “Princípio da Utilidade Pública”, o qual, em última análise, caracterizaria a razão de ser da própria relação jurídica estabelecida entre Administração Pública e o particular.

Assim, a *natureza jurídica da concessão* seria definida pela relação constituída pelo contrato, relação esta, regida pelo Direito Administrativo por ter objeto afetado pela *função pública*. A execução do serviço público é, na visão deste jurista, um fato que representa o exercício da própria atividade administrativa, na medida em que a prestação (que consubstancia a atividade) está *afetada* por um interesse público (LIMA, 1953, p. 24).

A definição do contrato administrativo em gêneros, espécies e subespécies e, por conseguinte, da *concessão*, fica mais evidente com José Cretella Jr. (1920-2015)<sup>99</sup>. Dentre suas obras publicadas que abordam o tema, foram consultadas o “*Curso de Direito Administrativo*” (1962); “*Tratado de Direito Administrativo*” (1967) e “*Dicionário de Direito Administrativo*” (1972). A posição do autor a respeito do assunto aqui trabalhado é praticamente a mesma nestes trabalhos, diferenciando-se apenas com relação à profundidade que a matéria é abordada.

---

<sup>99</sup> O advogado José Cretella Júnior nasceu na cidade de Sorocaba, em 1920. Formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo na turma de 1950, obteve livre-docência em Direito Administrativo pela mesma instituição em 1965, com a defesa da tese “Do desvio de poder”. Em 1969 alcançou a cátedra de Direito Administrativo da instituição, ocupando a vaga decorrente da aposentadoria de Mário Masagão. Na ocasião, defendeu a tese “Dos Bens Públicos no Direito Brasileiro”. Faleceu na cidade de São Paulo, em 2015. Fonte: <http://www.academiapaulistadeletras.org.br/noticias/928-jos%C3%A9-cretella-j%C3%BAnior,-faleceu-dia-11-de-abril-em-s%C3%A3o-paulo.html> e [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66597/69207](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66597/69207)

Cretella Jr. destaca a dicotomia “público-privado” presente na discussão sobre o contrato administrativo ou sobre a natureza da concessão de serviço público. Em contraste com os autores anteriores, o autor (1962; 1972; 1978) demonstra não ter maiores dúvidas quanto à natureza do contrato administrativo ou quanto à localização deste no âmbito do direito público. Por conseguinte, aparentemente, parece não existir para este autor incertezas quanto ao tema concessão, no sentido dela precisar de conceituação específica. Quase sempre amparado na doutrina brasileira, a quem ele faz constante referência – principalmente às obras de Mário Masagão e Themistocles B. Cavalcanti – Cretella Jr. (1962; 1972; 1978) aponta a “*natureza jurídica contratual*” das concessões.

Sua concepção parte do pressuposto da ideia de *contrato* como gênero, do qual derivariam duas espécies, contrato de direito privado e contrato de direito público (CRETILLA Jr.; 1962, p. 244; 1978). Deste último constaria, ainda, uma outra espécie, o contrato administrativo (1962, p. 244). Segundo o autor (1962, p. 247), a concessão de serviço público estaria localizada no âmbito do contrato administrativo. Ao lado do “*contrato de obra pública*”, do “*contrato de fornecimento*” e do “*contrato de empréstimo público*”, a “*concessão de serviço público*” seria uma “*modalidade do contrato administrativo*”.

A argumentação assemelha-se à de Themistocles Cavalcanti. Notadamente no sentido de perceber o contrato administrativo como um “*desdobramento histórico*” do contrato privado. Para Cretella Jr. (1962, p. 237), profundas transformações de natureza econômica teriam determinado um desnível cada vez maior entre as partes envolvidas no contrato, a ponto do livre consentimento, inicialmente verificado nas relações contratuais, ser substituído, na maioria dos casos, por um simples aceitar em bloco.

Para o autor (1962), teria seguido a partir daí uma “*evolução*”, por meio da qual o Estado teria iniciado uma intervenção mais forte, tendo tirado do contrato seus “*traços de privatismo*” e colocado ele sob o “*império do direito público*”. Segundo Cretella Jr. (1962) teria surgido neste ponto o que ele denomina “*publicização do contrato*”. Na sua visão, a publicização do *contrato* nada mais representaria do que uma “*conquista do direito moderno*”<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Segundo Maria João Estorninho (2003, pp. 21-35), a ideia do contrato administrativo foi vendida pelos franceses como uma “conquista moderna”. Para a autora (2003), é justamente esta ideia de “conquista” ou “evolução” que

Segundo Cretella Jr. (1962), não haveria razão, portanto, para apontar um problema de existência da figura do contrato no direito público ou mesmo rejeitá-la. Ao contrário, o autor sustenta a tese que ele atribui a Laband<sup>101</sup>, de que o termo contrato denotaria “conceito geral e abstrato” e de “natureza puramente formal”, não pertencendo só ao direito civil, nem ao direito privado, mas, igualmente, ao direito público, haja vista que seu conceito estaria adstrito à Teoria do Direito<sup>102</sup>.

A preocupação do autor já não parece ser, como nos autores anteriores, mergulhar num debate mais profundo sobre a aceitação ou não de um contrato no direito público ou da natureza jurídica das concessões. Antes de tudo – principalmente no livro “Curso de Direito Administrativo” – é notável a tendência para a simples descrição do que está posto. Salienta-se ser inegável que a administração pública tenha relações jurídicas distintas e que algumas destas relações teriam de ser – como são – suportadas por contratos de direito público.

Esta tendência descritiva, que faz do “*ser*” da prática o “*dever ser*”, fica mais evidente quando o autor trata do tema no capítulo intitulado “*admissão do contrato de direito público*” (1962, p. 241). Ali, inclusive, o autor apela ao argumento de autoridade. Afirma que na Alemanha os juristas mais eminentes – como Paul Laband, Fritz Fleiner, Savigny e Georg Jellinek – admitiriam o contrato público. Invoca, também, o que define como “*aceitação maciça*” da figura na doutrina brasileira – citando Mário Masagão e outros administrativistas. Cretella Jr. (1962) sugere, ainda, que raros autores teriam enfrentado a definição do contrato de direito público.

Estas afirmações parecem não ter outra razão de ser no texto, além do que demonstrar que o assunto já estaria supostamente superado. No entanto, como visto, a abrangência do tema não parece ser tão simples e nem justifica toda esta certeza de “*superação*”.

---

num primeiro momento é refutada pela linha doutrina alemã que rejeita o contrato. Estorninho (2003) observa que a representação do contrato administrativo francês como um instituto moderno e uma evolução caracteriza um “*equivoco histórico*”, que, na sua visão, prejudica a real compreensão do instituto e sua adequação a sistemas jurídicos distintos.

<sup>101</sup> Como observado acima, na introdução que se fez sobre o cenário alemão e francês, Paul Laband figura entre os juristas alemães que sugerem a possibilidade um contrato público.

<sup>102</sup> É interessante observar, aqui, a ligeira semelhança entre o que Cirne Lima atribui a Savigny e Cretella Jr., por sua vez, a Laband.

Cretella Jr. (1962, p. 246) também lança mão da teoria de Gaston Jèze para trabalhar a definição do contrato administrativo. Entretanto, ele defende que o princípio informativo do contrato administrativo, tal como defendido por Jèze – a saber, o *funcionamento do serviço público* – não bastaria para configurá-lo como “*contrato*”. Segundo o autor (1962, p. 247), seria necessário que estivessem presentes as seguintes condições: *que o contrato seja relativo a um serviço público* e que *contenha cláusulas exorbitantes do direito comum*; ou, ainda, que a relação jurídica estivesse submetida, por força legal, às regras de direito público.

A questão da “*concessão de serviço público*” é analisada mais detidamente no seu livro “*Tratado de Direito Administrativo*”. Tal como no livro “*Direito Administrativo*”, Cretella Jr. (1969) mostra a concessão como espécie do contrato administrativo, cuja natureza jurídica, segundo o autor, seria, portanto, contratual. Invocando Masagão, o autor (1969, p. 129) sugere que a *concessão de serviço público* seria definida como contrato de direito público: “*oneroso, sinalagmático, comutativo e realizado intuit personae*”.

Embora o tema das concessões e dos contratos administrativos seja largamente abordado nas duas obras até aqui analisadas, é no “*Dicionário de Direito Administrativo*” (1972) que Cretella Jr. vai trazer de modo pormenorizado a ideia de concessões e modalidades. Segundo o autor (1978, p. 139), o direito administrativo brasileiro comportaria três modalidades de concessões: “*de serviço público, de obras públicas e privativas de bem público*”.

No que diz respeito à concessão privativa de bem público, Cretella Jr. (1978, p. 141) sustenta que ela corresponderia a um *contrato de direito público*, por meio do qual a Administração Pública deteria a prerrogativa de opor, sempre que necessário, o interesse público em detrimento do privado. Esta modalidade, na visão do autor (1978, p. 139), não se confundiria, no entanto, com a “*concessão de lavra*”, que embora possa deter a “*conceituação de concessão*” não comportaria a ideia de *contrato*, haja vista que seria, em última análise, “*autorização*”.

Pode-se notar, portanto, que o conceito de *concessão* em Cretella Jr. (1962; 1972; 1978) começa a imprimir uma acepção não tão restrita como nos primeiros autores. Para que a ampliação semântica não acarrete uma confusão conceitual, o autor invoca sistematicamente as linhas demarcatórias entre direito público e o direito privado no que diz respeito ao contrato administrativo. Parafraseia Laband, afirmando que

“é possível introduzir a dogmática jurídica no direito público sem copiar servilmente o direito civil” (CRETELLA Jr.; 1962, p. 240).

Embora o autor se preocupe mais em descrever o momento, tencionando organizar a ideia de concessão, por outro lado, ele aparenta não ter dúvida sobre a natureza jurídica contratual da concessão. Mesmo porque, em suas palavras, o assunto já estaria “superado”, inclusive para renomados autores brasileiros.

Por outro lado, assim como em Themistocles Cavalcanti, parece também existir em Cretella Jr. a certeza de que o objeto da concessão – *serviço público* – não pode ser tomado isoladamente como condição determinante para fins de classificação da sua natureza jurídica. Dentro desta perspectiva, o serviço público não é visto como critério definitivo. Com isso, abre-se mais o caminho para que a teoria passe a descrever outras modalidades relacionais da Administração Pública como “concessão” e estabeleça, a partir daí, uma identidade jurídico-contratual para tais modalidades.

Hely Lopes Meirelles (1917-1990)<sup>103</sup> também define a concessão como contrato administrativo que abrangeria mais de uma modalidade. Dentre seus trabalhos, são importantes para o tema aqui em análise os seguintes: *Direito Administrativo Brasileiro* (1966), *Licitações e Contratos Administrativos* (1979) e *Estudos e Pareceres de Direito Público* (1971). Nas duas primeiras obras há pouca ou nenhuma preocupação do autor com o debate teórico sobre o tema. Na realidade, como será visto, a intenção do autor foi a de, justamente, realizar “*trabalhos objetivos e práticos*”.

No livro *Licitação e Contrato Administrativo* (1979), Hely Lopes Meirelles, já no início da sua exposição, afirma que a teoria geral do

---

<sup>103</sup> Hely Lopes Meirelles nasceu em Ribeirão Preto, em 1917, e faleceu em São Paulo no ano de 1990. Graduado em Direito pelo Largo de São Francisco em 1942, iniciou sua carreira profissional como advogado. Em 1949 ingressou na magistratura, na qual atuou até 1965. Ocupou, também, os cargos de Secretário de Negócios do Interior (1967-1968), Secretário da Segurança Pública (1968-1969) e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça (1969-1970). Iniciou sua carreira acadêmica na Escola de Engenharia de São Carlos lecionando matérias jurídicas de interesse para os engenheiros, tendo lecionado, também na PUC-SP. Dentre suas publicações podem ser citadas as seguintes: *Direito Administrativo Brasileiro* (1964); *Licitação e Contrato Administrativo* (1979); *Direito Municipal Brasileiro* (1957), *Direito de Construir* (1961); *Mandado de Segurança e Ação Popular* (1967) e *Estudos e Pareceres de Direito Público* (1971).



contrato seria a mesma para todo o gênero contratual. Para ele (1979, p. 194), a *instituição* do contrato, embora típica do direito privado, seria utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos. Por conseguinte, os princípios gerais do contrato se aplicariam tanto aos *contratos privados* (civis ou comerciais), quanto aos *contratos públicos*, dos quais seriam espécies os “*contratos administrativos*”, os “*convênios e consórcios executivos*” e, ainda, os “*acordos internacionais*” (MEIRELLES, 1979, p. 194).

A diferença essencial entre o contrato privado e contrato público, na visão do autor (1979, p. 194), residiria no fato de que, neste último, a Administração Pública estaria sujeita à limitação de conteúdo e aos requisitos formais para a realização dos seus contratos, dispondo, em contrapartida, de privilégios para a fixação e alteração das cláusulas de interesse público. Para o autor, esses seriam os traços que definiriam o “contrato administrativo”.

Segundo o autor (1979), o *contrato administrativo* seria conceituado como ajuste que a administração pública, agindo nesta qualidade, firmaria com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público. A fim de referendar essa conceituação, Hely Lopes Meirelles (1979) faz expressa referência a autores brasileiros, dentre os quais Ruy Cirne Lima e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Embora não a aborde diretamente, o autor aponta, ainda, a bibliografia estrangeira clássica.

Meirelles (1979, p. 198) sugere que, em última análise, o que tipificaria o contrato administrativo é a participação da Administração Pública. Portanto, não seria o objeto do contrato, nem sua finalidade ou o interesse público que o caracterizariam. Segundo o autor (1979), o objeto do contrato seria normalmente idêntico ao do direito privado, posto que a finalidade e o interesse público estejam sempre presentes em quaisquer contratos firmados pela Administração.

Na edição analisada (e nas seguintes), Meirelles (1979, p. 198) indica que essa nem sempre foi sua opinião. No entanto, faz notar que, em obras anteriores, ele se vinculava à corrente doutrinária que defendia a conjugação de dois elementos para a caracterização do contrato administrativo: a participação da Administração e a finalidade (interesse público) na prestação contratada. A “*evolução de entendimento*” – por ele assim definida – estaria no reconhecimento de que a exigência de *finalidade seria desnecessária*, na medida em que é *pressuposto*

*necessário* de todo ato ou contrato realizado pela Administração Pública.

Em sua classificação, Hely Lopes Meirelles (1979, pp. 200-201) trabalha com a distinção entre o que ele denomina “*contrato de colaboração*” e “*contrato de atribuição*”. Este último é definido como contrato por meio do qual a Administração conferiria certas vantagens ou certos direitos ao particular, tal como o de *uso de bem público*. Já o *contrato de colaboração* é por ele entendido como aquele em que o particular se obriga a prestar ou realizar algo para a Administração Pública, a exemplo do contrato de execução de obras, (concessão) serviços ou fornecimento.

Especificamente no que concerne à concessão, Meirelles (1979, p. 58) a trata como *objeto da licitação* e a classifica em três espécies: de “*serviço público*”, de “*obra*” e de “*uso de bem público*”. Tais modalidades são identificadas como “*contratos administrativos, bilaterais, comutativos, remunerados*” e “*realizados intuit personae*”.

Para o autor, tais modalidades de concessão não poderiam, no entanto, ser confundidas com a “*impropriamente denominada concessão de jazida*” a que se refere à Constituição<sup>104</sup>. A concessão de jazida ou de lavra, afirma (1979, p. 58), não corresponderia a um contrato bilateral, sujeito à concorrência. Ela estaria no âmbito do “*ato administrativo unilateral*” do Presidente da República, materializado por decreto, nos termos do art. 43<sup>105</sup> do Código de Mineração (Lei 6.567/1978) e art. 53<sup>106</sup> do seu Regulamento (Decreto 62.934/68).

Pela concessão, segundo Hely (1979, p. 341), a Administração não transferiria propriedade alguma ao concessionário, nem se despojaria de qualquer direito ou prerrogativa pública. Ela estaria

<sup>104</sup> No caso, Hely Lopes Meirelles fazia referência à Constituição de 1967, que em seu artigo 161, § 1.º, assim dispunha: *As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. § 1.º. A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no país.*

<sup>105</sup> Art. 43. *A concessão de lavra terá por título um Decreto assinado pelo Presidente da República, o qual será transcrito em livro próprio do DNPM.*

<sup>106</sup> Art. 53. *A concessão de lavra terá como título um Decreto do Poder Executivo, publicado no Diário Oficial da União e transcrito em livro próprio do D.N.P.M.*

autorizada apenas a executar o serviço, nos limites e condições previamente definidas. No seu livro “Direito Administrativo Brasileiro” (1966) a classificação das concessões fica mais evidente em decorrência da objetividade e brevidade com que o assunto é trabalhado.

No caso da obra “*Direito Administrativo Brasileiro*” (1966; p. 09), por exemplo, Hely Lopes Meirelles adverte que o trabalho “*tem objetivos práticos e didáticos e afasta-se propositamente do teorismo*” que, em sua opinião, estaria “*descambando o ensino no Brasil*”. O mesmo pode ser evidenciado no estudo de Licitações e Contratos Administrativos (1979, p. IV), no qual o autor informa que almejou um “*manual sistematizado*” diante da crescente utilização dos institutos pela Administração. Tenta, aqui, deliberadamente fugir da doutrina estrangeira e seguir a legislação pertinente – principalmente a federal. Seu objetivo, adverte, foi o de dar uma “*visão global do assunto, com singeleza e objetividade*” (MEIRELLES, 1979, pp. IV-VI).

Nos seus pareceres não se verifica o antiteorismo que o autor expõe em seus livros. Em alguma medida – *quando o enfrentamento da consulta exige* – é possível verificar um Hely Lopes Meirelles chega a trabalhar um e outro assunto de modo bem mais aprofundado.

Em parecer datado de 1989, por exemplo, Hely trabalha a distinção entre a teoria da concessão como “*ato administrativo*” e “*contrato*” (1989, p. 183). Já em outra ocasião, em 1971, com o objetivo de distinguir a “*concessão de lavra*” das demais modalidades, é possível verificar um Hely mais atento ao direito estrangeiro, ainda que utilizado claramente com o intuito de legitimar sua opinião.

O mesmo pode ser dito com relação a algumas decisões judiciais em que figurou como magistrado. Em decisão datada de 1951, por exemplo, Meirelles (1951, p. 272) traz a noção de um *direito subjetivo público* do utente, consubstanciado na ideia de que na concessão estaria implícita a obrigação do concessionário de prestar “*serviço adequado, eficiente, seguro, contínuo e sem discriminação entre os usuários*”. Como se verifica em seus manuais, esse assunto não é abordado com a mesma profundidade (1970, pp. 341 e 350; 1966).

De outro lado, é traço comum nos pareceres e decisões analisadas a forte presença de relação entre o direito público e o privado para fins de delimitação da natureza das concessões e dos limites de ingerência do Estado (MEIRELLES, 1970; 1971, 1980, p. 12; 1989, pp. 181-182). Notadamente no que diz respeito ao direito público subjetivo e à prestação do serviço público, Meirelles (1951, p. 267) busca no Direito Civil o fundamento último desta legitimidade. De acordo com o autor,

recusar a possibilidade de o particular demandar a concessionária para a obtenção do serviço, na parte que lhe é devida, implicaria violação do preceito legal de que “*a todo direito corresponde uma ação que o assegura*”, nos termos do art. 75 do Código Civil então vigente.

Neste ponto, Meirelles (1951, p. 267) justifica a aplicação das normas de direito privado às relações de direito público: “*Nem se objete a aplicação de normas de direito privada nas relações emanadas de contrato de direito público*”.

Para dar lastro ao seu entendimento, invoca a doutrina estrangeira, observando que a “*tal objeção já deu cabal resposta a autoridade de Bielsa*”, para quem “*el la esfera del Derecho Administrativo, o sea en la actividad jurídica de la Administración Pública, prodúcense situaciones idénticas a las del derecho civil, o sea, entre sujetos de derecho privado; y nada se opone, sino al contrario, que esas reglas se apliquen en ciertas relaciones entre uno particular y una entidad administrativa, o entre dos entidades administrativas*”. Esta referência é apontada por Meirelles como tendo sido retirada da obra “*Relaciones del Código Civil com el Derecho Administrativo*”, de 1923.

As fontes analisadas, referentes ao conceito de concessão em Hely Lopes Meirelles, demonstram uma característica que não é tão visível nos demais autores estudados: “*a busca de uma descrição objetiva e prática do tema*”. Essa pretensão é escorada na suposição de que as questões mais teóricas, já estariam superadas. Exceção, aqui, seria o problema da confusão com a concessão de jazida. De todo modo, não parece existir em Hely Lopes Meirelles a intenção de oferecer novas perspectivas a casos práticos, mas de situar as funções de Estado, tais como postas, descrevendo-as e consolidando-as – como ele sugere – a partir do já positivado.

Contemporâneo dos últimos autores analisados, mas com uma concepção aparentemente diversa, é Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1908-1980)<sup>107</sup>. A discussão em torno da existência do *contrato de*

---

<sup>107</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello nasceu em São Paulo no ano de 1908. Falecido em 1980. Formou-se em Direito pela Universidade de São Paulo em 1930, instituição em que concluiu seu doutorado em 1933. Foi Promotor Público (1931), Diretor do Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo (1939-1956), Secretário de Negócios Internos e Jurídicos do Município de São Paulo (1946-1947), Desembargador do TJSP entre 1956-1969 e Reitor da PUC-SP (1963-1972). Integrou o primeiro corpo de professores da Faculdade Paulista de Direito (PUC-SP), tendo ocupado, desde 1949, a sua primeira cátedra de

*direito administrativo*, para este autor (1968), inclui três questões fundamentais, a saber: i) *a possibilidade de contrato entre pessoas de situação jurídica distinta*; ii) *sobre o objeto do contrato*, haja vista que obras e serviços públicos e os bens a que ele (o contrato) se refere estão fora do comércio; e iii) *sobre a natureza do contrato*, uma vez que se costuma ligar os contratos à autonomia de vontade e à vinculação entre as partes a suas cláusulas (1968, p. 1).

O autor parece não ter dúvidas quanto à natureza da *concessão de serviço público* ou de *obra pública* (ou ainda de uso): trata-se de “*ato administrativo*”. Oswaldo A. B. de Mello (1968, p. 15) nega a própria ideia de existência do “*contrato administrativo*”. De acordo com o autor, a realidade das coisas demonstraria que há *contrato* tão somente com relação à equação econômica financeira da relação. Daí sua conclusão no sentido de que os contratos entre a Administração Pública e os particulares seriam equiparáveis aos contratos de direito privado.

Segundo o autor (1968, p. 10), o contrato corresponderia a um acordo de vontades, perfazendo ato jurídico único entre partes correlatas e contrapostas, sobre objeto jurídico diverso, relativo a direito e obrigações das partes da que dele participam. Para o autor, *a natureza do contrato* não se esgotaria, pois, no mero acordo de vontades. A identificação da natureza, se contratual ou não, alcançaria, ainda, a *comunhão das vontades contrapostas*, que seria responsável por gerar relação jurídica entre as partes contraentes, vinculando-as como que por lei.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1968) o essencial no contrato seria, portanto, a “*liberdade de cada um dos contratantes*” firmar a relação jurídica e a autoridade do vínculo formado, insuscetível de alteração pelo prazo e vigência do contrato. Frente a estas constatações, o autor sugere que o simples acordo de vontades, representando a mera coincidência das partes sobre determinado objeto, não definiria o contrato.

De acordo com o autor (1968), o simples acordo de vontades geraria *convenção*, jamais contrato<sup>108</sup>. A *convenção*, em sua opinião

---

Direito Administrativo. Da sua produção acadêmica podem ser destacadas as seguintes obras: “Teoria das Constituições Rígidas (1934)”, “Natureza Jurídica do Estado Federal (1937)”, “Princípios Gerais do Direito Administrativo, Volumes I (1969) e II (1974), e “Conceito de Direito Administrativo”.

<sup>108</sup> Sobre a utilização dos termos “*convenção*” e “*contrato*” na terminologia de nossa doutrina ver Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, pp.54-59/ 94-

(1968), ocorreria no *ato bilateral* classificado, classificado por ele como “*união*”. Ela seria responsável por gerar, tão somente, normas legais onde as vontades, ainda que sobre o mesmo objetivo, seriam correlatas e contrapostas.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1968), a natureza jurídica da concessão seria definida a partir da posição que a “*vontade das partes*” assume na caracterização da relação jurídica que se estabelecesse pela “*convenção*”. O autor (1968) sugere não merecer maior atenção – *não ao menos como fator determinante* – a participação da Administração Pública, seja para aceitar ou refutar a ideia de contrato. Muito menos importaria, em sua opinião (1968), para fins de delimitação da natureza jurídica, o fato do objeto contratual estar ou não *fora do comércio*.

Para Bandeira de Mello (1968), em se tratando de contrato objeto fora de comércio, o contrato revestir-se-ia de caráter público. De outro lado, nada impediria que a Administração Pública “*contrate*”. Nesta hipótese, segundo o autor (1968), ela se despojaria de sua autoridade e acorda com o particular, colocando-se no mesmo lugar deste. No entanto, no caso da Administração Pública pré-fixar as regras e não haver acordo de vontades com relação às cláusulas estabelecidas, na visão do autor (1968), não seria admissível falar em contrato, mas em “*ato bilateral*”.

Seguindo esta linha de raciocínio, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1968) invoca a teoria alemã, para quem, segundo o autor, a *função pública* e a *concessão* não constituiriam “*contratos de direito público*”. O acordo de vontades na doutrina alemã, na visão do autor, somente existiria para a formação do *ato bilateral* – *convenção/união* – por meio do qual o particular apenas manifestaria seu interesse em aceitar as regras já formadas. Para Bandeira de Mello (1968, p. 11), se a relação jurídica se perfaz por acordo de vontades, mas o seu regime

---

95). Segundo o autor (2012, p. 58), a utilização do termo *convenção* revelaria uma fixação, do pensamento jurídico brasileiro, no sentido de que nem todo o acordo de vontades, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos, seria um contrato. Segundo o autor (2012), esta fixação não teria problemas senão pelo fato de que no Brasil não se cultivou o hábito de se empregar a expressão para designar o gênero a que pertence o contrato. Na visão do autor (2012), o termo teria sido utilizado pela doutrina nacional sem maior esclarecimento ou precisão.

jurídico é disposto unilateralmente por textos legais e atos concretos complementares, ela não é de “*natureza contratual*”.

Segundo Bandeira de Mello (1968), a conceituação de *contrato administrativo*, tal como adotada pelos franceses, decorria do enquadramento do fenômeno jurídico no direito civil. Na visão do autor (1968), para os franceses, os atos praticados pela Administração com relação aos administrados – que não consistissem em decisão executória e dependessem da aquiescência destes – seriam realizados de modo contratual.

Por conseguinte, para Bandeira de Mello (1968), os autores franceses teriam procurado enquadrar estes atos nos tipos clássicos de contratos de direito civil. Isso, ante a dificuldade de achar exata correspondência para alguns destes atos, teriam passado a denominá-los “*contratos sui generis*”. A concessão estaria entre situada nestas hipóteses (BANDEIRA DE MELLO, O.; 1968, p. 20).

Segundo o autor, na concessão, portanto, o elemento “contratual” seria somente o acordo de vontades acerca da equação econômico-financeira do *ato jurídico* que a estabelece. Isto porque este seria o único ponto que seria capaz de fazer lei entre as partes, ou seja, que não seria passível de alteração pelas partes. Assim é que, para Bandeira de Mello (1968, p. 15), a *concessão* seria “*ato jurídico administrativo principal*”, ao passo que o equilíbrio financeiro se apresentaria, apenas, como “cláusula adjeta”.

É interessante observar que Oswaldo A. B. de Mello (1968) parece fazer sua análise incurso no itinerário das disposições legislativas que, à época, previam algo semelhante com relação à figura do contrato administrativo. Ele faz menção ao Código de Contabilidade Pública da União, Lei Federal de 1922, e ao Decreto Federal 15.783, também de 1922, destacando que referidas previsões legais não dispunham sobre a possibilidade da Administração Pública alterar unilateralmente os contratos<sup>109</sup>.

Ao que parece, a chave para compreender este autor (1963; 1966) – e seu pensamento distinto com relação ao tema aqui abordado – é a intenção que transparece do aparente desejo de conceber o Direito Administrativo (Público) como ramo autônomo; como disciplina própria do Estado Moderno, dotada de racionalidade, princípios e fundamentos

---

<sup>109</sup> Vale lembrar que referidos diplomas legais foram revogados com o advento do decreto-lei n.º 2.300/1986, o qual destina tratamento sistemático ao *contrato administrativo*.

próprios. Um direito administrativo genuinamente brasileiro, que não reproduzisse, automaticamente, as diretrizes do direito francês, que tem uma estrutura própria, fixada em decisões do Conselho de Estado. Neste ponto, não se pode deixar de notar que o pensamento de Bandeira de Mello se assemelha com o que pode ser verificado do contexto alemão, conforme desenhado por Stolleis (2001, pp. 374-387).

No que concerne à relação entre o Direito Administrativo e o Direito Civil, o autor (1966, 14) sugere uma demarcação mais precisa, destacando que o Direito Público se atualizaria através de processos técnicos diferentes dos do Direito Privado. Nota-se, nos textos analisados, a identificação das matrizes formadoras de cada ramo do Direito (Público e Privado), porém, no sentido de distingui-las e não com o intuito de legitimar uma ou outra opção técnica ou, ainda, de sugerir que uma estaria apoiada na outra.

De fato, como já observado neste trabalho, o tema das concessões e da definição da sua natureza jurídica não se afigura, para Bandeira de Mello (1968), como uma questão meramente terminológica. As fontes demonstram seu esforço para alcinhar os conceitos a partir de uma racionalidade genuinamente oriunda do Direito Administrativo. Segundo o autor (1968), a ideia de concessão ou contrato administrativo não fugiria a esta regra. Para Bandeira de Mello (1968, p. 25), é preciso conceituar institutos sem que eles sejam “*desnaturados*”, isso é, sem que percam sua razão de ser. É preciso que sejam oferecidos a tais institutos conceitos específicos, capazes de representar os diversos efeitos jurídicos díspares que deles reverberariam.

### 2.2.3. Análise: o primeiro eixo de transformação.

Em certa medida, os trabalhos analisados sugerem a formação das linhas demarcatórias entre o direito público e o direito privado. Embora o assunto fosse tratado pela doutrina brasileira há algum tempo, as fontes não indicam uma teorização própria do direito público sem a sombra da subserviência ao direito privado, que ora aparece no discurso como parâmetro de comparação, ora aparece para legitimação. O eixo de teorização aqui analisado e suas duas fases denotam com tranquilidade esta ilação. Ainda assim, é possível concluir que existe, nesta fase, a busca por um preenchimento teórico do conceito de concessão.

Da primeira fase, representada pelos trabalhos de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1936) e Mário Masagão (1933), colhe-se que existe, realmente, uma tendência para a teorização do conceito. A análise de tais fontes autoriza afirmar que eles estão empenhados em



arquitetar uma figura especial, até então, não consolidada. A substantivização da concessão surge aqui ligada essencialmente à teoria do Direito Administrativo, sobretudo de base francesa. Não há nas obras destes autores, referências ao direito positivo ou às decisões judiciais sobre o tema. Basicamente, suas referências se limitam ao direito estrangeiro, muitas vezes, conforme observado, misturando as correntes doutrinárias derivadas da França e Alemanha.

Mesmo Francisco Campos, com toda sua maleabilidade, não destoa desta linha. Embora o autor não aparente ter a pretensão de estabelecer um conceito próprio de concessão, não dá a entender que lide com uma figura previamente consolidada, ou já claramente classificada e organizada. Sua versatilidade é justamente construída no vácuo de um instituto ainda não integralmente conceituado.

A fase imediatamente seguinte revela um outro contexto. Ainda que ocasionalmente preocupada com a teorização do instituto, como no caso de Themistocles Cavalcanti, a doutrina agora parece aceitar a organização de uma figura já consolidada. Há uma intenção de enquadrar o conceito e sua natureza jurídica em situações já existentes (prática), mais do que de pensar o conceito em si mesmo. Os autores adotam uma narrativa descritiva, como que legitimando uma situação posta. A despeito disso, os administrativistas desta fase não deixam de lado a ideia de alargamento ou preenchimento teórico de uma figura da “concessão”.

As fontes analisadas sugerem que, no final desta fase, deixa de haver a maturação de um ponto de vista afeto aos princípios e fundamentos do Direito Administrativo. Ao menos relativamente, é possível identificar nesta fase uma tendência de diminuição da teorização. Na prática, a preocupação parece não mais ser a construção de uma figura doutrinária, mas, sim, a classificação e organização. Inicia-se, assim, o que pode ser definido como um déficit dogmático de uma doutrina cuja maior preocupação parece ser “*correr atrás*” da práxis administrativa.

Ainda nesta fase, é possível identificar um claro desejo de proclamar a existência de um Direito Administrativo genuinamente brasileiro. Isso favorece, em alguns casos, a própria rejeição da ideia da concessão como contrato – por exemplo, em Oswaldo Antônio Bandeira de Mello (1968). Ou leva, ainda, a soluções nacionais ecléticas, em que se misturam a teoria alemã (de ato) com a visão francesa da natureza contratual (como no caso de Ruy Cirne Lima).

O período parece marcado pela “*publicização do contrato (privado)*”. No âmbito da conceituação da concessão ocorrido – à *sombra do direito francês* – tal fenômeno era visto como uma “*conquista do direito moderno*” (por exemplo, em Themístocles Cavalcanti). De outro lado, essa mesma ideia de “modernização” vai vagarosamente cedendo lugar à mera descrição de condutas que, supostamente, não deveriam despertar mais dúvidas nem gerar maiores inquietações.

Em outras palavras, é possível apontar que a conceituação da concessão inicia-se com processo de maturação e segue, imediatamente, para um estado de naturalização. A partir daí, ao que tudo indica, a doutrina segue um itinerário de representação teórica da mesma figura.

Parece ser fundamental ter presente que, embora largamente utilizadas, as teorias oriundas da França e da Alemanha, principalmente quando comparadas entre si, deixam de ser abordadas com atenção à distinção que existe sobre a concessão em cada um daqueles países. O empréstimo das teorias estrangeiras não necessariamente sugere ser o caso de ideias que estão fora do lugar, mas de ideias mal adequadas<sup>110</sup>.

É possível, no entanto, deduzir certa “adequação sem maiores preocupações”. No fundo, o que parece existir é uma contraposição de figuras para afirmar ou deslegitimar um e outro modelo. A doutrina não demonstra atentar para o fato de que, seja na França ou na Alemanha, o assunto está diretamente ligado à própria construção da teoria do Estado.

No primeiro eixo é possível identificar, portanto, um *breve decolar* do conceito. Muito disso, talvez, em razão da própria diminuição da utilização da figura pela Administração, o que ocorre em paralelo no período analisado. Por fim, é importante ressaltar que não se verificam, nesta quadra, viradas conceituais radicais. Antes disso, é possível perceber uma tentativa de compreensão de uma prática que já não se enquadraria na ideia de “*contrato privado*” e que, se não redefinida, continuaria a implicar prejuízo para o interesse do Estado (MASAGÃO, 1933; FRANCO SOBRINHO, 1936).

Embora aparente existir significados diversos para o conceito dentro do mesmo período, tal divergência é, de alguma forma, compartilhada. A maior comprovação desta hipótese é o fato de que, em

---

<sup>110</sup> De acordo com as fontes analisadas, para ser a *adequação* da ideia que compromete sua essência. Ao trabalhar com apenas um molde para descrever distintas práticas e, também, com conceitos derivados de outros países, a doutrina brasileira acaba confeccionando um molde às vezes problemático.

alguns casos, os doutrinadores vão defender algo semelhante ao ato/contrato misto ou, ainda, confundir as linhas demarcatórias entre o direito privado e o direito público. Mas, ao final, na maioria dos casos, a ideia de contrato sobrevive.

### **2.3. Rumo à noção privatista: “o direito privado, expulso pela porta, volta a entrar pela janela”<sup>111</sup>**

Como vimos, no Brasil, o itinerário do *conceito de concessão* – e, por conseguinte, da definição de sua natureza jurídica –, no Brasil, é confortado pelo encontro de diversos segmentos teóricos. Referido esforço de definição reside num quadro ainda maior, que é o do debate sobre a existência ou não do *contrato administrativo*. Tudo isso num momento de fortes alterações estatais, em que o Estado passa a incorporar o pensamento social reformador.

Em alguma medida, referida teorização se dá num contexto intensamente marcado pela remodelagem do Estado brasileiro e da sua ossatura econômico-social. Segundo Sônia Draibe (2004), a partir de 1930 o país teria experimentado um rápido movimento de (re)constituição do aparelho econômico do Estado que se dá de forma centralizada e nacionalmente articulada. Para a autora (2004), 1930 teria marcado o início do processo de transformação do Estado por meio o qual teria sido abandonado um modelo centrado na exportação de matérias primas na tentativa de estruturação de outro: que pressuporia a internalização dos centros de decisão econômica e a industrialização.

De acordo com a autora, busca-se, assim, um Estado nacional e moderno como órgão político, que tenderia a se afastar dos interesses imediatos e a se sobrepor ao conjunto da sociedade (DRAIBE, 2004, p. 17). Segundo a autora (2004), longe de se tratar de um processo linear e contínuo de expansão e centralização, a característica peculiar desta metamorfose seria a de um movimento desigual, descontinuo e que se fez de forma particular, colocando em conflito diversos interesses (DRAIBE, 2004).

Para Boris Fausto (1988, p. 8), trata-se de um período de inflexão no tratamento da questão social, com profundas consequências na

---

<sup>111</sup> Massimo Severo Giannini in **Atividades econômicas públicas y formas jurídicas privadas** in La Empresa pública, coletanea de estudos, Publicaciones deI Real Colegio de Espana em Bolonia, 1970, V. I, p. 103.

interação das classes, na construção da identidade da classe operária. Segundo o autor (1988), o período teria sido marcado, também, pela redefinição dos limites de intervenção do Estado. Segundo Draibe (2004), teria sido edificado um aparelho burocrático-administrativo de intervenção, regulação e controle, que organiza em bases novas o *interesse geral* e a *dominação social*. A formação teórica do Direito Público sofre os desafios deste contexto.

Gilberto Bercovici (2005) sugere que a teoria que fundamentou, efetivamente, a política brasileira de desenvolvimento, neste período, teria sido a teoria do subdesenvolvimento da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina). Segundo o autor (2005, p. 48), a influência do pensamento da CEPAL, entre 1949 e 1964, foi enorme. Bercovici (2005) sugere que a teoria de subdesenvolvimento deu fundamentação científica para a tradição intervencionista e industrialista existente no Brasil desde a década de 1930. Para o autor (2005), especialmente a partir do segundo governo Vargas, a doutrina formulada pela CEPAL passou a ser vista como útil e importante para a reelaboração e fundamentação das políticas econômicas de concepção do desenvolvimento.

A partir deste ponto, segundo Bercovici (2005, p. 48), o Estado é percebido como promotor do desenvolvimento. Coordenado por meio do planejamento, com ênfase na integração do mercado interno, o Estado teria passado a buscar a internalização dos centros de decisão econômica. Com o “desenvolvimentismo”, aponta Bercovici (2005), o Estado teria evoluído de mero prestador de serviços para o agente responsável pela transformação das estruturas econômicas. O foco do Estado passou a ser a promoção da industrialização, além do que, ele teria incorporado o pensamento social reformador.

Por outro lado, a ideia de *concessão* pode ser analisada a partir de dois núcleos: “*necessidade*” e “*interesse*”. Em regra, para sua concretização é preciso que exista “*necessidade*” da Administração Pública em optar pelo investimento privado substitutivo e o “*interesse*” do privado em colaborar com os objetivos estatais.

O núcleo duro da discussão sobre a teorização do conceito de *concessão* ocorre, no Brasil, justamente no momento em que o Estado está assumindo uma posição mais direta de atuação. Grande parte das atividades até então concedidas são nacionalizadas e suportadas pelas Empresas Estatais. Isto é, a teorização da concessão ocorre num período em que a “*necessidade*” do Estado com relação às concessões está diminuindo.

O considerável desuso da concessão no contexto analisado parece ajudar a entender a razão pela qual, entre as décadas de 1930 a 1970, existe um momento de *maturação* do debate sobre o *conceito* e, em seguida, um momento de *acomodação* deste debate conforme as opções de Estado então verificadas. Ao que tudo indica, este período pode ser traduzido como um *breve decolar da conceituação do termo*. É a partir da Constituição de 1988 e das reformas administrativas da década de 1990 que a produção literária sobre o assunto volta a ganhar fôlego. Fato que é estimulado principalmente com o advento das Leis 8.666/1993, 8.987/1995 e 11.079/2004.

Na tentativa de ilustração deste quadro, em trabalho datado de 1995, Caio Tácito, diz que o direito público brasileiro refletiria, em sua evolução histórica, a alternativa de tendências que se aproximam dos parâmetros comparativos no plano internacional. Para o autor (1995) o Brasil teria vivenciado, na década de 1990, o que ele define como o “*retorno do pêndulo*”. Nas três primeiras décadas do século XX, impulsionado pelas crises econômicas e o desequilíbrio do primeiro pós-guerra, a ação do Estado, na visão do autor, teria sido recrutada para a materialização de novos direitos. Já a partir da década de 1930, afirma o autor, seria possível verificar no país a ascensão das Empresas Públicas.

O “pêndulo”, portanto, teria saído da posição em que se destacava a mobilização do capital privado para a exploração de interesse coletivo – *fins do século XIX e primeiras décadas do século XX* – e se deslocado para o quadro marcado pelo papel “*prestacionista*” direto do Estado. Linha de atuação que, para o autor, teria predominado nos anos seguintes, alterando-se somente a partir de 1981<sup>112</sup>. Na mesma linha,

---

<sup>112</sup> Armando Castelar Pinheiro (2000) observa que há um traço comum nas duas últimas reestruturações. Ambas se consubstanciam em motivos pragmáticos e táticos. A reforma no sentido de privatização, para este autor, teria se fundado numa resposta pragmática do país a problemas macroeconômicos de curto prazo, causados principalmente pelo estado de desordem das contas fiscais. Para o autor (2000, p. 5), o processo de estatização da economia, vivenciado a partir da década de 1930, não teria sido diferente. Na sua visão, a (re)estruturação do Estado estaria adstrita à suscetibilidade do “humor político volátil”. Segundo Pinheiro (2000), o marco inicial do retorno do pêndulo – do modelo intervencionista para o de privatização – seria verificado a partir de meados da década de 1970, momento que, segundo o autor, coincidiria com o que ele denomina “emperrar do motor de crescimento do Brasil”. Para o autor (2000), a deterioração contínua da economia – *em particular as crises econômicas do petróleo e da década de 1980* – teria auxiliado no suporte para a reestruturação

Almiro Couto e Silva (1997, p. 57) sugere que, no que concerne à colaboração dos particulares com o Estado na realização de tarefas públicas, este período teria assinalado pelo declínio das concessões.

Segundo Caio Tácito (1995, p. 6), as significativas mudanças estruturais da administração pública a partir de 1980 definiriam um novo modelo: o de inversão da tendência expansionista da administração pública. Para o autor (1995), de uma maneira geral, a reformulação estrutural que prossegue teria se cristalizado com o Programa Nacional de Desestatização de 1990.

Com esta inversão estrutural, na década de 1990, Caio Tácito (1995) e Couto e Silva (1997) sugerem que o “*pêndulo*” teria retornado à sua posição de origem e, na sua volta, estimula o surgimento de um novo ponto de vista sobre o Direito Administrativo e seus institutos. Segundo Almiro do Couto e Silva (1997), o *retorno do pêndulo* representaria, em verdade, a preocupação com a diminuição do tamanho do Estado e, a seu ver, também, com a construção de um direito administrativo autônomo.

Carlos Ari Sundfeld (2002) vê a diminuição do tamanho do Estado como reflexo do “*processo de autonomização*” das organizações estatais. Segundo o autor (2002), referido processo se consubstanciaria na adoção de mecanismos – *soluções autonômicas* - que garantiriam a independência de alguns órgãos, de maneira que o Estado não mais atuasse de maneira parcial sobre eles e, assim, não faça flutuar sua orientação de acordo com as oscilações decorrentes que, na opinião do autor (2002), por força de um regime democrático, seriam próprias deste Poder.

Para Sundfeld (2002, p. 24) as reivindicações de autonomia para organizações estatais seriam próprias da história. No que ele considera o atual processo de redução de tamanho e ação do Estado, de um lado, confere-se autonomia a certas organizações estatais prestadoras de serviços e, por outro, incentiva-se a assunção por entes não-estatais – autônomos em relação ao Estado – de serviços de interesse geral.

Ao que tudo indica, a partir da década de 1990, à imagem do que ocorre no campo da atuação da administração pública, é emprestada à ciência do Direito Administrativo uma roupagem diferente: ela começa

---

do Estado. Vale lembrar que a Constituição de 1988 não segue - *pelo menos não integralmente* – esta tendência.

a ser vista de outro modo. Odete Medauar (1992, p. 5) sugere que “*o que era familiar começa a assumir aspectos não suspeitados*”. Para a autora (1992), a experiência do Direito Administrativo até então vivenciada é colocada em xeque, de modo que, na visão da autora, busca-se, a partir disso, confrontar o que se supunha ser seu “itinerário histórico” com a “*realidade atual*”.

Se nos discursos dogmáticos da década de 1960-1970 já era possível identificar um caráter mais descritivo e organizador do Direito Administrativo, aqui, com o objetivo de dar vazão ao que se vê como uma “nova realidade”, parece não ser demasiado afirmar que o Direito Administrativo é dominado pelo discurso técnico-prático. Este, por sua vez, atua como mecanismo de contorno dos “*obstáculos impostos pela Constituição*”.

Neste contexto, as linhas demarcatórias entre o direito público e o privado – *que já não haviam sido de todo sedimentadas nas décadas anteriores* – têm sua nitidez reduzida. A construção de um Direito Administrativo autônomo (para uma administração autônoma) é, sobretudo, apoiada numa ideia de “*evolução*” (MEDAUAR, 1992) ou, ainda, como sugere Sundfeld (2002), de busca de um novo “*foco*” para os novos eixos de transformação do Direito Administrativo. Dentro dessa “*evolução*” com o retorno do pêndulo teria se processado o retorno do Estado aos limites do Direito público, cujas fronteiras necessitariam ser redefinidas (COUTO e SILVA, 1997). Para o autor, novos temas são colocados em pauta: privatização da Justiça pelo uso frequente do juízo arbitral, delegação aos particulares de incumbências públicas, terceirização, parcerias e a “*revitalização das concessões*”.

Odete Medauar (2003, pp. 184-218) sugere que a mudança do Direito Administrativo seria “confortada” pelas linhas de transformação de sete matrizes clássicas: “*o interesse público, a discricionariedade, o ato administrativo, o contrato administrativo, o serviço público e, por fim, as concessões*”. A formatação legal dos *modelos de concessões* comporia, segundo a autora (2003), as mudanças refletidas por estas “*matrizes de transformações*” e representaria, em última análise, a confecção de uma nova modalidade técnica.

### 2.3.1. Um conceito de concessão para uma nova modalidade técnica.

De acordo com as fontes analisadas, parte da doutrina posterior a 1990 não retoma de modo mais aprofundado à discussão da natureza jurídica da concessão. Desde a década de 1970, o assunto parece ser

abordado com a informação – *mesmo nas entrelinhas* – de estar superado, pressupondo-se o trunfo da ideia de ato complexo pela via contratual. Verifica-se, assim, uma forte tendência no sentido de apresentar o tema por meio da afirmação de “*contrato administrativo [público]*”, sem que existam maiores divagações sobre. Quando não, a discussão teórica é evitada, sob o argumento de consolidação de uma figura cuja natureza é, sem sombra de dúvidas, contratual.

A partir da década de 1990, a exposição do tema nas obras e manuais tradicionais é muito semelhante: apresenta-se um breve histórico do assunto, em seguida articula-se sobre o que já foi produzido – *a fim de indicar que já houve certa discussão sobre a indefinição da figura da concessão* – e, por fim, aponta-se a natureza jurídica contratual da concessão. Com efeito, parece não haver maiores dúvidas entre os doutrinadores no sentido de classificar a concessão como *contrato administrativo*. Circunstância fortalecida pela própria legislação a respeito do assunto, que aponta a *natureza contratual* da concessão<sup>113</sup>.

A ideia geral sobre a natureza das concessões, que se formou em torno da *concessão de serviço público*, foi maturada pela teoria e veio a prevalecer, também, com fundamento na legislação posterior. As fontes pesquisadas indicam que o conceito básico de concessão é confeccionado com particularidade pela doutrina durante as décadas de 1930 e 1970, período no qual se forma uma ideia unitária de concessão com caráter contratual e à sombra do direito privado. A partir daí – *ante o que pode ser considerada uma ausência de definição mais precisa com relação às espécies de concessão* –, quando o tema é retomado na década de 1990, a tendência é a de que as diversas espécies de concessão sejam, também, identificadas pela natureza contratual.

---

<sup>113</sup> A saber: Lei 8.666/1993: Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei; Lei 8.987/1995: Art. 1º. As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos. Lei 11.079/2004: Art. 2º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Sobre o conceito e natureza da concessão após a edição desta última ver MONTEIRO, Vera (2012).



O que parece diferenciar a classificação da concessão em gênero e espécies, tal como concebida pelos autores até a década de 1970, da representação das várias espécies de concessão como modelo contratual na doutrina contemporânea, não é, no entanto, tão somente a constatação de “consolidação de uma figura”. Aparentemente, a doutrina contemporânea conta com o apoio do fortalecimento da ideia de modelos de “*administração consensual*” e de “*contratos relacionais*”, cuja lógica é, na maioria das vezes, suportada no que se pode denominar de “*privatização do público*”.

Não é somente a ideia que reverberou da doutrina tradicional para legislação que demonstra a tendência de consolidação em torno de uma figura (in)definida, cuja natureza jurídica, em última análise, seria contratual. Para isso colabora o esforço da doutrina contemporânea em alimentar o imaginário jurídico com a imagem da concessão como figura distinta, filha legítima de um “*novo Direito Administrativo*” e vinculada a novas técnicas e modelos.

O traço comum do discurso que insere novos modelos no Direito Administrativo estaria amparada, segundo Gustavo Justino de Oliveira (2009, p. 309), na superação de uma Administração Pública considerada pela doutrina como “clássica, impositiva e autoritária (monológica)”, “*refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade*” – por uma Administração Pública dialógica e consensual. Sobremaneira, a doutrina parece arquitetar a ideia de um *direito administrativo* apto a dar vazão a uma estrutura administrativa cercada de mecanismos autônomos, quase todos oriundos da descentralização.

A par disso é também solidificado um discurso em torno da necessidade iminente de retomada de “*desenvolvimento*”, que pressuporia, na leitura dessa nova doutrina, uma política de *concessões* apta a dar vazão às privatizações (WALD, 1994). Segundo Wald (1994), o Brasil precisaria investir rápida e maciçamente em infraestrutura, em energia e em comunicações.

Para Wald (1994), o lançamento desta tarefa ao setor privado estaria intimamente adstrito ao fato de que o Estado não mais detinha meios para fazer os investimentos necessários sem alimentar a ameaça de se chegar à hiperinflação, que estava a destruir a própria sociedade. Assim, seria necessário vencer o círculo vicioso que se formou: “*de déficit da infraestrutura que agrava o déficit público*”, culminando, por conseguinte, na falta de recursos para o investimento nos setores que

tradicionalmente seriam, na visão do autor (1994), de responsabilidade do Estado.

Assim, o “*consensualismo*” no âmbito do Direito Administrativo contemporâneo, como defendido por seus adeptos, estaria intimamente ligado à descentralização e ao estímulo de condutas privadas. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000), pelo que ele denomina de “*consensualidade*”, o Poder Público iria além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público: ele estimularia, também, a criação de “*soluções privadas de interesse público*”, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento.

Odete Medauar (1992; 2003, pp. 210-215) sugere que os fundamentos desta “nova forma de atividade administrativa” estariam diretamente vinculados a que ela chama de “*processo de deregulation*”<sup>114</sup>, à emersão de interesses metaindividuais, à exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa. Segundo a autora (1992; 2003), tais fundamentos de alteração estariam, também, relacionados à ideia de “*maior eficiência e produtividade*”, a qual seria alcançada de modo mais fácil, na visão desta autora, quando houvesse consenso sobre o teor das decisões. Para Medauar (1992; 2003), deste contexto proliferariam e se legitimariam diversas “modalidades” de “*contratos administrativos com fins consensuais*”.

Em trabalho mais recente, Odete Medauar (2012) afirma que o clima de aproximação entre o Estado e sociedade ter-se-ia acentuado no curso das últimas décadas, a ponto de surgir a denominação “*Estado Reflexivo*” e, por conseguinte, uma “*Administração reflexiva*”, caracterizada, na visão da autora, pela “*busca de mediação de conflitos, acordo e consenso*”.

Segundo a autora (2012, p. 2), por outro lado, referido fenômeno implicaria “vínculos mais estreitos entre o público e o privado”, “atuação menos imperial da Administração Pública” e “práticas de negociação” que teriam propiciado o intenso uso de técnicas contratuais na ação administrativa. Daí se poder, na visão da autora (2012), qualificar o Estado como “Estado Contratante”.

Neste quadro, a teoria tradicional do contrato administrativo teria cedido lugar a novas técnicas contratuais, também denominadas

---

<sup>114</sup> Processo de “*deregulation*” significa, para esta autora, a “*desregulamentação*”, que, na sua visão, viria acompanhada da “*privatização, e liberalização*” (2003, p. 252).

*consensuais, convencionais, cooperativas ou colaborativas*, cujas características fugiriam a vários elementos dos contratos administrativos clássicos (MEDAUAR, 2012, p. 3). A propósito da natureza jurídica destes “*módulos*”, Odete Medauar (2012) sugere que, sem dúvida, as novas figuras podem ser vistas como “*tipos contratuais*”, com regime jurídico público (de regra). Segundo a autora (2012, pp. 3-4), este regime jurídico público, no entanto, seria, em muitos pontos, um “regime jurídico diferente” do regime aplicado aos contratos administrativos.

O ápice deste movimento pode ser verificado com a defesa da “*desconstitucionalização*”<sup>115</sup>. De acordo com alguns autores, o movimento de “*descentralização e automização*” das organizações estatais seria mais bem referendado à medida que se processasse a “*desconstitucionalização*”<sup>116</sup>. Este processo significaria, na visão de

<sup>115</sup> É importante ressaltar que o fenômeno da “desconstitucionalização” ou “desjuridificação” não representa, para todos os efeitos, no cenário global, um problema para a afirmação da Constituição. Segundo Gilberto Bercovici (2004), a questão se revela problemática na medida em que esta ideia é importada de forma superficial e rasa para o contexto brasileiro. Nos países centrais, o fenômeno ocuparia uma forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando, para seus defensores, o espaço de cidadania. Lá, segundo Bercovici (2004), a ideia central é a de que a Constituição não mais estaria apta a regular as sociedades complexas da atualidade, devendo, dessa maneira, limitar-se a fixar as estruturas básicas do Estado. Ocorre, no entanto, que os adeptos dessas teorias no Brasil teriam esquecido que, aqui, tais ideias favorecem a manutenção dos privilégios e desigualdades. Para Gilberto Bercovici (2004) e Marcelo Neves (1994a; 1994b) essas teorias, no Brasil, não ampliam o espaço de cidadania, haja vista que, enquanto a Constituição não é concretizada, não há espaço de cidadania. Seguindo esta linha de raciocínio, é interessante observar como os argumentos, tais como os expostos acima, não trazem como central para o fundamento de “desconstitucionalização” o aumento dos espaços de cidadania. Ao contrário, a doutrina parece apoiar a ideia justamente no sentido de livrar ou tirar da constituição “obstáculos” ao crescimento e ao desenvolvimento.

<sup>116</sup> A ideia não é nova. Veja-se, por exemplo, trabalho publicado por Jorge Alberto Romeiro, em 1976, na Revista de Direito Público – RDP – 37-38/35. De outro lado, o tema é também trabalhado há tempos no núcleo do *direito de defesa da concorrência*. Neste sentido é interessante ver o trabalho do ex-conselheiro do CADE, Luis Fernando Schuartz, demonstrando, principalmente apoiado na visão de Richard Posner, que há caminhos alternativos para tanto **Desconstitucionalização do Direito de Defesa de Concorrência**, disponível

Diogo Moreira Neto (1996, p. 8), a retirada de um determinado tema da órbita constitucional para devolvê-lo ao nível de escolhas políticas infraconstitucionais.

Moreira Neto (1996) sugere que a Constituição de 1988 seria um exemplo “*acabado de casuísmo*” e, por isso mesmo, de vícios como “*elitismo, autoritarismo, ideologismo e estatismo*”. Para o autor (1996), seria necessário acabar, por meio da identificação das normas dirigentes e da sua eliminação, com o que ele denomina de “*ditadura constitucional*”. Somente assim seria possível, a seu ver, reintroduzir uma “*atividade política responsável e criativa*”. Moreira Neto (1996) entende que “*a desmontagem da máquina dirigente empenada de 1988*” necessitaria de “*emendas desconstitucionalizantes*”.

Adelaide Mussetti Grotti (2007) parece seguir a mesma linha. A autora sugere que, com as alterações efetuadas por conta da chamada *reforma do Estado*, os modos de prestação de serviços públicos teriam sido diversificados, observando-se o surgimento de novos tipos de ajustes decorrentes de consenso, acordo, cooperação e parceria. Segundo a autora (2007, p. 5), adviria daí “*um novo modelo de concessão*”, utilizado para diminuir o “*aparelhamento do Estado, com o objetivo de privatizar*”. A concessão surgiria com “*uma nova roupagem*” para servir a um projeto, na sua visão, “*de estabelecimento de maior competitividade*”. Segundo a autora (2007), a concessão seria uma “*concessão em regime de competição*”.

Outra não é a avaliação de Arnoldo Wald. Em exposição realizada no seminário “*Alternativas para o Setor Elétrico*”, organizado pela FIESP em 1993, Wald (1994) sustenta que o “*mundo aleatório da década de 1990*” exigia uma mudança básica no Direito Administrativo que, até então, regia as concessões. Para o autor (1994, p. 7), o Direito Administrativo deveria deixar de ser o que foi no passado, para se transformar no “*direito construtivo da associação*”, da “*partnership entre o público e o privado*”, do esforço comum para dar soluções mediante garantias mútuas e adequadas que cada uma das partes deve à outra.

A *concessão*, como apresentada na década de 1990, para Wald (1994, p. 6) seria como a “*concessão síntese*”. Segundo o autor (1994), o itinerário histórico da concessão, inicialmente, teria passado pela fase

da “tese”, que a admite sob a gestão “exclusivamente privada e com caráter estático”. Em seguida, a *concessão* teria entrado na fase da “*antítese*”, tornando-se relativamente dinâmica, mas submetida à presença maior do Estado. Nas suas palavras, esta concessão teria sido “*geralmente explorada pelo Estado por meio de entidades paraestatais*” (WALD, 1994, p. 6).

Finalmente, na década de 1990, a *concessão* teria atingido a fase de “*síntese*”, a qual comportaria, segundo o autor (1994, p. 6), a aproximação do Direito Público e do Direito Privado. Nesta última fase, afirma o autor, “*do mesmo modo que antiga antinomia entre Ocidente e os países comunistas desapareceu com a derrubada do Muro de Berlim*”, não mais seria possível falar em “distinção entre o Direito Público e o Direito Privado” (WALD, 1994, pp. 6 e 7).

De acordo com Wald (1994), sob o texto da nova Constituição, não mais estaria presente o conflito de interesses entre o concedente e o concessionário. Tal conflito teria dado lugar a um “*contrato de colaboração e parceria*”. A *concessão*, assim como o *contrato administrativo*, na visão do autor (1994), teria assumido caráter marcado pela flexibilidade. Isso, na explicação do autor, derivaria do resultado prático da elaboração do “Direito em crise”. Para Wald (1994), o “direito em crise” estaria baseado em “*novas tendências*” de um “*Direito flexível*”.

Em outro trabalho, datado de 1999 – ou seja, após a edição de algumas leis que regulam a concessão – Wald (1999) sugere que a legislação sobre concessões teria demorado meio século para ser elaborada, de tal modo que a concessão da década de 1990 seria, na verdade, uma “*nova técnica*” de Direito Administrativo.

Segundo o autor (1999), a propriedade privada sob controle público seria muito melhor do que a propriedade do Estado sob controle político. Descreve o sistema de concessões, operado pela reforma administrativa, como exitoso, mesmo porque acompanhado do trabalho construtivo das agências reguladoras, que, em sua opinião, substituiriam com vantagens, o que ele denomina “*autoridades burocráticas*”.

Carlos Ari Sundfeld (2012) parte desta mesma leitura, sugerindo, no entanto, um maior esforço para combater o que denomina “*engessamento*”. Segundo o autor (2012), principalmente no final da década de 1990, o Brasil teria se engajado em políticas públicas pró-competitivas quanto à outorga dos serviços públicos. Na sua visão (2012), embora estas políticas públicas estejam então em franca expansão, a capacidade da Administração Pública de realizá-las ainda

está engessada. Para Sundfeld (2012, p. 12), a ação mais significativa nesta linha teria sido a privatização das empresas estatais. Porém, o direito e seu aparato de normas e instituições não teriam, ainda, se mostrados decisivos para fazer que o balanço penda definitivamente para o lado da concorrência.

No que diz respeito às concessões, Sundfeld (2012) faz um balanço dos últimos anos. Salienta que um debate jurídico mais conceitual, quanto à viabilidade de substituir o modelo de concessões licitadas pelo modelo de autorizações livres teria ocorrido, primeiro, em torno da legislação de telecomunicações. Em sua opinião, este debate teria representado o que ele denomina de “debate entre a *ortodoxia* e a *renovação de ideias*”, em que, ao final, “*a renovação de ideias foi aceita*”. Tudo isso com apoio do Supremo Tribunal Federal, que teria julgado constitucional o modelo.

Segundo Sundfeld (2012), houve uma reversão da abertura do mercado quanto à infraestrutura de transporte de gás por dutos e quanto ao mercado de armazéns alfandegados. Esta reversão, afirma o autor (2012, p. 13), teria sido revertida no Congresso Nacional pelo “*lobby eficiente das empresas já atuantes no setor*”. Ao final, conclui o autor, o balanço com relação às concessões é a de que o valor da concorrência teria vencido a batalha conceitual contra a “*ortodoxia jurídica do serviço público (ortodoxia de clara inspiração anticoncorrencial)*”, no entanto, teria “*saído ferido na grande guerra da política*”.

Fernando Menezes de Almeida (2012) sugere que a tradicional teoria do contrato administrativo não seria apta para explicar adequadamente todas as formas de “convenção” que a Administração Pública pratica na atualidade. O autor parece ter a certeza de que a teoria do contrato administrativo nem mesmo teria sido concebida com tal finalidade, nas suas palavras, “de descrever toda e qualquer nova situação jurídica” (ALMEIDA, 2012, p. 239).

Segundo Menezes de Almeida (2012, p. 238), no caráter evolutivo do Direito Administrativo, objeto e tempo estariam em constante evolução, de modo que a teoria tradicional, a fim de facilitar a tarefa de indicações mais precisas, exigiria ser reposicionada. A concessão, para este autor (2012), seria um “módulo convencional”. A expressão é utilizada pelo autor para designar casos em que uma nova situação jurídica (subjetiva ou objetiva) seria criada, necessariamente a partir de um acordo de vontades. Na visão de Menezes de Almeida (2012), a expressão também “descreveria” casos em que a Administração Pública desenvolve o poder unilateral de decisão para

criar uma nova situação jurídica, independentemente do acordo de vontades.

De acordo com o autor (2012, p. 239), estão presentes no rol exemplificativo de módulos convencionais os atos pelos quais a Administração Pública transfere à outra parte o exercício de atividade ou o uso de elemento que lhe é e continuará sendo próprio, por se vincular a sua função pública. São aqui incluídas pelo autor, portanto, as concessões de uso ou de exploração de bem público. Esta modalidade de concessão estaria enquadrada nos “módulos convencionais de concessão”, os quais denotam maior grau de complexidade.

A conceituação da concessão, com decolar entre as décadas de 1930-1970, é retomada na década de 1990 em um contexto de reversão das linhas demarcatórias entre o direito público e o direito privado. Não se tem dúvidas quanto ao fato destes dois períodos tratarem de dois contextos político-administrativos muito diferentes, assim como não se ignora a influência de cada opção político-econômica para o campo do direito.

Atualmente, a doutrina sobre o assunto busca uma definição de concessão que esteja ligada à aproximação entre o Estado e os interessados, de modo a gerar um novo “contrato relacional”. Seja pela “*administração concertada*”, “*administração consensual*” ou pela “*soft administration*”, a intenção da doutrina parece ser a de tentar favorecer uma ideia de concessão que não englobaria interesses contrapostos. Mas, ao contrário, o mesmo fim, quase sempre identificado como “*desenvolvimento*” e/ou “*eficiência técnica para concretizá-lo*”.

O que se verifica, entretanto, é que este discurso se presta, também, para efetivar capturas do Estado pelo interesse privado, em claro detrimento da opção constitucional. O discurso doutrinário, aqui, não raro se combina com uma advocacia ativa em favor dos entes privados que compõem os acordos com a Administração Pública. Fruto de convicções ideológicas, a defesa doutrinária da “desconstitucionalização” pode, pois, por vezes, corresponder a interesses profissionais.

A ideia, como apresentada, quer abrir espaço para uma maior participação do particular na definição das regras contratadas. Seus fundamentos estão muito próximos de uma percepção supostamente “*democratizada*” do Direito Administrativo, de modo que – *não sem dificuldade* – poderiam, aqui, ser invocadas as diretrizes constitucionais. No entanto, ao mesmo tempo, este discurso busca se legitimar no campo da técnica e, não raras vezes, suprime a opção constitucional

(notadamente quando se traz para o debate a *ideia de desenvolvimento nela consubstanciada*).

Segundo Almiro Couto e Silva (1997), o recuo do Estado teria ampliado e ampliará cada vez mais o campo do setor privado. Na visão do autor (1997, p. 43), novas parcerias e modalidades de colaboração dos indivíduos com o setor público ou deste com os particulares – *por meio do direito público e do direito privado* – certamente serão realizados e instigarão a imaginação dos juristas. Isso não significa, no entanto, uma autorização para se conspurcar as diretrizes constitucionais, confundindo-se o Direito Público e o Direito Privado.

Para Couto e Silva (1997), nada faz supor que o direito privado se sobreponha em importância ao direito público, ficando este reduzido a simples normas de organização. Ainda que por diferentes razões, sugere o autor, a atualidade da distinção entre direito público e privado seria irrecusável e não pode ser abandonada. Segundo Couto e Silva (1997, p. 69), afigura-se inquestionável que a noção que se possa ter de sistema jurídico – seja ela qual for – é conformada pela Constituição, com toda a sua constelação ou ordem de valores.

### 2.3.2. A questão da definição jurídica da concessão de exploração petrolífera.

A teoria do contrato administrativo, como demonstrado, define-se e ganha corpo sobretudo no âmbito da discussão teórica das concessões. Por sua vez, o itinerário do discurso jurídico que busca dar uma definição à concessão, no Brasil, centra sua análise no fenômeno da concessão de serviço público, o que permite afirmar que a doutrina brasileira se consolidou em torno desta figura, nem sempre abrangendo, historicamente, a concessão como gênero (MONTEIRO, 2009).

Com efeito, não parece se estabelecer – *pelo menos em termos doutrinários* – uma definição uniforme do instituto. Esta é, por meio de uma ligeira adaptação da doutrina francesa, compreendida pela doutrina brasileira como “*contrato administrativo*”. De modo semelhante, muito por força do direito positivado, as diversas espécies de concessão não encontram dificuldades em ser delineadas como contrato.

É possível verificar, na construção teórica da concessão de serviço público, o desdobramento da concessão como gênero, a partir da qual surge, lado a lado, o que a doutrina define como “módulos convencionais de acordo de vontades”, vistos como espécies do gênero concessão (ALMEIDA, 2012, p. 237).



A “*concessão de exploração petrolífera*” se articularia dentre tais espécies de módulos convencionais. Não destinando a ela uma concepção *sui generis*, a doutrina brasileira não se preocupou muito em diferenciá-la das demais espécies ou gêneros contratuais. É, pois, no quadro da “renovação” do Direito Administrativo que a concessão de exploração petrolífera passa a ser situada na categoria de concessão de uso e, a partir daí, recebe classificação diferenciada quanto sua natureza. Ela começa a ser compreendida como espécie de concessão.

A concessão petrolífera inclina-se, assim, a ser concebida pela doutrina como “*forma de utilização (exploração) de bem público*”. A atual doutrina, muito por força do direito positivo, classifica-a como espécie do gênero concessão, do qual derivariam, ainda, outras modalidades, a saber: a) *concessão de direito real de uso*; b) *a concessão de uso para fins de moradia* e a c) *concessão florestal* (DI PIETRO, 2014; MARQUES NETO, 2014; ALMEIDA, 2012).

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2014, p. 332), a concessão de jazidas minerais e de petróleo seriam exemplos de “*instrumentos de conferência de uso*”. Esta modalidade de concessão, de acordo com o autor, estaria situada na categoria dos instrumentos que conferem uso “*exclusivo consumativo*” de bem público. Para o autor (2014, p. 347), a *concessão de uso de bem público por privado* é definida como instrumento apto que se presta a conferir maior estabilidade ao uso privativo outorgado ao particular, uma vez que teria *natureza contratual*, pressuporia *vínculo estável* e conferiria ao concessionário uma *forte relação jurídica* com o bem.

Marques Neto (2014, pp. 352-353) sugere que, embora a concessão de uso possa recair sobre qualquer classe de bens, ainda assim, haveria a necessidade de se conferir uma maior estabilidade ao privado, até para que se possa ter certeza de que haverá retorno dos investimentos. Vista deste ângulo, na visão do autor (2014), o caráter contratual da concessão de uso de bem público implicaria no estabelecimento de uma relação mais estável com o poder público.

Situa-se, assim, a ideia de concessão de uso de bem público no âmbito dos *contratos administrativos*. Isto é, a descrição de um suposto “novo modelo” de classificação para atos específicos permite, em última análise, a inserção de várias modalidades de concessões na velha categoria do contrato. No entanto, respectivo modelo de descrição de atos relacionais – *cessão de uso de bem público* –, ainda que possa ser didaticamente útil, corre o risco de incorrer na aplicação distorcida do fenômeno que se quer descrever.

Sem adentrar por ora na discussão mais aprofundada sobre os efeitos que a *natureza do bem (público) explorado* pode ter na definição da *concessão de uso de bem público*, importa observar que tal modalidade de concessão não tem nem teve sempre sua natureza e conceituação tão pacificamente definidas pela doutrina como se parece insinuar.

De um lado, a definição de *concessão de uso de bem público*, tal como trabalhada pela doutrina, traz no seu núcleo a discussão sobre o “*contrato administrativo*”, que é muito complexa na sua origem. De outro lado, a classificação jurídica do bem público explorado tem sido, há muito tempo, tarefa dotada de certa dificuldade. No caso da concessão de exploração petrolífera, é preciso fazer uma breve ilustração de suas possíveis conceituações para explicar o que se projeta a partir daí.

A ideia de *concessão petrolífera* pode ser verificada em dois momentos distintos na história da indústria do petróleo no Brasil. Há registros da utilização do termo pela doutrina no período que vai de 1930 até a instituição do monopólio da Petrobrás, em 1953 – *momento em que a via da concessão cai em desuso*. A partir da década de 1990, com o advento da Lei do Petróleo, o termo é retomado. No primeiro período, o conceito de concessão aplica-se à generalidade dos recursos minerais, não havendo maiores critérios de distinção entre eles.

Como vimos, a organização jurídica de exploração petrolífera ocorre, igualmente, em dois momentos. O primeiro vai desde a nacionalização do subsolo até a implementação do regime de monopólio, em 1953; o segundo, inicia-se após a alteração do monopólio na década de 1990.

A partir de 1930, aponta Getulio Carvalho (1977, p. 19), o governo brasileiro teria intensificado seus esforços na procura do petróleo e lançado as bases da legislação para tanto. Concomitantemente ao processo de nacionalização, o período imediatamente posterior à Revolução de 1930, segundo Gabriel Cohn (1968, p. 13), teria sido, também, marcado pela constituição de várias sociedades privadas para a exploração do petróleo no país.

Para Gabriel Cohn (1968), este momento teria sido marcado por uma “*evolução contrastante*”. Na visão do autor (1968), o Estado teria implementado medidas tanto para firmar a ação estatal quanto para constituir empresas privadas. Para o autor (1968), isso tudo, somado à ação efetiva de grandes companhias internacionais teria apresentado um quadro de contrastes, que definiria o problema do petróleo até a criação da Petrobrás, em 1953.

Gilberto Bercovici (2011) sugere que o marco da alteração da atuação pública no setor do petróleo é o Decreto-lei n.º 366, que já em 1938 teria incorporado ao Código de Minas de 1934 dispositivos específicos sobre o petróleo e o gás natural. Para Bercovici (2011, p. 119), dentre tais previsões estariam a de que as jazidas de petróleo e gás natural pertenceriam ao domínio público da União e dos Estados, e a de que a exploração do petróleo poderia ser feita por meio de “*concessões especiais*”, com participação da União, ou diretamente por ela.

Segundo Bercovici (2011), ainda em abril de 1938, por meio do Decreto n.º 395 teria sido declarado de utilidade pública o abastecimento nacional do petróleo, englobando a produção, a importação, exportação, o transporte (inclusive a construção de oleodutos), a distribuição e o comércio do petróleo e derivados, bem como a refinação do petróleo, qualquer que fosse sua procedência. Por este mesmo decreto, observa o autor (2011), teria sido criado o Conselho Nacional de Petróleo. Estas diretrizes legislativas sobre o petróleo são mantidas pelo Código de Minas de 1940.

Em 1941 é expedido o Decreto-lei 3.236/1941 que, dentre outras previsões, determina que as jazidas de petróleo e gás natural existentes em território nacional pertençam, em caráter imprescritível, ao domínio exclusivo da União, reiterando a nulidade de qualquer eventual registro privado (BERCOVICI, 2011).

Segundo Gilberto Bercovici (2011) e Elias Bedran (1957), tal decreto teria inovado ao repassar a competência de autorização e fiscalização da pesquisa e lavra do petróleo ao Conselho Nacional do Petróleo. Para estes autores, o Código de Minas de 1940, por força da alteração provocada pelo respectivo decreto-lei, teria tirado da subordinação do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) os trabalhos de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e as teria tornado de domínio privativo da União, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Petróleo.

Para Getúlio Carvalho (1977) e Gabriel Cohn (1968), os primeiros anos de atuação do Conselho Nacional do Petróleo teriam sido mais marcados por tentativas de adaptação e alteração da legislação sobre a pesquisa e lavra, do que necessariamente por exploração. Para Carvalho (1977), alguns fatores específicos teriam contribuído para as dificuldades de pesquisa, dentre os quais um Conselho num momento de guerra e os entraves provocados por problemas de importação de sondas, máquinas e equipamentos.

Gabriel Cohn (1968, p. 61) aponta que o Conselho Nacional do Petróleo teria se revelado falho nas atividades cotidianas, afetas ao setor técnico e à administração corrente. Para o autor (1968), a importância do CNP foi mais bem demonstrada na tomada de grandes decisões, para as quais, na realidade, ele havia sido concebido.

Os relatórios dos primeiros anos do CNP, conforme destacam Cohn (1968) e Carvalho (1977), indicam que os laboratórios, mal aparelhados e com falta de técnicos, mais de uma vez teriam se ocupado de trabalhos de análise desnecessários e alheios ao seu campo de pesquisa. Outros documentos apontariam, ainda, o pouco sucesso com perfurações (COHN, 1968).

Concomitantemente a tais fatores, as empresas particulares que tentaram se constituir antes da criação do CNP e que já haviam demonstrado um misto de agressividade e dependência em relação ao governo, não teriam resistido às exigências estabelecidas pela nova legislação, nem teriam tido condições para se eximir da fiscalização imposta e desapareceram (COHN, 1968, pp. 66-67).

No entanto, são as mesmas condições supramencionadas que teriam provocado, vez ou outra, a tentativa de regulamentação da exploração privada do petróleo pelo mercado privado. O Estatuto do Petróleo, afirma Gabriel Cohn (1968, p. 78), não passaria da expressão mais imponente dessa orientação de regulação. Para o autor (1968), o Estatuto seria derivado da tentativa de redefinição da política do petróleo para atender os interesses privados.

Em 1945, o CNP emitiu a Resolução n.º 1, pela qual permitia, de acordo com a legislação em vigor, a instalação e a exploração de refinarias, no país, por companhias nacionais privadas. Segundo Gabriel Cohn (1968), a alteração da política do petróleo que se propaga na fase final do Governo Vargas e após sua deposição seria derivada de pressões de setores altamente influentes. Segundo o autor (1968), primeiramente, estas vieram dos empresários privados; mais tarde, dos locais; e, em seguida, dos estrangeiros. A elaboração da Constituição de 1946 não segue outro caminho – ela também seria influenciada pelos mesmos fatores (COHN, 1968; CARVALHO, 1977; BERCOVICI, 2011)<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup> Segundo Gabriel Cohn (1968, p. 83), a impressão que se leva da discussão sobre a Assembleia Constituinte de 1946 é a de que, ainda que se aceitassem com devida cautela as informações obtidas das polêmicas parlamentares que cercaram o tema do petróleo, os adversários da plena abertura às empresas

Segundo Cohn (1968), no título destinado à Ordem Econômica e Social, no tocante a exploração das riquezas minerais, o texto constitucional teria deixado a descoberto as disposições da lei ordinária, consubstanciadas no Código de Minas de 1940. Conforme observa o autor (1968), o artigo 153 da Constituição dispunha que “*o aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei*”, e acrescentava em seu parágrafo 1.º que “*as autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no país, assegurado ao proprietário do solo preferência para a exploração*”. No mais, estabelecia que “*os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, seriam regulados de acordo com a natureza delas*”.

Prevista na legislação é, porém, no projeto de elaboração do Estatuto do Petróleo que o conceito de *concessão petrolífera* é trabalhado com mais ênfase. Segundo Gabriel Cohn (1968), o parágrafo 3.º continha o núcleo do anteprojeto: “*A União executará, por administração direta ou controlada por via de subordinação e concessões, as operações referidas no parágrafo anterior e regulará o comércio de petróleo e derivados*”.

Na apresentação do anteprojeto, Gabriel Cohn (1968) afirma que o então relator expunha o que deveria ser entendido como “*concessão*”: “*trata-se de modalidade de empresa organizada pelo Estado em que o poder público, em vez de explorar diretamente o serviço ou indústria, entrega-o ao empresário privado para fazê-lo com seu capital, por sua conta e risco. Não é um equivalente a um contrato de alienação expressa ou implícita de bens*”.

De outro lado, o art. 12 do anteprojeto estabelecia que o “*decreto de concessão cria um direito real de posse, administração e exploração econômica dos bens que tenha por objeto, direito esse regido por esta*

---

estrangeiras do acesso aos recursos minerais do país, pouco mais teriam feito do que insistir na denúncia sobre a influência externa. Para o autor (1968), teria faltado aos nacionalistas uma ação coordenada na Assembleia Constituinte. Careciam-nos, pura e simplesmente – e em contraste com os grupos favoráveis às medidas adotadas – de posições solidamente firmadas. Mesmo porque, para combater medidas dessa natureza, sugere o autor, seriam necessários princípios ideológicos e doutrinários bem definidos em longo prazo, ao passo que, para aceitá-las, é suficiente a consideração de interesses de curto prazo, em regra de tipo econômico.

*lei e pelo contrato firmado com o seu titular*”. A *concessão*, entretanto, não atingiria a lavra. De acordo com o art. 5.º do anteprojeto, seriam objetos da concessão o transporte e a refinação do petróleo, nacional ou importado. As atividades de pesquisa, lavra e exportação do petróleo e derivados ficariam dependentes à “*autorização*” (COHN, 1968).

Parece haver entre a exposição de motivos do anteprojeto e o disposto no seu artigo 12 a mesma confusão que Elias Bedran (1957) constata com relação ao Código de Minas. Para este autor (1957, pp. 48-49), as palavras “*concessão*” e “*autorização*” seriam utilizadas tanto pela legislação como pela doutrina indistintamente como sinônimos.

No que concerne ao Código de Minas, Elias Bedran (1957) sugere que a “*autorização*” traduziria uma expectativa, direito de restrita aplicação como sucede com a pesquisa, sendo a “*concessão*” de caráter amplo por implicar uma exploração, como ocorre com a lavra. O anteprojeto do Estatuto do Petróleo teve um trâmite difícil face à campanha que se instalou contra seus interesses. Acabou sendo arquivado<sup>118</sup>.

Vemos aqui, portanto, as razões pelas quais a exploração petrolífera antes da instituição do monopólio da Petrobrás não evolui de modo mais expressivo. Disso também decorre, a escassa preocupação da doutrina jurídica em buscar uma concepção distinta da no campo da exploração petrolífera.

Seja por questões de ordem prática, derivadas, por exemplo, da pouca possibilidade de acordos entre o público e privado sobre a exploração petrolífera neste período, ou mesmo por ausência de necessidade, em vista do clima técnico-econômico que marca esta fase, parece não existir, entre os juristas, maiores dúvidas quanto às formas instrumentais e quanto à natureza jurídica da *autorização* da exploração petrolífera. O tema não parece incomodar os juristas nem provocá-los a compor um conceito próprio.

---

<sup>118</sup> De acordo com Gilberto Bercovici (2011, p. 146), o crescimento da oposição à aprovação do Estatuto do Petróleo, apesar do boicote da grande imprensa, teria sido perceptível nos meios políticos e empresariais. Segundo o autor (2011), a organização de vários setores da sociedade em defesa da nacionalização dos recursos minerais, particularmente do petróleo, teria conseguido pressionar o Executivo e o Legislativo a não aprovarem o Estatuto, cuja discussão foi sendo abandonada até a aprovação do monopólio estatal do petróleo em 1953.

De acordo com as fontes analisadas, quando o termo *concessão* é trabalhado pela doutrina em obras específicas, os autores estão a tratar da “*concessão de minas e jazidas*”, sem confundir a concepção adotada com a de exploração petrolífera. Por conseguinte, os autores estão concentrados nas definições legais. Quando o termo surge, por exemplo, na bibliografia relacionada ao Código de Minas, observa-se que os autores se restringem a descrever as opções legais.

O debate da conceituação, quando abordado, é feito com referência à conceituação trazida pelos livros de Direito Administrativo mais difundidos. De uma maneira geral, o termo *concessão* é percebido como contrato sem que isso implique, entretanto, na transferência de propriedade. De todo modo, mesmo nestes autores, é interessante observar que a concessão de lavra não se confunde com a ideia de uso de bem público, entendimento que será utilizado pela doutrina imediatamente posterior.

A inserção da concessão de lavra na categoria de uso de bem público parece corresponder à classificação do Direito Administrativo mais atual, situada no segundo eixo de teorização da concessão. Isso fica evidente, por exemplo, na passagem da obra de Floriano de Azevedo Marques Neto (2014, pp. 348-349) em que ele sugere não mais existir, como ocorria no passado, divergência quanto ao caráter contratual da concessão de uso, de modo que a doutrina, quase em uníssono, a definiria como contrato administrativo.

Embora tal autor sugira existir concessões que se estabelecem por ato unilateral – *como no caso da concessão de lavra, instituída pelo Decreto-Lei n.º 227/67* – ele constata que, não obstante o caráter pretensamente unilateral da concessão mineraria, o próprio Código de Minas estabelece marcos que atenuariam seu caráter bilateral e sinalagmático.

Ao alocar a ideia de concessão petrolífera na categoria de concessão de uso de bem público, ainda que afirmando que estas duas figuras não se confundiriam, a doutrina moderna tende, no entanto, a aproximá-la da noção de concessão de serviço público. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, pp. 108-109), por exemplo, diante do direito positivo brasileiro, não seria possível negar a existência da “*concessão de uso privativo de bem público*” como instituto independente da “*concessão de serviço público*”.

Segundo a autora (2010), ambas as figuras constituiriam espécies do “gênero concessão” e, por isso, revestir-se-iam de natureza contratual. Segundo Di Pietro (2010), invocando parecer de Francisco

Campos, as conclusões sobre a concessão de uso de coisa pública, em que pesem terem sido apresentadas a propósito das concessões de serviço público, poderiam ser aplicadas, também, às hipóteses de concessão que objetivam tão somente o uso.

Maria Sylvia Di Pietro (2010) sugere, ainda, que o fato das condições de uso já estarem, na sua visão, especificadas no próprio ato da concessão, vinculando às partes contratantes à maneira de uma concessão de serviço público, não retiraria da concessão de uso seu caráter contratual. Segundo a autora (2010), isto ocorreria, sobretudo, porque a outorga do uso privativo somente se efetivaria mediante manifestação expressa de ambas as partes, dependendo do consentimento do particular, i.e., da aceitação das cláusulas pré-definidas pela Administração Pública.

Em trabalho datado de 1974, Raimundo Nonato Fernandes já abordava o debate sobre a concessão de uso de bem público, situando-o na discussão genérica de “concessão administrativa” e relacionando-a intimamente com a “concessão de serviço público”. Nonato Fernandes (1974) sustenta que a concessão administrativa abrangeria a concessão de uso, a concessão de serviço público e a concessão de obra pública. Para o autor (1974), não existiria no Brasil um regime uniforme em matéria de “concessão de uso”.

Segundo o autor (1974), a doutrina brasileira, a exemplo da doutrina estrangeira, teria se inclinado a conceber o regime jurídico da “concessão de uso de bem público” como “contratual”, quando evidenciada a utilidade privada do concessionário; e como “ato-misto” nas hipóteses em que se fosse possível verificar a ideia de contrato-regulamento. Estas últimas hipóteses, na visão do autor (1974), estariam definidas no âmbito da “concessão de serviço público”, objetivando interesse geral.

Ainda que com os olhos voltados à prática da época, Fernandes (1974, p. 6) sugere que, em alguns casos, as concessões de uso de bem público decorreriam de “contrato” (*i.e. nos casos de concessões de terrenos, relativas a áreas dos aeroportos e das que acompanham os serviços públicos*). Já em outros casos, elas poderiam ser vistas como “ato-unilateral”. Segundo o autor (1974), nesta última categoria estariam situadas, dentre outras, as “concessões de lavra de minérios”. A classificação sugerida pelo autor se estrutura, em última análise, no critério da finalidade do objeto da concessão. Isto é, na finalidade que o objeto da concessão – o uso do bem público – assume perante uma funcionalidade pré-determinada.



Para Nonato Fernandes (1974), é essencial, neste ponto, a verificação do tipo de concessão. Na visão deste autor (1974), a concessão de uso se revestiria de distintas modalidades, quais sejam: i) *de exploração ou simples uso*; ii) *autônoma ou acessória, temporária, remunerada*, iii) *de utilidade pública* e iv) *facultativa*.

Segundo Nonato Fernandes (1974), cada uma destas modalidades fixaria diferentemente os direitos e deveres oriundos do ato. Referida definição das modalidades, neste Autor (1974) visa, sobretudo, a superar a discussão sobre os limites a serem observados na relação que se estabelece entre a Administração Pública e o privado.

Em parecer jurídico datado de Março de 1993 – portanto, antes da alteração do regime de monopólio petrolífero – Caio Tácito (1997) aponta para a mesma lógica de pensamento.

Analisando a natureza jurídica de um “título de autorização para instalar e explorar refinaria de petróleo”, concedido em 1946, o Tácito (1997) conclui que, com advento do monopólio estatal instituído a partir da Lei 2.004/1953, referida autorização, que teria inicialmente natureza jurídica de “*permissão condicionada*”; teria passado à condição “*sui generis* de uma concessão”. Na visão do autor, referida concessão seria “*modalidade própria de exploração privada de um serviço público*”. O núcleo desta relação jurídica, de acordo com Tácito (1997), teria “*natureza regulamentar*” e deveria ser assim conceituada face à CRFB de 1988.

É somente com a publicação da Lei 9.478/97 que a doutrina jurídica passa a se preocupar em dar à concessão petrolífera uma classificação específica. Com a previsão da Lei do Petróleo, dá-se, novamente, no quadro jurídico nacional um impulso para a busca da definição da natureza jurídica da concessão petrolífera e para seus limites relacionais. Revista, então, como “fenômeno novo”, a concessão petrolífera é adaptada, à “voga do momento”. No Direito Administrativo, a “privatização do público” ganha, assim, mais peso do que a história do conceito no âmbito constitucional.

Autores dessa fase, como Alexandre de Moraes (2000), consideram a concessão de exploração petrolífera como uma espécie própria. Mesmo descrevendo, porém, sua definição como decorrência de um “*novo regime jurídico das concessões*”. O autor não se desvencilha da visão tradicional, dizendo tratar-se de “*contrato administrativo*” regido pelas normas de Direito Público.

Para fundamentar esta classificação, Moraes lança mão dos elementos tradicionalmente levados em conta: i) *presença de pessoa*

*jurídica de direito público, ii) objeto ligado à própria execução do serviço público e iii) cláusula exorbitante do direito comum.* Salientando não haver, aqui, exploração de serviço público, mas sim de atividade econômica, Moraes (2000) destaca que a concessão petrolífera pressupõe *pessoa de direito público e as cláusulas exorbitantes.*

Esta concepção também é defendida na prática. Em parecer dado em 1999 ao Instituto Brasileiro de Petróleo – IBP, sobre alguns aspectos decorrentes da possibilidade de participação de empresas privadas nas atividades petrolíferas, Gastão Alves Toledo enfrenta o problema de conceituar a *concessão petrolífera*. No caso, o IBP teria questionado “*a abrangência do conceito de concessão quando utilizado para significar a exploração petrolífera*”. Entre os quesitos apresentados, o IBP desejava saber qual a modalidade de responsabilidade civil – *subjetiva* ou *objetiva* – a Agência Nacional do Petróleo estaria submetida.

Para Alves Toledo (1999), desde a modificação operada pela Emenda Constitucional 09/1995 existiria certa dificuldade da doutrina em delimitar o conceito daquilo que, na sua visão, “*se converteria em acordo entre empresa privada e União*” para desempenho da atividade de exploração petrolífera. Esta dificuldade, diz o autor, teria, inclusive, repercutido no âmbito legal, haja vista que a Lei 9.478/97 teria revelado “*imprecisões conceituais*” no seu texto.

Após fazer um levantamento dos conflitos e confusões terminológicas nesse campo – notadamente acerca dos conceitos de *monopólio, serviço público, atividade econômica e bem público* – Toledo conclui que a doutrina brasileira e o direito positivado há muito têm utilizado o termo *concessão* para abranger tanto as “*atividades econômicas*” quanto os “*serviços públicos prestados pelo Estado*”.

Segundo o autor (1999), embora o “*contrato de exploração petrolífera*” cuide de um “*contrato atípico*”, a palavra “*concessão*” permaneceria atrelada ao mesmo só por ter relação com o setor<sup>119</sup>. Para o autor (1999), o “*contrato de exploração petrolífera*”, no entanto, não

---

<sup>119</sup> É importante destacar que esta interpretação é feita para afastar a aplicação de cláusula de “*responsabilidade objetiva*” prevista no contrato analisado. O contrato, embora de exploração de atividade econômica, na visão do autor, traria texto relativo a serviço público. Em conclusão, o autor entende que a ANP não estaria engajada na prestação de serviço público, mas de regulação, fiscalização e contratação situada no âmbito da intervenção do Estado na economia. Com efeito, na visão do autor, a responsabilidade só poderia ser subjetiva.

atingiria a mesma dimensão de carácter público que assume a “*concessão de serviço público*”.

Toledo (1999) sugere que a palavra “*concessão*”, tal como empregada pela Lei 9.478/1997, refere-se exclusivamente à indústria do petróleo e gás natural. Na visão do autor (1999, p. 10), a concessão da Lei do Petróleo seria destinada para um “*ramo específico*” no campo das concessões, inconfundível com a “*concessão de serviço público*” ou a “*concessão de uso de bem público*”, as quais guardariam inteira subordinação aos princípios regedores dos contratos administrativos.

Outra abordagem digna de menção é a de Alexandre Santos de Aragão (2002; 2005). Segundo este autor (2002, p. 6; 2005, p. 10), o “*contrato de exploração petrolífera*” cuidaria de “*um acordo de desenvolvimento econômico*”, cuja natureza seria de “*direito privado*”. Para Aragão (2005), esta seria a natureza jurídica da concessão petrolífera, ainda que exija, por razões estratégicas ou fiscais, certa “*disciplina publicística*”. O que mais chama a atenção aqui não é, entretanto, a sua classificação da natureza jurídica da *concessão petrolífera*, mas a forma como ele fundamenta seu posicionamento.

Alexandre Aragão (2005, pp. 1-9) trabalha a partir de uma fundamentação que ele denomina “*jus positivista*”. Ele sustenta que existiria, dentro da “*pirâmide kelseniana*”, na concreção das normas gerais – entre a passagem de um grau superior para um grau inferior da ordem jurídica – a necessidade de preenchimento do que ele denomina “*um vazio*”. Ainda que traçado por norma de grau superior, este vazio representaria, segundo o autor, um “*espaço criativo*” que pode e deve ser integrado pelo Administrador Público.

A Lei do Petróleo, diz Aragão (2005), teria estabelecido parâmetros objetivos e gerais de regulamentação, a qual deve ser feita pela ANP. Na sua função - estabelecida por lei, portanto – segundo o autor, a ANP deveria buscar preservar certos interesses, todos previstos no artigo 1.º do respectivo diploma legal. Para o autor (2006, p. 4), decorreria daí a ANP ter amplo poder para “*criar cláusulas dos contratos de concessão e dos respectivos editais de licitação*”. Tudo isso, na visão do autor (2006, p. 4), estaria enquadrado num paradigma que envolveria o “*desenvolvimento econômico*” e os “*interesses (direitos)* do setor privado que *antes estavam fora do comércio*”.

Segundo o autor (2005, p. 10), o “*contrato de exploração petrolífera*” se afiguraria como um “*acordo de desenvolvimento econômico*”, por meio do qual a concessão parcial realizada é “*asseguradora do dinamismo jurídico necessário para o alcance do*

*objetivo desenvolvimentista*". Para o autor (2005), a atuação da ANP, em interpretação ao art. 44, VI<sup>120</sup>, da Lei do Petróleo, estaria, sobretudo, relacionada às *"boas práticas internacionais do Petróleo"*, resultando daí o dever de implementar o *"modelo de mercado"* e de *"atração dos investimentos"* conforme propugnado pela Emenda Constitucional 09/1995.

Aragão (2005, p. 5) sugere que a atuação da ANP – inclusive para fins de realização e redação do contrato de exploração petrolífera - deveria estar baseada nos princípios do Estado Democrático de Direito e da Administração pública, *"notadamente nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e da eficiência/economicidade"*.

Por força do texto constitucional, art. 176, segundo o autor (2005), as jazidas seriam propriedade distinta do solo. Segundo Aragão (2005, p. 14), a jazida seria *"objeto de direito de propriedade (direito real público) da União"*. A *"concessão petrolífera"*, nos termos da Lei 9.478/97, concede ao concessionário o *"direito de propriedade sobre o produto da lavra"*, o qual representa, nas palavras do autor, *"onticamente uma atividade"*, que não se identificaria com a jazida propriamente dita. Isto é, haveria, aqui, atividade inconfundível com a propriedade pública (da jazida).

A *"contratação"* operada por meio da *concessão petrolífera* seria, na visão do autor (2005, p. 14), a formalização de relação através da qual se atribui ao concessionário o exercício de uma *"atividade econômica"*. Segundo Aragão (2005), referida relação contratual estaria adstrita à matéria obrigacional e não a matéria respeitante à titularidade da jazida.

Para Aragão (2005, p. 14), ainda que se conceda ao particular o direito de exercer a *atividade econômica* de lavra, somente a União seria proprietária da jazida, do bloco e da plataforma continental. Nesta hipótese, o bem, a coisa, na opinião do autor (2005, p. 16), é e sempre será da União até a *exploração regularmente desempenhada*, momento em que a Constituição garantiria ao concessionário a *propriedade do produto da lavra*, mas não os direitos sobre o bloco.

Segundo Aragão (2005, p. 18), portanto, o que caracteriza a *concessão de exploração petrolífera* não é o objeto dela, mas, sim a função ou atividade concedida. No caso, *"a atribuição do direito de*

---

<sup>120</sup> "Art. 44. O contrato estabelecerá que o concessionário estará obrigado a [...] IV – submeter à ANP o plano de desenvolvimento de campo declarado comercial, contendo o cronograma e a estimativa de investimento."

*exercer uma atividade que a lei reservou para a Administração*”. De modo que o que está em causa – para fins de caracterização da concessão de exploração petrolífera – nas palavras do autor (2005, p. 18), não seria “a utilização do bem”, mas a “atividade de explorar ou gerir”.

Aragão (2005, p. 18) conclui que, para regular a referida transferência de propriedade, a ANP teria poderes determinados mais pelo conteúdo da Lei do que pela natureza jurídica dos contratos que estabelece. Estes contratos, diz Aragão (2005, p. 18), seriam “causa” e não “consequência da disciplina” do direito positivo, até mesmo porque, ao seu modo de ver, a “diferença entre o que é direito privado e o que é direito público é cada vez mais relativa”. Neste ponto, o autor (2005, p. 19) traz a lume a expressão “fuga para o direito privado”, trabalhada pela autora portuguesa Maria João Estorninho (1990; 2003; 2012)<sup>121</sup>.

Ao que parece, o autor tem a intenção de deixar de lado parâmetros extraleais na elaboração da concessão petrolífera, estimando o uso do “espaço criativo”, que ele sustenta residir entre a conformação da norma de grau superior e a norma de grau inferior. Dentro dessa visão, o que importa são os poderes concretamente conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração, “*não uma classificação etérea da natureza do contrato*”.

Aragão (2005) sugere, ainda, não existir um poder exorbitante genérico da Administração sobre os contratos “*ditos de direito público*”. Dever-se-ia levar em conta, aqui, só a disciplina legal setorialmente atribuída ao “*contrato de exploração de atividade econômica petrolífera*”. Invocando Carlos Ari Sunfeld, Aragão (2005)

---

<sup>121</sup> Esta expressão, como trabalhada pela autora portuguesa representa algo que, em sua opinião, pode é um “*perigo*”: a libertação de forma elegante da vinculação aos direitos fundamentais, colocando á margem à Lei e à Constituição. Estorninho (1999, pp. 121-166) sugere existir certa tendência contemporânea de confusão entre as duas áreas. Para a autora, a propósito da atuação administrativa, as situações de miscelânea são cada vez mais generalizadas. Em tais situações, as formas publicísticas e privatísticas se entrelaçariam de um modo crescentemente inextricável, pondo em causa as próprias fronteiras tradicionais do direito. A análise da autora parece ser precedida de significativa abordagem histórica, a partir da qual ela constata o “mal” que pode resultar da aproximação entre o público e o privado. Tal aproximação, portanto, não é tomada por esta autora como algo inevitável, como sugere Aragão. Muito menos pode ser lida como “consequência autorizadora” de confusões conceituais intencionais.

sugere que não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim o de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante a este ou aquele.

Como não visam à delegação de serviços públicos ou de uso de bem comum, mas sim de “atividades econômicas monopolizadas” pelo Estado, as concessões petrolíferas seriam, em última análise, de direito privado (2005, p. 20). O que implicaria, para Aragão, a inadmissibilidade de presunção a partir de uma “*suposta e inexistente natureza jurídica de Direito Público*” da concessão petrolífera ou mesmo “*prerrogativas administrativas e sujeições do concessionário não previstas no marco regulatório*” (ARAGÃO, 2005, p. 20).

A especulação de parte da doutrina acerca da natureza jurídica de um contrato não pode – alega o autor (2005, p. 20) – ser fonte autônoma de obrigações sem esteio legislativo, devendo, ao seu modo, a Administração Pública se abster de encampar de forma parcial uma dessas posições doutrinárias para, sem previsão legal, aumentar seu feixe de poderes.

É perceptível, nos dois últimos trabalhos aqui analisados, a ideia de “*evolução*” que acompanha a teoria do direito administrativo a partir da década de 1990. Verifica-se em Aragão, com particular nitidez, uma mudança de foco no sentido de deslocar o debate sobre a concessão para o âmbito da regulação. Como se isso representasse uma “*evolução*”, uma “*modernização*” inevitável. De outro lado, é inescandível no seu raciocínio a intenção de diminuir a presença imediata da Administração Pública, fortalecendo o lado privado da relação jurídica.

O caráter público da concessão petrolífera tampouco é o cerne da análise das reflexões de Alfredo Ruy Barbosa (2004). Para este autor (2004, pp. 4-5), a concessão de exploração petrolífera seria uma “*concessão mineral ou mineraria*”. Segundo o autor (2004), embora para alguns doutrinadores a concessão mineral se assemelhe à concessão de serviço público, os objetos destas duas modalidades de concessão seriam diametralmente opostos.

A concessão de serviço público, na visão de Barbosa (2004), traria no seu conteúdo a obediência entre os critérios de regularidade e de continuidade. Ao passo que a concessão mineral estaria revestida da figura jurídica da “*concessão dominial*”, a qual, segundo o autor, consistiria na outorga de um privilégio ao particular sobre um bem patrimonial do Estado.

No texto analisado, Barbosa (2004) separa a concessão administrativa (gênero) em duas vertentes (espécies): a “*concessão dominial*”, que incidiria sobre os bens públicos, e a “*concessão de*

serviço público”. Segundo o autor (2004, p. 11), próxima da ideia de concessão industrial, a “concessão mineraria” apresentaria contornos que muito a aproximariam da “*propriedade privada*”, em que pese com esta não se confundir.

Na prática, afirma, a concessão criaria para o concessionário *direito público subjetivo*, vinculado a bens cuja aproximação seria, na sua visão, em princípio, vedada ou rigorosamente fixada em lei. Para Barbosa (2004), a essência desta modalidade de concessão residiria na garantia de que é possível apropriar-se dos recursos do subsolo, desde que na forma e nos termos da lei. A afetação desta garantia seria, na opinião do autor (2004), suportada pelo “interesse nacional”. Segundo o autor, quando ausente tal interesse, o concessionário poderia usar, gozar e dispor livremente da concessão mineral, sem quaisquer “limitações ou obrigações” além das que previstas em lei.

Em última análise, de acordo com o entendimento de Barbosa (2004), a transferência da propriedade do produto da lavra ao concessionário não traria implicações de ordem legal. A “concessão petrolífera” surge, neste ponto, como transferência de direitos patrimoniais do Estado para o ente privado, a fim de que este possa utilizar e gerir, por sua conta e risco, um determinado recurso natural, com direito de exclusividade e perpetuidade (BARBOSA; 2004, p. 11). Ao modo de ver do autor, no direito brasileiro, o domínio privado das jazidas em geral só pode ser mantido pelo trabalho permanente do concessionário.

Segundo Barbosa (2004), não haveria maiores diferenças, no direito brasileiro, entre petróleo, gás natural e os demais recursos naturais propriamente ditos. Por isso, a seu ver, seriam aplicados à concessão para pesquisa e lavra do petróleo e gás natural os mesmos princípios constitucionais e legais que orientam à concessão mineral propriamente dita.

Para dar lastro a este entendimento, Barbosa invoca Hely Lopes Meirelles, para quem, na sua visão, “[a concessão de lavra] *erige-se numa verdadeira “property”, com valor econômico proporcional ao da jazida, uma vez que a concessão faculta a exploração do minério, pelo concessionário, até o exaurimento da mina, e é alienável e transmissível a terceiros que satisfaçam as exigências legais e regulamentares da mineração*”.

Barbosa (2004), no entanto, esquece que Hely Lopes Meirelles (1966; 1979; 2005) distingue o petróleo dos demais recursos minerais, não assumindo a concessão de lavra, em sua concepção, caráter tão

privado como a citação dá a entender. Em verdade, de acordo com Meirelles (1966; 1979; 2005), a concessão de lavra se afiguraria como “*ato administrativo unilateral*”.

A partir da análise dos textos selecionados a respeito da concessão petrolífera, parece ser possível constatar a evidência que esta forma de concessão não tem um itinerário próprio. Tampouco ela pode ser relacionada, imediatamente, com a narrativa histórica que cerca o debate da concessão como gênero. A concessão petrolífera, antes da instituição do monopólio do petróleo, ao que tudo indica, não é diferenciada conceitualmente pela doutrina, a qual aparentemente não vê um problema na sua (in)definição jurídica. A classificação e definição da concessão petrolífera ganha fôlego na doutrina mais atual.

É, pois, na tentativa de conceituação do termo que a doutrina jurídica tenta situá-la nas categorias de “*concessão de uso de bem público*”, “*contrato administrativo*” ou, ainda, “*contrato de direito privado*”. Neste esforço teórico a doutrina acaba, eventualmente, diminuindo os limites entre o público e o privado, bem como tende a aproximar as figuras da concessão [como gênero] e da concessão petrolífera. Ao que parece, esta teorização liga-se a um contexto ainda maior, marcado pela tendência de “*privatização do público*”.

As fontes analisadas sugerem que, historicamente, a ideia de concessão não resulta de fatalidade nem é um fenômeno oriundo do acaso. Pelo contrário, a ideia se cerca de momentos de “*substantivação*” específicos, a partir dos quais é possível notar o aparecimento de critérios especiais de interpretação.

Nesta última fase, em que a doutrina se esforça para encontrar a definição jurídica da *concessão petrolífera*, ressalta-se uma crescente “*autonomização*” do Direito Administrativo que deveria dar o norte à referida classificação. A doutrina parece tentar, ao máximo, dar uma definição distinta ao que considera uma “*nova figura*”, oriunda de um “*novo Direito Administrativo*”.

Com isso, porém, joga a concessão petrolífera num caldeirão de mistura ou mesmo confusão conceitual, onde, não raras vezes, os próprios princípios e fundamentos formadores do Direito Administrativo são ignorados. Tem-se mesmo a impressão de que a confusão conceitual é deliberadamente buscada, para dar aparência de viabilidade a novas teses jurídicas.

A teoria que acompanha este discurso dogmático vende a ideia de que o Direito Administrativo marcado pelo modelo liberal de proteção aos direitos individuais não seria, hoje, mais suficiente para a concreção de novos interesses relevantes, baseados em novos direitos. Entretanto,



as formas técnicas utilizadas para superar a “*velha lógica*” ultrapassam, em última análise, a realização dos princípios e políticas consagrados na Constituição. Em suma, parece que o Direito Administrativo, no que diz respeito ao tema aqui abordado, salta de um modelo “*pseudo-liberal*” para um espaço de articulação técnica que busca contornar a Constituição ao mesmo tempo em que a invoca.

A nomenclatura “*concessão*” parece já não ser utilizada meramente de forma convencional. Amparada no novo direito administrativo, ela passa a pressupor uma justificativa de fundo que, aparentemente, não se atém à identidade dos interesses e dos problemas que devem realmente ser disciplinados no emprego do instituto. Esta constatação fica mais evidente quando a concessão petrolífera é percebida no contexto econômico-político que a (re)criou na década de 1990.

O próximo capítulo cuida de dimensionar os parâmetros e as perspectivas contextuais decisivos que circundam a formação conceitual desta figura, a ilusão que se mantém sobre a técnica ou o equívoco conceitual no qual o debate se insere.



### 3. O DEBATE SOBRE A CONCESSÃO PETROLÍFERA: PARÂMETROS E PERSPECTIVAS CONTEXTUAIS.

Cumpra tratar, agora, do debate sobre a *concessão de exploração petrolífera* propriamente dita: seus *parâmetros* e suas *perspectivas contextuais*.

Neste capítulo procura-se delimitar as características das categorias definidoras do conceito de concessão de exploração petrolífera: “*monopólio*” e “*petróleo*” (sua natureza jurídica). O objetivo é analisar como tais categorias são articuladas pela doutrina brasileira num determinado momento e o que importa daí para a conceituação da *concessão petrolífera*. Pretende-se chamar a atenção para o fato de que em tais categorias, também persiste doutrinariamente uma relação mútua e por vezes confusa entre as linhas demarcatórias do direito público e do direito privado.

Segundo Gilberto Bercovici (2011), o roteiro histórico que marca a nacionalização do petróleo e dos recursos minerais revelaria o processo da própria evolução política e econômica do Estado brasileiro. Para o autor (2011), a nacionalização do petróleo cuida de uma decisão tomada em busca de independência política e emancipação econômica do país. Tanto a adoção do regime de monopólio sobre o petróleo, quanto à criação de empresas petrolíferas estatais, na visão deste autor (2011), revelam-se, em última análise, instrumentos de que o Estado utilizou para personificar seu controle sobre tais recursos e, com isso, defender o interesse da coletividade para além da simples rentabilidade.

A alteração do regime de monopólio do petróleo – ou sua “*flexibilização*”, *como entendem alguns autores* – implica necessariamente inverter a tendência nacionalizante que teria se fixado no país durante décadas (COHN, 1968; CARVALHO; 1977; BERCOVICI, 2011). Gilberto Bercovici (2011) sugere ter ocorrido, com esta alteração estrutural, a relativização da própria autoridade governamental, bem como ter se firmado, em alguma medida, o descomprometimento direto do Estado com relação à economia, na medida em que o foco teria sido, então, deliberadamente deslocado para a mera rentabilidade e regulação da atividade.

Cada um dos quadros da indústria petrolífera (de fixação e alteração do regime de monopólio) pode ser objetivamente representado pelos seus próprios instrumentos operacionais. Se no regime de monopólio a criação de *empresas estatais* é ponto-chave, no regime de “*flexibilização*” a técnica concessionária adotada é fundamental.

De outro lado, no entanto, a conceituação da *concessão* como gênero, para todos os efeitos, foi estruturada doutrinariamente na tentativa de conciliar e equilibrar interesses antagônicos. Mesmo que se pense na concessão como um instrumento relacional, onde os interesses convergiriam e não se distanciariam, no fundo o que se tem nela é a junção de objetivos bem distintos: “a prestação de um serviço afetado por interesse público” e a “oportunidade de exploração de bem público e altamente rentável pelo privado”.

Não há dúvida de que estes interesses, em alguma medida, podem convergir. Porém, na sua própria origem – *pelo menos como recebemos tal instituto* – a concessão é, em verdade, consubstanciada na ideia de “*contratualização de interesses antagônicos*”. Daí porque o encaixe da técnica concessionária num regime marcado pelo monopólio pode, em alguns casos, ser contraproducente<sup>122</sup>. Tudo isso, no entanto, parece depender do sentido que se empreste à noção conceitual de monopólio e à natureza jurídica que se atribua à concessão.

A instituição de um regime de monopólio e a criação de empresas estatais para explorar determinada atividade econômica trazem no seu núcleo uma estrutura distinta. Gilberto Bercovici (2011) sugere que a nacionalização ou estatização não ocorreriam por acaso: as empresas estatais seriam a base do poder econômico público. Elas são – ou devem ser – instrumentos da política econômica nacional dos Estados, atuando para a realização de objetivos estratégicos devidamente definidos pelo texto constitucional. Pelo menos este parece ser o lugar comum e a razão de ser que as empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) ocupam na legislação brasileira<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Este é, por exemplo, o pensamento de Pontes de Miranda (1972). Para o autor, o art. 163 da Constituição de 1967-69, tal como o artigo da Constituição de 1946, de modo algum permite que a união estabeleça monopólio a favor de empresa particular, mesmo de economia mista. O que se prevê é monopólio da União, de modo que somente ela (a União) pode ter e exercer. Desde que o fundo da empresa é de outra entidade que a União, não se pode pensar em qualquer medida legal de monopolização *in* COMPARATO, Fabio Konder. **Monopólio Público e Domínio Público – Exploração Indireta da Atividade Monopolizada**. Direito Público: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 146-153.

<sup>123</sup> De acordo com o art. 37, XIX, da CRFB de 1988, “a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, somente poderá ser realizada por lei específica [...]”. De outro lado, o Decreto-Lei n.º 200 de 1967

A estrutura que recebe e conforta a ideia da *concessão petrolífera*, ao que parece, sugere o caminho pelo qual a conceituação e a natureza jurídica desta técnica devem ser sedimentadas. Ainda que possa pensar a concessão como um instrumento técnico, resgatado para fins de realização de uma determinada opção administrativa, tal instituto serviria a uma estrutura que, embora tenha flexibilizado o regime de monopólio, não o abandonou por completo.

Por sinal, o fim deste implicaria no abandono da própria sistemática inserta na Constituição Econômica acerca do petróleo. Dentro desse quadro, a *técnica concessionária*, forma pela qual o Estado articula seus interesses pode e deve atuar como *uma via de operacionalização da intervenção*. Resta saber, no entanto, até que ponto o antagonismo verificado entre “*a defesa da coletividade para além da rentabilidade*” e a “*rentabilidade*” esperada pelo agente privado é suportado pelo mesmo instrumento.

Sem considerar aqui o acerto ou desacerto da alteração política que se processou na estrutura da exploração petrolífera, entende-se que o raciocínio jurídico que se faz a respeito da imagem da concessão – *mecanismo imediato da atividade exploratória* – não deve ter outro ponto de apoio que não a Constituição Econômica. Dada à centralidade da Constituição na matéria, cumpre verificar agora como o Supremo Tribunal Federal trabalha as categorias estruturantes do conceito à hora de dimensionar a constitucionalidade do modelo adotado.

### **3.1. Parâmetros: as categorias definidoras da concessão petrolífera.**

#### 3.1.1. Monopólio e Atividade Econômica.

Ao indicar os modos de atuação estatal no âmbito das atividades econômicas (de produção e circulação de bens e serviços), a Constituição consagra, em capítulo específico, destinado à Ordem Econômica, as modalidades de “*serviço público*” e “*monopólio*” (arts.

---

estabelece que as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista compõem a Administração Pública Indireta. No mesmo sentido, ver Washinton Peluso Albino de Souza (1994, pp. 272-283), para quem, uma vez criada e posta a atuar, (Empresa Pública) passa a exercer uma atividade tipicamente econômica, condicionada à realização da política econômica e estará cumprindo tarefas de intervenção típicas do Direito Econômico.

175 e 177). Segundo Gustavo Kaercher Loureiro (2011, p. 48), de um modo geral, a doutrina brasileira trabalharia estas duas categorias de intervenção pelos seguintes critérios: o *serviço público* serviria à satisfação das exigências de “*solidariedade, coesão ou interdependência social*”; conquanto que o *monopólio* satisfaria o “*relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional*”.

Para o autor (2011, p. 49), o discurso doutrinário costuma articular este assunto propondo uma dicotomia entre “*serviço público*” e “*atividade econômica em sentido estrito*”. As atividades compreendidas em *monopólio*, por caracterizarem *atividade econômica em sentido estrito* (vistas como excepcionalmente extraídas do campo da livre iniciativa) deveriam ser realizadas sob o regime de *direito privado*. De outro lado, o *serviço público*, gênero que indicaria área própria do Estado, desenvolver-se-ia sob regime de *direito público*.

Na visão do autor (2011), esta interpretação constitucional parece ser feita a partir extração dos núcleos “*livre iniciativa*” e “*livre concorrência*”, que são tomados como componentes do “*princípio geral do livre desempenho da atividade econômica*”. A seguir, passaremos a descrever o entendimento da doutrina brasileira no que tange ao assunto, chamando, ao final, a atenção para pontos de vista distintos sobre a forma como o instituto do monopólio é abordado.

Caio Tácito (1997, pp. 1133-1134), afirma que, em conformidade com o parágrafo único do artigo 170 e das disposições do seu artigo 1.º, IV, apenas seria admitida a presença direta do Estado nas atividades econômicas quando necessária ao atendimento de imperativos da segurança nacional ou quando presente relevante interesse coletivo. Concomitantemente, sugere o autor (1997), ao Estado seria atribuída a qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica.

Segundo Caio Tácito (1997), o texto constitucional vigente estaria inclinado para o “paralelismo de princípios” a serem coordenados em exegese construtiva. Para o autor (1997), tal exegese construtiva deve integrar a livre iniciativa com a valorização do trabalho, o planejamento estatal com a liberdade de mercado, visando-se a um equilíbrio harmônico entre a liberdade de empresa e a regulamentação da atividade econômica. A ideia de *monopólio*, como modalidade de intervenção no domínio econômico, estaria, na visão de Caio Tácito (1997) compreendida neste núcleo. Como medida excepcional, ela corresponderia à “*limitação da livre economia*”.

No plano conceitual, Caio Tácito (1997) distingue o “*monopólio de fato*” e o “*monopólio de direito*”. Segundo o autor (1997), o “*monopólio de fato*” se realizaria por ato próprio do monopolizador.

Este consegue – com base em condições peculiares de poder econômico ou de tecnologia privilegiada – dominar o setor e excluir a concorrência de terceiros. Ao passo que o “*monopólio de direito*” seria caracterizado por força de lei. Nesta hipótese, é a lei que torna privativa determinada atividade econômica, em proteção de relevante interesse geral, colocando-a nas mãos do Estado.

Perante o monopólio de fato, observa Tácito (1997, p. 1137), que se torne ofensivo ao direito ou liberdade, o direito se preocuparia com a proteção de terceiros contra os excessos do agente monopolizador. Já no monopólio de direito, o papel do ordenamento jurídico seria o de vedar a invasão por terceiros do campo da atividade privada monopolizada. Em ambas as análises esboçadas pelo autor, encontra-se o núcleo comum de proteção ou regramento da liberdade comercial.

Eros R. Grau (1981; 2000; 2007) parece não se distanciar desta concepção. Segundo o autor, o *monopólio* estaria relacionado ao campo da “*atividade econômica em sentido estrito*”, diferenciando-se da situação de “*privilégio*”. Esta última comportaria a prestação dos *serviços públicos*. O regime de monopólio, por sua vez, seria uma “*modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico*”.

A concepção de Eros Grau é estruturada na divisão de gênero – *atividade econômica* – em duas espécies: o “*serviço público*” e “*a atividade econômica (em sentido estrito)*”. Para Eros Grau (2007, p. 104), *a atividade econômica em sentido amplo* conotaria gênero, ao passo que a *atividade econômica em sentido estrito*, espécie. A atividade econômica, segundo o autor (1983), comportaria expressão a ser tomada em dois sentidos: como “*gênero*”, que abrangeria duas modalidades (*serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito*), e como “*espécie*” que, ao lado do *serviço público*, estaria integrada no gênero *atividade econômica*.

Para o ex-ministro do STF, a Constituição de 1988, ao apartar os conceitos – *atividade econômica* e *serviço público* –, permitiria concluir que o “*serviço público está para o setor público*” assim como a “*atividade econômica está para o setor privado*”. Para Eros Grau (2000, p. 127), a atividade do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, como agente econômico, estaria prevista pelo texto constitucional (art. 177) e se realizaria pelo “*regime de monopólio*”. Esta “*ilação propedêutica*”, salienta o autor (2000, pp. 358-3), permitiria a afirmação de que “*monopólio, é de atividade econômica em sentido estrito*”.

Segundo Grau (2000), os monopólios legais podem ser divididos em duas espécies. Os que visam a impelir o agente econômico ao investimento e os que instrumentam a atuação do Estado na Economia (cabendo aqui o que ele define de atuação estatal por absorção)<sup>124</sup>. Esta última espécie representaria atuação do Estado no domínio econômico. Na visão do autor (2000, p. 360), com base em cumprimento de preceito contemplado no plano constitucional, o Estado assumiria o exercício de determinada atividade em *regime de monopólio*. Para Eros Grau (2000), este seria o caso da previsão inserta no artigo 177 da CRFB de 1988.

De outro lado, são constantes as referências do autor (2000) no sentido de que o regime de *monopólio* ocorreria *em razão da "atividade"* e não sobre o *"bem"*. Para Eros Grau (2000, pp. 363), o *conceito de monopólio* teria evoluído no tempo, de modo que as referências feitas ao monopólio instituído por lei (monopólio de direito), na opinião do autor, estiveram sempre vinculadas ao desenvolvimento exclusivo de uma *atividade*, geralmente a atividade de comercialização de determinado bem.

O conceito de monopólio, segundo Eros Grau (2000), não se prestaria a explicitar características da *propriedade*, de modo que não caberia a expressão *"monopólio de propriedade"*. Para o autor (2000), a propriedade seria sempre exclusiva, de maneira que o conceito de

---

<sup>124</sup> Eros R. Grau (2007, pp. 148-149) distingue três modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico: *intervenção por absorção* ou *participação*; *intervenção por direção* e *intervenção por indução*. Na *"intervenção por absorção ou participação"*, o Estado interviria *"no"* domínio econômico, isto é, no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Nesta hipótese, segundo o autor, o Estado desenvolveria a ação como agente (sujeito) da atividade econômica. A *"intervenção por absorção"*, para Eros Grau, ocorre quando o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito. Neste caso, ele atuaria em *"regime de monopólio"*. Na *"intervenção por direção ou indução"*, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades no mesmo setor. Nas duas últimas modalidades, segundo Eros Grau, o Estado atuaria *"sobre"* o domínio econômico. Isto é, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito, figurando como *"regulador"* da atividade (por *indução* e *direção*).



propriedade, em si mesmo, comportaria a ideia de exclusividade (*monopólio*) do domínio do bem por seu titular<sup>125</sup>.

Segundo Eros Grau (2000), o artigo 177 da CRFB enumera “*atividades*” que constituem monopólio da União: o artigo 20, os “*bens*” que são de sua exclusiva propriedade. Por isso, sugere o autor (2000), não seria adversa à Constituição a ideia de existência ou de desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial fosse detido pelo agente daquela atividade. Deste ponto de vista, Eros Grau (2000, p. 365) sugere que seria “*o monopólio é de atividade, não de propriedade*”.

A ideia de *monopólio* em Nelson Eizirik (1993) segue linha um pouco distinta. Para ele (1993), a Constituição teria plenamente consagrado o modo de produção capitalista, que, na sua visão, funda-se na apropriação privada da produção econômica. Segundo Eizirik (1993), o sistema vigente seria o da economia de mercado e da liberdade de iniciativa. Para o autor (1993, p. 64), a liberdade de iniciativa configuraria, em última análise, elemento essencial caracterizador da *economia de mercado*. Para o autor (1993, p. 64), a liberdade de iniciativa poderia ser encontrada não só na previsão expressa do texto constitucional, mas, também, como “*princípio fundamental da República Federativa do Brasil*”.

Segundo Eizirik (1993), a economia de mercado, portanto, seria a regra e sua limitação ocorreria por meio de mecanismos denominados pelo autor (1993) de “*princípios corretivos*”. Tais princípios, na visão do autor (1993), temperariam as liberdades individuais que dão suporte à referida economia. Segundo Eizirik (1993), o princípio da liberdade de iniciativa seria temperado pelo princípio da iniciativa suplementar do Estado, que, neste caso, estaria autorizado a *intervir na economia*.

Esta intervenção estaria, na visão do autor (1993), obrigatoriamente ligada a dois pressupostos. Por um lado ela deve estar *vinculada e visar fundamentalmente à manutenção e a reafirmação da liberdade (de iniciativa)*. Ausente o pressuposto do serviço em favor da liberdade, a intervenção assumiria caráter excepcional.

De acordo com Eizirik (1993), quando a intervenção do Estado na economia não tiver como fundamento a garantia da liberdade

---

<sup>125</sup> Segundo Eros Grau (2000), a utilização das expressões “*monopólio de propriedade*” ou “*monopólio de um bem*” se apresentaria, desta forma, redundante, haja vista que tais expressões, na sua visão, estariam desprovidas de significado.

comercial, ela deve, necessariamente, ser decorrente de dispositivos constitucionais expressos, os quais comportariam unicamente interpretação restritiva. Para o autor (1993, p. 66), descaberia, assim, a aplicação de qualquer método hermenêutico analógico que vise à ampliação da atuação estatal no domínio econômico. Está presente no pensamento de Eizirik (1993), o princípio da subsidiariedade, por meio do qual, na opinião do autor, a atividade estatal na economia não se autojustificaria, devendo ocorrer somente quando eventualmente for detectado defeito da atividade dos indivíduos e da sociedade.

Segundo Eizirik (1993), esta perspectiva é embasada na ideia de que o texto constitucional teria caminhado no sentido de “*desestatização da economia*”, haja vista que teria admitido a atuação empresarial do Estado em apenas três hipóteses, a saber: i) *nos casos previstos na Constituição (como por exemplo, a prestação de serviços públicos)*; ii) *nos casos em que exploração direta da atividade econômica por parte do Estado for necessária aos imperativos de segurança nacional*; e iii) *nos casos em que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado for necessária para atender relevante interesse coletivo, conforme definido em lei*.

Para Eirizik (1993, p. 69), a “*análise fria*” do texto constitucional levaria o intérprete a concluir que não existe no sistema jurídico atual “*dirigismo econômico*”, mas, tão somente, “*mero intervencionismo*”, da mesma forma que ocorreria, ao seu modo de ver, nas modernas economias de mercado. O *intervencionismo*, afirma o autor (1993, p. 69), não seria realizado “*contra o mercado*”, mas “*ao seu favor*”, uma vez que o *mercado*, enquanto mecanismo organizador do *processo econômico* seria mantido no *intervencionismo* como regulador da economia.

O alcance jurídico do *monopólio*, segundo Eirizik (1993), estaria duplamente limitado. Primeiramente, o *monopólio* somente teria lugar, em suas palavras, em caso “*excepcionalíssimo*” e reclamaria para si o regime de “*direito privado*”, não havendo qualquer traço de direito público na atuação do estado por esta modalidade. Em segundo lugar, o *monopólio* estaria relacionado à “*atividade*” e não ao “*patrimônio*”. Neste ponto, Eirizik (1993, p. 74) sugere que a confusão, em sua opinião, muitas vezes existentes entre “*monopólio de bem*” e “*monopólio de atividade*” ocorreria em razão da teoria tradicional do Direito Administrativo ter entendido, por muitos anos, o *monopólio legal* como um *monopólio genérico*, compreendendo todos os processos de exercício da atividade monopolizada. Para o autor (1993), o sentido

do termo tal como concebido pelo ordenamento jurídico atual seria o da teoria econômica, tendo sido daí extraído.

Luis Roberto Barroso (1998; 2002) segue a mesma linha de entendimento desenhada por Eirizik. Para o autor (1998, p. 304), a ordem econômica definida pela Constituição de 1988 estaria inserta e seria resultado do que ele classifica como “*pós-modernidade*”. Segundo o autor (1998), neste período, o Estado estaria sob crítica cerrada, sendo densamente identificado com a ideia de “*ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção*”.

Barroso (1998) sugere que, mesmo junto a setores que, outrora, vislumbravam-no como protagonista do “*processo econômico, político e social*”, o Estado teria perdido o “*charme redentor*”. Com efeito, o discurso do “*novo tempo*”, segundo o autor, seria o da “*desregulamentação, da privatização e das organizações não governamentais*”.

Barroso (1998, p. 305) assevera que o *constituente* teria optado por instituir dentre os princípios fundamentais da Constituição de 1988 a “*livre iniciativa*”. O princípio, na sua visão, símbolo do Estado Liberal e dogma do modo de produção capitalista, revela no texto constitucional a “*opção do constituinte pelo modelo privatista, em contraposição ao sistema do coletivismo econômico*”, marcado por rígido planejamento estatal e pela apropriação social dos meios de produção.

Frente a estas considerações, Barroso (1998; 2002) entende como “*excepcional*” a atividade do Estado no domínio econômico. A regra, para o autor (2002, p. 02), seria compreendida na *livre iniciativa*, a qual corresponderia a um “*princípio*” que pode ser decomposto nos seguintes elementos: i) *a existência da propriedade privada; liberdade de empresa, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica*; ii) *a livre concorrência* e, por fim, iii) *a liberdade de contratar*. Segundo Barroso (2002, p. 06), neste quadro, o papel do Estado na ordem econômica seria revelado, essencialmente, pela fiscalização e a regulação da iniciativa privada dos princípios e funcionamento da ordem econômica.

A “*exceção à regra*” corresponderia à intervenção do Estado no domínio econômico. Para Barroso (1998; 2002), tal exceção pode ser compreendida nas seguintes modalidades: a) *intervenção disciplinadora*, que compreenderia, por exemplo, a edição de leis e de regulamentos, por meio do exercício do poder de polícia; b) *intervenção por via de fomento*, na qual o Estado apoiaria a iniciativa privada e seria responsável por estipular determinados comportamentos (v.g. *incentivos*

*fiscais ou redução da alíquota de impostos*); e, por fim, c) *intervenção por atuação direta*, por meio da qual o Estado prestaria *serviços públicos* ou exploraria *atividades econômicas*.

A exploração de atividade econômica, seja em razão do seu caráter de subsidiariedade ou face à existência de regras próprias, diferenciadas, não se confundiria com a *prestação de serviços públicos* (BARROSO, 1998, p. 307). Segundo o autor (1998), sendo o princípio maior o da livre iniciativa, somente em hipóteses restritas e constitucionalmente previstas poderá o Estado atuar diretamente, como empresário, no domínio econômico.

Também não parecem existir maiores dúvidas, aqui, acerca do regime jurídico sob o qual o Estado deve atuar enquanto explorador de atividade econômica. Para Barroso (1998, p. 307), nos termos do artigo 173 da CRFB de 1988, o Estado deve atuar diretamente no domínio econômico sob o mesmo regime jurídico das empresas privadas.

Barroso (1998, p. 322) observa que a livre iniciativa afigura-se como vetor de interpretação do texto constitucional. Ela seria “*o princípio fundamental do Estado brasileiro*”, de modo que tal circunstância “*deve condicionar todo o processo de interpretação constitucional, notadamente no tocante a temas afetos à ordem econômica*”. O alcance jurídico atribuído ao monopólio não deixaria de seguir esta lógica de interpretação (BARROSO, 1998, p. 322).

Assim, o *monopólio*, compreendido como modalidade de atuação direta do Estado no domínio econômico, seria visto como exceção. Este modelo, em última análise, segundo o autor (1998), estaria legitimado pela opção “*histórica, econômica e social do Estado*” na sua “*quadra pós-moderna*”, com fundamento expresso no “*princípio da subsidiariedade*”<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> É de se estranhar que o “princípio da subsidiariedade” seja vinculado por Barroso ao que ele denomina “modernidade”, haja vista que esta ideia já estava presente no pensamento católico do século XIX (*Rerum Novarum*, 1891) e no fascismo italiano (*Carta del Lavoro*). Segundo Gilberto Bercovici (2011), a ideia de subsidiariedade do papel econômico do Estado é positivada, pela primeira vez, na “*Carta del Lavoro*”, editada por Benito Mussolini, em 1927, que em seu item IX prescrevia que “a intervenção do Estado na produção econômica tem lugar unicamente quando falte, ou seja, insuficiente a iniciativa privada ou quando estejam em jogo interesses políticos do Estado. Tal intervenção pode assumir a forme de controle, de encorajamento e de gestão direta”. De acordo com Bercovici (2011), o princípio da subsidiariedade teria estruturado, ainda, a iniciativa econômica da ditadura de Francisco Franco, na

A respeito do assunto, sobreleva destacar, ainda, o entendimento de Fábio Konder Comparato (1996), fazendo-se, entretanto, um breve aparte que, adiante, será retomado com mais ênfase. A obra de Comparato é vasta, encontrando-se em um ou outro texto o tema de monopólio, muitas vezes quando o autor está tratando de assuntos correlatos. Em que pese isso, há entre suas publicações trabalho que é constantemente citado pela doutrina mais tradicional. Trata-se parecer elaborado em 1996, na qual o autor analisa questão afeta ao monopólio de gás natural.

Neste estudo, Comparato (1996) afirma que o *monopólio* diz respeito a uma atividade empresarial, nada tendo a ver com domínio ou propriedade. Segundo Comparato (1996, p. 148), os sistemas jurídicos modernos distinguiriam o “*monopólio de direito*” do “*monopólio de fato*”, sendo este último ilícito ou, pelo menos, suspeito num sistema em que existe o princípio da livre iniciativa.

Já os “*monopólios de direito*” poderiam ser classificados como “*públicos*” ou “*privados*”. Segundo o autor (1999), os primeiros teriam como titular uma pessoa de direito público interno. Já os segundos seriam atribuídos por lei a particulares, mas sempre coordenando a satisfação do interesse público do monopolista ao interesse geral da coletividade<sup>127</sup>.

No que diz respeito ao monopólio do petróleo, Comparato (2004; 2005) entende que ele corresponderia a um “*monopólio de indústria*” e não a um “*monopólio de atividade*”. Esta concepção pode ser encontrada em dois artigos de jornais, ambos publicados por Comparato no Jornal Folha de São Paulo, nos anos de 2004 e 2005. Referido ponto de vista é adiante abordado com mais atenção, haja vista que tais artigos constituem crítica que Comparato teceu à utilização do seu trabalho (1996) - acima citado - pelo Ministro Eros R. Grau na decisão das ADIs

---

Espanha, e, no Brasil, as cartas de 1937, 1967 e 1969. Estas últimas dispunham que “a livre iniciativa era o principal instrumento da política econômica, devendo o Estado dar preferência, estímulo e apoio à iniciativa privada, atuando de forma suplementar”.

<sup>127</sup> Entendimento relativamente distinto é o de Modesto Carvalhosa (1972). Ainda que siga o mesmo raciocínio que os demais autores, para Carvalhosa (1972, p. 27), o monopólio estatal implicaria em propriedade estatal dos meios de produção. Ao seu modo de ver, o próprio Direito Econômico teria surgido do que ele denomina “crise dos monopólios” (CARVALHOSA, 1972, pp. 109-113).

n.º 3273 e 3366. Para Comparato (2005), seu trabalho teria sido utilizado fora de contexto por Eros Grau.

Como pôde ser verificado, praticamente todos os autores analisados propõem uma visão do assunto<sup>128</sup> distinguindo as modalidades “*serviço público*” e “*monopólio*”. Igualmente parece ser característica comum em tais fontes o entendimento de que a instituição do “*regime de monopólio*” se daria em função da “*atividade*” explorada, não atingindo a “*propriedade do bem*”. Por fim, grande parte dos doutrinadores analisados<sup>129</sup> entende que a “*intervenção do Estado na economia*” seguiria a regra do “*princípio da subsidiariedade*”. O regime de monopólio, como modalidade de intervenção, seria, então, uma exceção à regra ou, mais precisamente, ao princípio “*princípio fundamental da livre iniciativa*”, visto como pilar da Ordem Econômica. Há, no entanto, que entenda de modo diverso.

Gilberto Bercovici (2011, p. 267), *i.e.*, destaca que esta forma de interpretação na Constituição corresponderia, em verdade, “*um jogo de palavras sem consistência teórica, fruto da tentativa de impor determinadas ideologias*”. Para ele (2011, p. 267), a ideia de que a Constituição de 1988 teria se fundado exclusivamente num modelo “*privatista*” é derivada de “*interpretação constitucional fundamentalista*”<sup>130</sup> que, por sua vez, desconsidera o primado da força

<sup>128</sup> Não se ignoram os outros trabalhos publicados no Brasil acerca do tema. No entanto, aqui, foram levantadas fontes do tema que indicam como a doutrina o trabalha. Sobretudo, o recorte das fontes analisadas foi feito com base nas referências bibliográficas de Gilberto Bercovici (2011); Gustavo Kaercher Loureiro (2011) e Cláudio Pereira Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça (2011). A linha comum destes trabalhos é que eles jogam com uma perspectiva crítica sobre tema, dinamizando as diferentes correntes que se estruturam a partir da interpretação constitucional. Em última análise, parece ser justamente a tensão entre tais correntes que é retomada para fins de análise da questão petrolífera.

<sup>129</sup> Excetuem-se Eros Grau e Fábio Konder Comparato que parecem ver a intervenção como uma “*função*”.

<sup>130</sup> A tese defendida por Souza Neto e Mendonça (2011) é a de que interpretações hiper-expansivas do princípio da livre iniciativa violariam os princípios republicano e democrático, ao limitar as deliberações das maiorias através de uma concepção que eles classificam como “*fundamentalista*” dos direitos fundamentais. No âmbito jurídico, a “*fundamentalização-releitura*” seria, em regra, revelada através de discursos parciais, afetados, segundo os autores, por questões políticas ou morais, diminuindo, assim, o espaço pluralista

normativa da Constituição. Bercovici (2011) sugere que o texto constitucional não definiria nenhum modelo econômico que possa ser considerado excludente. Ao contrário, afirma, a ordem econômica instituída pela Constituição é aberta, suscetível de ser moldada a diversos sistemas econômicos.

Segundo sugerem Cláudio Pereira Souza Neto e José Vicente Mendonça (2011), a interpretação constitucional que busca fixar rigidamente o modelo econômico adotado realiza-se teoricamente, não raro, pela articulação de categorias desenvolvidas no âmbito da “teoria dos direitos fundamentais”, invocando a dignidade humana. Para os autores, essa linha de interpretação articula argumentos para restringir a possibilidade de o Estado intervir na economia. O preço, entretanto, sugerem os autores, é caro. Em regra, quando configurada a hipótese, o discurso jurídico seria inflado pela captura política em flagrante detrimento da própria liberdade – tão cultuada por quem, na opinião dos autores, defendem a “*retirada do Estado*”.

Para os autores (2011), o *monopólio*, tal como inserido no texto constitucional, é passível de outras perspectivas de interpretação, que não se excluem umas às outras. Segundo Souza Neto e Mendonça (2011), pode até existir acordo com a afirmação de que a Constituição de 1988 é capitalista. No entanto, é certo que ela não prescreve um modelo específico de capitalismo. Além da livre iniciativa, a Constituição, ao longo do seu texto, positivaria outros tantos princípios de cunho social, razão pela qual se deve atribuir ao legislador ampla margem de conformação nesse sentido.

---

e democrático da Constituição. Para Souza Neto e Mendonça (2011), esta construção expressaria um argumento “fundamentalista” e não “jus-fundamentalista”. Para os autores (2011), o intérprete constitucional, em uma república democrática e pluralista, estaria circunscrito no “uso público da razão”. Ele não deve recorrer a argumentos compartilhados apenas entre os adeptos de sua visão de mundo, mas a argumentos que se refiram a valores políticos tendentes ao consenso entre as diversas teorias razoáveis. Os autores sugerem que, à interpretação constitucional da livre iniciativa, não se deve atribuir conteúdo de *laissez-faire*. Na visão de Souza Neto e Mendonça (2011), isso corresponderia a excluir doutrinas econômicas razoáveis que, embora defensoras da economia de mercados, solicitaria maior intervenção estatal. Os autores observam que, constitucionalizar o *laissez-faire* significa afirmar que as maiorias não podem optar por modelos alternativos.

Segundo os autores (2011), sobretudo, há que se destacar que o “*princípio da livre iniciativa*” não estaria disposto isoladamente no texto constitucional. A soberania, por exemplo, sugerem, está situada nos mesmos espaços constitucionais que a livre iniciativa: ela é também fundamental e representa princípio constitucional da ordem econômica.

A partir desta concepção, Souza Neto e Mendonça (2011) afirmam que a chave para entender o monopólio, tal como disposto constitucionalmente, não necessitaria estar, portanto, vinculada a uma concepção “fundamentalista” da livre iniciativa. O entendimento dos autores é o mesmo de Vital Moreira (2006), para quem, o monopólio, como modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico, torna-se mais compreensível quando se pensa em coexistência da iniciativa privada e da iniciativa pública, da economia de mercado e da atuação econômica estatal. Talvez ele possa ser ainda melhor compreendido a partir da discussão sobre as atuais funções do Estado, consubstanciadas em “deveres-poderes”<sup>131</sup>.

Esta linha de raciocínio fica evidente, por exemplo, no entendimento de Fábio Konder Comparato (1996, pp. 03-04; 1989), para quem o conceito abstrato de “*função*” revelaria, em suas múltiplas espécies, objetivo perseguido pelo agente para concretização do interesse alheio e não próprio do titular do poder. Referido interesse estaria disposto no texto constitucional.

---

<sup>131</sup> Para Eros Grau, a autoridade pública, enquanto tal, não seria titular de direitos que possa individualmente arrogar. Segundo o autor, cumpriria à autoridade o exercício da “*função pública*”. Isto significa, segundo o autor, que a autoridade pública teria o dever de prover realização de interesses alheios. Segundo Eros Grau, ordenamento jurídico confere a ela determinados poderes. Diante disso, o autor sugere que função pública seria, antes, expressão de um “dever-poder” do que de um “poder-dever”. Segundo Eros Grau, esta mesma concepção pode ser encontrada em Duguít, para quem, segundo “*estos hombres están en una situación particular que les permite obrar; tienen el deber de crear y organizar servicios públicos, funciones públicas, y se les debe obediencia, pero solamente en la medida en cumplan sus deberes*” apud Beltrán, Francisco; **El Pragmatismo Jurídico**. Madrid, 1924. E, também, em Rui Barbosa: “Claro está que em todo o poder se encerra um dever: o dever de não exercitar o poder, senão dadas as condições, que legitimem o seu uso, mas não deixar de o exercer, dadas as condições que o exijam” (**Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Vol. I. Saraiva & Cia. São Paulo: 1932. p. 153).



Segundo Comparato (1996, 1989), o desenvolvimento da “*atividade*”, quando marcada como uma função, revelaria um “*poder-dever*”, no sentido de que algo deve ser feito ou cumprido. A intervenção do Estado no domínio econômico materializaria, em última análise, uma “*função*” que tem sua razão de ser nos objetivos traçados pelo “projeto constitucional”. Desta perspectiva, sugere Comparato (1989), a atuação do Estado não pode ser considerada mais uma mera “*intervenção*”, mas o desempenho ordinário de um “dever constitucional”, explicitado nos princípios e diretrizes da Constituição.

Outro não é o entendimento de Washington Peluso Albino de Souza (1994). Segundo o autor (1994, p. 250), para conceituar o “*fato*” “*intervenção do Estado no Domínio Econômico*” é preciso ter em mente as chamadas “*funções do Estado*”. A “*função intervenção*”, manifestaria os objetivos de “*desenvolvimento e justiça social*”, de modo que nos países subdesenvolvidos, a *intervenção* enfrentaria maiores dificuldades para instrumentalizar tais tarefas (SOUZA, 1980, p. 435).

Na mesma linha, Gilberto Bercovici (2011) sugere que o “*monopólio de direito*” seria criado para a proteção do interesse público, reservando ao Estado a exclusividade da respectiva atividade econômica para tanto. Segundo o autor (2011, p. 279), o conceito constitucional de monopólio seria o de “monopólio estatal” – ou público – nunca o de monopólio privado. Para o autor (2011), a distinção entre “*monopólio público*” e “*monopólio privado*” estaria, inclusive, vinculada aos objetivos da função de exclusividade, não o regime jurídico propriamente dito.

O monopólio estatal, na concepção deste autor (2011), afigura-se como uma “*técnica de atuação estatal, utilizada para realizar determinada tarefa a mando do interesse público*”. O fundamento último do exercício e realização do monopólio seria a necessária condução estatal da política econômica. Para Bercovici (2011, pp. 279-280), o monopólio se revelaria como uma forma especial da economia pública, instituída a partir de considerações de política econômica e de acordo com os dispositivos da constituição econômica e as normas constitucionais, ao modo de ver deste autor, instituidoras dos fins do Estado.

De acordo com Bercovici (2011, p. 281), o monopólio de recursos minerais pertenceria à categoria dos “*monopólios de direção*”<sup>132</sup>, os quais atenderiam às finalidades e diretrizes constitucionais econômicas, conformando parte das atividades econômicas sob a intervenção direta do Estado por meio de empresas estatais e do chamado setor público da economia. Segundo o autor (2011, p. 281), o *monopólio* estaria ligado à atividade econômica ou empresarial e não à propriedade exclusiva dos meios de produção ou à propriedade estatal. A característica exclusiva do monopólio, conclui (2011, p. 281), seria a exclusão de outros competidores daquela atividade econômica para fins de se obter controle amplo sobre a atividade monopolizada.

Para Bercovici (2011), o que está em evidência na compreensão jurídica do monopólio é a necessária realização dos objetivos constitucionais por parte do Estado. O monopólio legal, na visão do autor, serviria a esta ideia. Segundo Bercovici (2011), no cumprimento da sua tarefa, nada impede que o Estado impeça a atuação de particulares por meio de concessão administrativa. A regra, no entanto, sugere o autor, não se aplicaria nem se confundiria com os casos que envolvem bens públicos.

Ao que parece, o tema monopólio, por si só, revela na sua conceituação uma fissura. Gustavo Kaercher Loureiro (2011) observa que, antes de se distinguir “*monopólio*” de “*serviço público*” – método que é comum os doutrinadores brasileiros – é necessário ter consciência da proximidade entre estas duas figuras. Segundo o autor (2011), a doutrina jurídica brasileira teria consolidado as bases normativas destas duas figuras no período entre a Constituição de 1891 e a de 1934.

Para o autor (2011), neste lapso temporal, a doutrina jurídica constitucional e administrativa teria tratado longamente do tema por meio de um rico e complexo arsenal de expressões e noções importadas de diferentes experiências jurídicas. Não raras vezes, segundo Loureiro

---

<sup>132</sup> Gilberto Bercovici (2011, pp. 280-281) lança mão da classificação dos monopólios feita por Peter Badura, para quem estes podem ser divididos em “*monopólios de ordenação*”; “*monopólios de direção*”, “*monopólios de prestações*” e “*monopólios financeiros*”. Os “*monopólios de ordenação*” estariam ligados à garantia da ordem pública e da segurança. Os “*monopólios de prestações*” se equivaleriam aos nossos serviços públicos e os “*monopólios financeiros*” estariam ligados à finalidade de garantir rendas para o Estado. O entendimento de Peter Badura pode ser encontrado no trabalho **Das Verwaltungsmonopol**. Duncker & Humboldt/Berlin.

(2011), os termos, teriam sido confundidos e relacionados, entre si, de várias maneiras, inclusive como sinônimos.

Segundo Loureiro (2011, p. 50), a Constituição de 1988, consagra a livre-iniciativa e a livre concorrência como vetores primeiros de organização das atividades econômicas, figurando os monopólios e os serviços públicos como instrumentos fundamentais “*de sentido contrário*”, que limitam, excluem ou mitigam a valência dos princípios referidos. Kaercher Loureiro (2011) observa que, embora estas figuras sejam, sim, distintas, elas não passam de “*espécies distintas de um mesmo gênero: o das competências públicas (materiais) de cunho econômico ou, mais sucintamente, atividades reservadas*”.

A constatação feita por Kaercher Loureiro (2011) é importante na medida em que, se considerada como válida, a “*categoria abrangente*” que engloba as duas figuras, antes de especificar os regimes distintos que se aplicam a cada uma delas, revelariam elementos que formam uma espécie de “*teleologia mínima*” e, também, “*um mínimo normativo*” aplicável tanto aos serviços públicos, quanto aos monopólios (LOUREIRO, 2011, p. 50).

Para Kaercher Loureiro (2011, p. 50), a “*competência pública*” estaria ligada a (i) uma teleologia inerente a toda e qualquer função atribuída ao Estado e (ii) a presença de certos elementos normativos que devem ser observados pelo legislador ordinário na tarefa de conformar concretamente as atividades qualificadas como monopólios ou serviços públicos, os quais seriam, em última análise, competências públicas.

Partindo-se disso seria injustificável – ao menos do ponto de vista constitucional – entender que as atividades monopolizadas devam se desenvolver sob o exclusivo regime de direito privado. Para o autor (2011, p. 51), diante da decisão constitucional de tornar certa atividade econômica de competência pública, segue-se que alguns elementos publicísticos devam ser necessariamente incorporados ao regime jurídico de execução da atividade. Segundo Kaercher Loureiro (2011), a diferença que há entre “*monopólio*” e “*serviço público*” “*é parcial e é formal*”. Ambas as figuras, ao modo de ver do autor (2011, p. 51), situam-se no mesmo polo da grande dicotomia *público/privado*.

Gustavo K. Loureiro (2011) sugere existir indícios claros no sentido de que há algo errado com a leitura constitucional padrão que se faz do tema na atualidade. Esta ideia seria, segundo o autor (2011), reforçada pelo fato de que o monopólio, em seu efeito mais visível e próprio, indicaria uma forma de execução de certa atividade econômica tornada competência pública pelo Estado: “*sem a ação da iniciativa*

*privada*". Em razão disso, o monopólio não estaria nem material nem formalmente em oposição ao mero serviço público, no qual o traço mais saliente corresponde àquele que, no monopólio, ficou em segundo plano: "*a publicatio*".

As considerações de Gilberto Bercovici (2011) e Kaercher Loureiro (2011) permitem pensar ou colocar em perspectiva o *monopólio* de maneira diversa do que, em geral, ocorre na doutrina tradicional. Seja por uma *fissura* histórica conceitual ou em razão de interpretação constitucional não fundamentalista, o "*monopólio legal*", tal como situado no texto constitucional, aparentemente lembra e se aproxima com exatidão do "*monopólio de direção*".

Derivado de um fato econômico que culmina com a reserva de atividade, o monopólio legal seria, em última análise, modalidade de intervenção do Estado na economia. Deste enfoque, ele deve ser compreendido na categoria de "*competência pública*", haja vista que revelaria uma "*função*" do Estado. Este parece ser o caso do petróleo. Por fundamento histórico e constitucional – *como mostraremos adiante* – enquanto "*fonte de energia*" ou "*recurso estratégico para a economia*", o petróleo tem ligação direta com o "*desenvolvimento econômico*", não podendo ser sua exploração afastada dos objetivos fundamentais.

### 3.1.2. O Petróleo e sua Natureza Jurídica.

De acordo com o previsto na Constituição de 1988, em seus artigos 20<sup>133</sup>, IX, e 176, *caput*, o petróleo e os recursos minerais são "*bens da União*". São bens *afetados*, para os quais o legislador atribui ou destinou uma finalidade pública, integrando-os no domínio econômico. A discussão sobre a natureza jurídica do petróleo como bem público estaria, entretanto, segundo Bercovici (2011), vinculada à sua classificação como "*bem público de uso especial*" ou "*bem público dominical*".

A questão, todavia, não se reduz à mera classificação deste bem. Referido debate não pode deixar de lado a ideia e o objetivo do

---

<sup>133</sup> Para Floriano de Azevedo Marques Neto (2014, p. 131), o art. 20 da CRFB cumpriria dupla finalidade: i) *atribui condição de bens públicos para alguns bens que poderiam, em tese, ser considerados privados* e ii) *aparta, dentro do que se aceita genericamente como domínio público, bens do domínio federal de outros de propriedade dos demais entes da federação*.

monopólio que atinge referido bem público, causa última da sua reserva econômica. De outro lado, o debate não pode ignorar a função social que afeta este bem, antes de analisar a dicotomia existente entre os domínios público e privado.

À semelhança do que ocorre no tema do contrato administrativo e com a ideia de monopólio legal, a disciplina jurídica dos bens públicos parece carregar em si, também, a tensão que reside na equiparação do Estado (ente personificado) às demais pessoas físicas e jurídicas, no que tange aos limites e à natureza dos direitos que derivam desta relação.

O discurso jurídico em torno da classificação dos bens públicos, sustenta parte da doutrina<sup>134</sup>, teria sido dominado pela questão da existência sob forte influência do direito privado do século XIX. Ao que parece, o direito positivado, também a propósito da discussão desta matéria, não teria abandonado a tensa relação entre público e privado.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2014), estaria presente no itinerário histórico da composição jurídica dos bens públicos, uma “progressiva aproximação entre direitos de propriedade (pública e privada)”. De tal modo descaberia, hoje, na visão deste autor (2014), uma demarcação muito mais precisa entre as relações de domínio de um e de outro tipo. Para Marques Neto (2014), cada vez mais, a utilidade ou vocação do bem em face das necessidades coletivas predicaria um regime derogatório da liberdade absoluta do proprietário<sup>135</sup>.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro (2010), o ordenamento jurídico brasileiro tende a classificar os bens públicos como “*especiais*” ou “*dominiais*”, seguindo, ora a lógica inserta na legislação civil<sup>136</sup> e ora a

---

<sup>134</sup> Neste sentido ver Marçal Justen Filho (2013); Floriano de Azevedo Marques Neto (2014) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010).

<sup>135</sup> Marçal Justen Filho (2013, p. 1109) não vê maior utilidade em levar essa disputa (público e privado) adiante. Para o autor, trata-se de discussão que não comporta solução satisfatória. Em sua opinião, o fundamental do debate reside em reconhecer que as características e o regime jurídico dos institutos de direito administrativo são impregnados pela natureza funcional da atividade estatal. A expressão propriedade pública, por exemplo, indicaria, ao modo de ver deste autor, um vínculo inconfundível com aquele existente no direito privado.

<sup>136</sup> Código Civil estabelece que são bens públicos: i) os de uso comum do povo, como rios, mares, estradas, ruas e praças; ii) de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal; e iii) dominicais, que constituem o patrimônio

presente na doutrina do direito administrativo. Para a autora (2011), a técnica administrativa costuma reparti-los – *para fins de delimitação do regime jurídico que os engloba*<sup>137</sup> - em apenas duas modalidades: “*bens de domínio público do Estado*” (de uso comum do povo e de uso especial) e “*bens de domínio privado do Estado*” (dominicais).

De acordo com Di Pietro (2010) são classificados como “*bens de uso especial*” todas as coisas, móveis e imóveis, corpóreas e incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para a realização de suas atividades e consecução dos seus fins. Para autora (2010), são bens de *patrimônio indisponível* justamente pelo fato de estarem afetados a um *fim público*. Face sua afetação por interesse geral, os *bens de uso especial* se submetem, na visão da autora, ao regime jurídico de direito público.

Na mesma linha, parte da doutrina do direito administrativo sugere que classificação dos bens públicos teria seguido um itinerário de superação da lógica civilista e teria atingido uma concepção *funcionalista*<sup>138</sup>. Pode-se extrair da doutrina pelo menos dois fundamentos básicos para esta forma de qualificação.

das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

<sup>137</sup> Importa para esta pesquisa o sentido jurídico da classificação dos bens públicos, o que, aparentemente, é mais bem realizado pela dogmática *administrativista*. Conforme observa Marques Neto (2014), a classificação dos bens públicos, em particular, teria dupla finalidade: i) fins didáticos e ii) fins jurídicos, no sentido de demonstrar qual regime jurídico os afeta. São as nuances e graduações destas classificações que podem demonstrar que sobre os bens públicos não incide, na visão do autor, apenas um regime jurídico, mas sim vários, cada qual ligado à utilidade que referido bem pode ter para a coletividade. Para este autor (2014, p. 200-201), assim como para Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), a classificação do Código Civil, em três espécies, seria pobre e pouco esclarecedora. Ela seria insuficiente na medida em que ignora muitos outros aspectos envolvidos no *uso*, para os quais um bem público está afetado.

<sup>138</sup> Aqui podem ser demonstradas as mais variadas concepções: Marçal Justen Filho (2013, p. 1101) conceitua os bens públicos como bens jurídicos atribuídos à titularidade do Estado, submetidos a regime jurídico de direito público, necessários ao desempenho das funções públicas ou, na sua visão, merecedores de proteção especial. “Bens públicos”, para Odete Medauar (1992) é expressão que designa os bens pertencentes a entes estatais, para que sirvam de meios ao atendimento imediato e mediato do interesse público e sobre os quais incidem normas especiais, diferentemente das normas que regem os bens privados. Estes

O primeiro deles estaria relacionado à instrumentalidade para o desempenho da função pública (administrativa ou não). No entendimento de Marçal Justen Filho (2013), o exercício das funções estatais exigiria uma infraestrutura material, composta por bens móveis, direitos e etc. O segundo fundamento para a caracterização do bem público seria a existência de atributos, utilidades ou condições especiais e diferenciadas. Características estas que implicariam, por interesse coletivo, a imposição de um regime diferenciado para o bem e a vedação de sua apropriação segundo o regime de direito privado.

Segundo Justen Filho (2013), a caracterização de um bem como “bem público” teria sua razão de ser última na satisfação dos direitos fundamentais por meio da atividade administrativa. Para o autor (2013), o Estado, para atuar, dependeria da organização de um conjunto de bens. Ao serem afetados, estes bens estariam revestidos da indicação de “instrumentais à atividade administrativa do Estado”. Dentre as consequências imediatas da transmutação de um bem em bem público, segundo Justen Filho (2013), estaria a sua atribuição à titularidade do Estado, o que significaria a inviolabilidade de sua apropriação por particular mediante relação de domínio<sup>139</sup>.

No que concerne aos *bens públicos especiais*, Floriano de Azevedo Marques Neto (2014, pp. 214-215) sustenta que eles se prestariam a suportar o exercício das funções públicas em caráter instrumental. Segundo seu ponto de vista, a função pública (relativa ao bem) não seria exercida com a mera disponibilização do bem ao uso geral e incondicionado de todos os administrados.

Segundo o autor (2014), a *função pública* seria realizada pela reserva do bem a um uso por parte de um grupo específico de cidadãos que, mediante este uso, devem satisfazer as necessidades da coletividade. A mesma opinião, aliás, já se encontra há décadas em José

---

bens, observa a autora (1992), teriam destinação própria e serviriam ao interesse público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010), Hely Lopes Meirelles (1966; 2005) e José Cretella Jr (1969) seguem a mesma linha. Todos adotam classificações a partir do critério de “funcionalidade”.

<sup>139</sup> Vale ressaltar que o vínculo jurídico entre o Estado e o bem público não se configura exatamente como uma relação de domínio própria do direito privado. Para Marçal Justen Filho (2013), grande parcela dos bens públicos não comporta que o Estado deles use, frua e disponha, aspectos que, na visão do autor, seriam essenciais da definição de propriedade privada contida no art. 1228 do Código Civil.

Cretella Júnior (1969, p. 256). De acordo com este autor, os bens públicos de uso especial serviriam de instrumento para a consecução dos serviços públicos, funcionando com sua causa material de meio para que o Estado atinja os seus fins.

Na visão de Cretella Jr. (1969), os bens públicos de uso especial indicariam uma categoria de bens que estariam fora do comércio. Isto é, enquanto mantiverem esta qualidade, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado. Esta inalienabilidade, entretanto, não seria definitiva e absoluta.

Como anota Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2010), bens que são inalienáveis por afetação legal e suscetíveis de valoração patrimonial podem perder o caráter de inalienabilidade desde que percam, também, a destinação pública a que foram submetidos. Segundo a autora (2010), para ser alienado, o “bem público especial” deve passar primeiro para a categoria de bem dominicais, por meio da perda de sua destinação pública.

Os *bens dominicais*, por sua vez, enquanto bens de *domínio privado do Estado*, pertenceriam, segundo Di Pietro (2010), ao Estado na sua qualidade de proprietário. Eles comportariam uma “função patrimonial ou financeira”, porque se destinariam a assegurar renda ao Estado, em oposição aos demais bens públicos, que são afetados a uma destinação de interesse geral.

Segundo Di Pietro (2010), os bens dominicais seriam suscetíveis de alienação e se submeteriam ao regime de direito privado, haja vista que a Administração Pública agiria, em relação a eles, como proprietário privado. Para Cretella Jr. (1969, p. 262), tais bens cuidariam de bens que são explorados com o intuito de lucro, graças às atividades diretas exercidas sobre eles.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 904), os bens dominicais se caracterizariam como objeto de direito real. Eles não seriam aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial. Segundo o autor (2008), o Estado deteria senhoria como qualquer outro proprietário. Floriano de Azevedo Marques Neto (2014, p. 221), dizendo o mesmo de modo mais simples, compreende como bens públicos dominicais aqueles que, integrando o patrimônio do Estado, não estariam consagrados diretamente a uma finalidade pública, seja de uso comum ou de uso especial.

Para Marques Neto (2014), os bens dominicais deteriam caráter residual. Segundo o autor, eles não estariam *diretamente* ligados a uma função pública. Antes disso, cumpririam uma função patrimonial (de receita financeira). Na visão do autor, em última análise, qualquer



função pública que se pense a respeito dos bens dominicais estaria relacionada com a produção de receita, a qual pode ser revertida para a viabilização das funções administrativas.

Gilberto Bercovici (2011) adverte que os bens públicos não estariam necessariamente fora do comércio. Segundo o autor (2011), eles revestem-se de uma série de normas específicas para que possam produzir receitas, por meio de preços públicos, ou para que possam ser excepcionalmente cedidos para fins privados. O uso privativo de bem público é realizado mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que exerçam, com exclusividade, sobre parcela do bem público (DI PIETRO, 2010). Os títulos jurídicos podem ser públicos ou privados. Dentre os primeiros encontram-se a *autorização*, a *permissão* e a *“concessão de uso”*, conquanto que os segundos abrangem, dentre outras modalidades, a *“concessão de direito real de uso”*.

Com base nestas classificações desdobram-se duas correntes distintas acerca da natureza jurídica do petróleo. Há quem entenda que o *petróleo*, assim como os demais recursos minerais, é de *“bem dominical”*. Para esta linha de entendimento, o petróleo e os demais recursos minerais seriam bens públicos exauríveis, afetados, porém, alienáveis, haja vista que teriam uma finalidade que implica a sua utilização, mas não para um uso específico (BERCOVICI, 2011, pp. 288-289).

Do outro lado, há quem entenda que o petróleo é um bem público de *“uso especial”*. Esta linha de distinção fundamenta-se na afirmação de que a destinação pública do petróleo já estaria definida constitucionalmente: *a exploração e aproveitamento de seus potenciais* (BERCOVICI, 2011, p. 289). Para estes autores, em última análise, a exploração do petróleo e dos recursos minerais estaria vinculada aos objetivos fundamentais delineados nos artigos 3.º, 170 e 219 da Constituição Federal. Segundo Bercovici (2011, p. 289), a classificação do petróleo como bem público especial ou dominical depende da *“destinação final”* que é atribuída ao bem público, bem como da possibilidade dele poder ser alienado.

No caso do petróleo, sua finalidade parece se confundir com o próprio sentido da instituição do regime do monopólio. O Estado, ao estabelecer o monopólio, reserva-lhe uma razão de ser (ou finalidade) jurídica distinta. Dentro desse quadro, não é a própria natureza do petróleo que lhe impõe determinada afetação, mas sim, sua importância

política-econômica para a coletividade em determinado quadro temporal.

Há certa proximidade jurídica, como vemos, entre as ideias de “monopólio” e “afetação do bem público”, especialmente quando a classificação de bem público é pensada a partir do critério funcionalista<sup>140</sup>. Para a doutrina, o monopólio, tal como já observado, atingiria a atividade, conquanto que a afetação, o bem. No entanto, pode-se afirmar que o monopólio, no caso do petróleo, acompanha a funcionalidade que é pensada sobre o bem. Isto é, tanto um quanto o outro têm, como pano de fundo, a mesma fundamentação. Embora a similitude esteja nas características, não se confundindo os próprios institutos, parece ser, inclusive, contraproducente falar em *monopólio* e *desafetação* no caso desta última implicar a alienação do bem.

Aparentemente, a tensão que reside no debate do petróleo como bem público especial ou dominical encontra sua razão de ser no quadro de distinção entre os efeitos da “*atividade*” e da “*propriedade*” do bem por parte do Estado. Pelo menos este parece ser o embate que transita pelas argumentações dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs da Lei do Petróleo. A constitucionalidade do modelo adotado está justamente na forma como se decide compreender a articulação destes dois institutos – monopólio e afetação – no quadro de opção do Estado.

Cabe perguntar: “*é possível conceder a atividade sem que se abra mão da propriedade do bem?*”. Isto é, partindo-se da concepção de que, em última análise, são as mesmas características que servem para a afetação do bem e para reserva de sua atividade, “*seria possível dividir uma da outra para fins de entrega da atividade para o setor privado?*”. Na hipótese do *petróleo* e da sua classificação jurídica, parece ser este o sentido de discutir a constitucionalidade do modelo de exploração

---

<sup>140</sup> O critério funcionalista de classificação dos bens públicos tem por base a utilidade que do bem para a coletividade (CIRNE LIMA, 1954; CRETELLA Jr., 1969; DI PIETRO, 2010; MARQUES NETO, 2014). Por este critério, o regime público recaia sobre os bens que estejam, de alguma forma, empregados numa utilidade de interesse geral. Segundo Marques Neto (2014), para a aplicação deste critério, pouco importa saber quem detém a titularidade do bem. O que importa é a verificação de que utilidade ele se presta, de modo que o caráter público que recai sobre o bem é unicamente sua funcionalidade. Para o autor, (2014, p. 117), o critério funcionalista é o que mais teria aceitação entre os administrativistas.

adotado e o regime jurídico que reveste tanto o bem público, quanto a modalidade instrumental de ação do Estado, a concessão.

O que torna alguns bens especiais é justamente sua afetação, de modo que desafetá-los é fazer com que com que percam sua utilidade autônoma – ao bem material a que são impregnados. É dizer que, em se operando a desafetação, o petróleo (como bem geral) seria privado da finalidade de que lhe dota o regime de monopólio. Assim, pode-se afirmar que, por força constitucional, a identidade jurídica que se atribua ao petróleo está adstrita à sua afetação. Segundo Bercovici (2011), enquanto afetados, os bens públicos de uso especial são inalienáveis, integrando o patrimônio indisponível do Estado.

No caso dos hidrocarbonetos, a crença doutrinária na possibilidade de alienação segue a interpretação de que o petróleo, bem público, não se confundiria com o produto resultante da *atividade* de lavra. Segundo Marques Neto (2014), esta linha doutrinária adotaria a concepção de que o petróleo seria um bem público *in fieri*. Isto é, seria bem público apenas enquanto parte integrante do subsolo nacional (territorial e suboceânico), ou seja, enquanto recurso natural indistinto.

As jazidas de petróleo, por esta linha de distinção, constituiriam o resultado do exercício da atividade de pesquisa e de exploração, haja vista que (as jazidas) dependem da realização de atividades que são monopólios da União. Em síntese, o ponto nuclear reside no fato de que, antes da atuação do privado, o bem *in fieri*, não teria uso econômico.

Floriano de Azevedo Marques Neto (2013, pp. 328 e 331) traça dois paralelos em relação ao petróleo, analisando a exploração da água e a concessão florestal. No caso da água, embora ela seja qualificada como bem público, na sua visão, a finalidade somente é atingida quando a água chega à torneira do consumidor. De modo não distinto, no caso da concessão florestal, o que é alienado não é a floresta pública, mas a madeira decorrente do manejo sustentável. Os exemplos utilizados trazem uma concepção estreita, que tenciona colocar bens cuja natureza jurídica é distinta em comparação. Não há monopólio (legal) de direção ou de indústria sobre à água ou à madeira.

Juridicamente, segundo o autor, tal argumento estaria legitimado pela própria dicção da Lei 9.478/97. O texto da lei, ao modo de ver do autor (2014, p. 331), indicaria que o que é objeto de apropriação pelo privado é o “*resultado da atividade de exploração do bem público*”, não o bem público em si. Para o autor (2014), referido diploma legal, em seu artigo 3.º, seria claro em expressar o entendimento de que os depósitos de petróleo, gás e outros hidrocarbonetos pertencem à União,

enquanto que o artigo 26, *caput*, não deixaria dúvidas de que é assegurada ao concessionário “a propriedade do resultado da exploração destes depósitos”.

Dentro dessa linha de análise, a questão não está em saber quem é o proprietário do bem, mas no fato de que o uso privativo conferido ao concessionário de uma jazida petrolífera daria ao seu titular uma exclusividade de uso econômico do bem. A propriedade, segundo o autor, estaria relacionada com o fruto da utilização, não com o bem considerado em si mesmo. Este fruto, afirma Marques Neto (2014, p. 331), aproximar-se-ia do bem sem com ele se confundir.

Há quem entenda que esta concepção, bem como a que vê ser o petróleo como um bem público dominical, é equivocada. Neste sentido, destacamos o entendimento de Gilberto Bercovici (2011, pp. 289-296). De acordo com o autor, o petróleo e os recursos minerais seriam bens públicos de *uso especial*, ou seja, bem indisponíveis cuja destinação pública já estaria definida constitucionalmente: *a exploração e aproveitamento dos seus potenciais*. Esta linha de entendimento centra a ideia da afetação no “*aproveitamento dos potenciais* daí derivados”.

Para os autores que defendem este ponto de vista, não teria muito sentido a diferenciação entre *bem* e *atividade*. A exploração do petróleo – e não o bem isoladamente considerado –, é que teria expressão econômica relevante. Segundo Bercovici (2011, pp. 289), por força do texto constitucional, a atividade de exploração estaria vinculada aos objetivos fundamentais expressos na leitura conjunta e sistemática dos artigos 3.º, 170 e 219 da Constituição de 1988.

A Emenda Constitucional 09/1995 e a Lei 9.784/97, segundo o autor (2011), não teriam retirado do petróleo o caráter de bem público pertencente à União, nem mesmo eliminado o regime de monopólio incidente sobre a atividade. Na visão de Bercovici (2011), o petróleo e o gás natural seriam bens inalienáveis. Mesmo a ideia implícita na atividade de exploração não fugiria desta regra.

Bercovici (2011) sugere que, deste ponto, decorreriam duas situações. A primeira é a de que as pessoas determinadas que participem da atividade administrativa ficariam vinculadas a um fim, instituindo uma relação jurídica de administração. E a segunda é que o instrumento de concessão de exploração petrolífera atingiria apenas a alienabilidade da atividade e do bem. A concessão petrolífera, segundo o autor (2011), seria instrumento de cumprimento de uma função pública relacionada ao bem explorado.

Gilberto Bercovici (2011) observa que o regime jurídico incidente sobre o petróleo não pode ser confundido com o previsto para

os demais recursos minerais. Para o autor (2011), a CRFB de 1988 teria distinguido estes tipos de recursos minerais, prevendo regras distintas para sua exploração. O ponto fundamental desta diferenciação, na visão de Bercovici (2011), reside justamente no fato de que a propriedade da União sobre o produto da lavra do petróleo e do gás natural seria mantida pela Constituição, pelo fato desta atividade ser monopolizada – o que não ocorreria com a lavra dos minérios em geral, haja vista que tal atividade não é monopolizada.

A história do Direito Econômico do Brasil demonstra que, ao longo dos anos, o petróleo e seu regime jurídico foram objetos de uma profunda e complexa (re)estruturação. A mobilização sobre o petróleo, tanto social quanto jurídica, pretendeu, no fundo, defender um projeto de desenvolvimento (ou de manutenção do *processo econômico*). Resta, no entanto, descobrir se a linha de distinção que se estabelece em torno do petróleo é suficiente para caracterizá-lo como *bem público especial* ou como simples *bem dominical*, com função (indireta) de geração de receita. Entende-se que está em discussão, neste ponto, o próprio controle nacional sobre os recursos petrolíferos.

No seu cerne, a afetação do petróleo como bem público pode ser encontrada no mesmo objetivo em que se fundamentou o nacionalismo econômico. A nacionalização do subsolo teria se caracterizado, salienta Gilberto Bercovici (2011, p. 91), pela busca de maior independência econômica, cujo pressuposto seria o de controle do Estado sobre os seus recursos naturais em benefício da economia nacional.

Gabriel Cohn (1968, pp. 182-183) sugere que o que caracteriza o caso brasileiro é, precisamente, um conjunto de circunstâncias, internas e externas à sociedade nacional, que teriam se revelado propícias à definição final de uma solução *nacionalista* do problema do petróleo.

Independentemente de como é estruturada a opção (constitucional-econômica) pelo monopólio do petróleo, o fato é que esta mesma opção foi recepcionada pela Constituição de 1988. Isso tanto para efeitos de consideração do petróleo como “*bem público*”, quanto com relação ao regime de monopólio que originariamente o reveste. Decorre daí, portanto, que para apreender qual o sentido do monopólio do petróleo e/ou da sua afetação como *bem público* no texto constitucional de 1988 – e, por conseguinte, a natureza jurídica que assume – parece ser necessário pensar este recurso a partir do que ele, em composição com as demais disposições constitucionais, quer juridicamente concretizar.

Existe, pois, na Constituição de 1988, a intenção de receber e explicitar o regime de monopólio do petróleo, distinguindo este dos demais recursos minerais. Pode-se dizer que está presente no texto constitucional uma seleção de conduta que pretende, pela ação Estatal, alcançar determinados objetivos. Resolver este problema lançando mão da técnica de distinção entre o *bem público* e a *atividade econômica* que dele deriva, pode levar ao sério risco de ignorar a própria funcionalidade que caracteriza o petróleo como bem especial.

Entender, portanto, qual a natureza jurídica que o petróleo assume – *se bem público especial ou se bem público dominical* – é relevante, pois importa saber o que se pretendeu com a reserva da atividade e a afetação do bem, assim como qual é o interesse que se quer proteger.

### **3.2. Perspectivas contextuais**

As próximas linhas cuidam de contextualizar as mudanças estruturais operadas no âmbito político-administrativo brasileiro a partir da década de 1990 e, na sequência, verificar como estas mudanças, no que diz respeito ao petróleo, foram tratadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo é tentar extrair deste contexto os principais fatores que serviram de justificativa para as alterações realizadas no setor petrolífero. Ao final, com base neste levantamento, buscar-se-á descrever a maneira (técnica jurídica) pela qual o Supremo Tribunal Federal legitima (in)constitucionalidade<sup>141</sup> do modelo adotado pela Lei 9.478/1997.

Reputa-se inafastável a necessidade de verificar a forma pela qual a jurisprudência do Superior Tribunal Federal articula os elementos conceituais definidores da concessão petrolífera para legitimar a alteração e a afirmação do novo modelo estrutural da indústria petrolífera do Brasil, o qual comportaria a contratualização e transferência da propriedade de bem público dentro da noção conceitual de concessão.

---

<sup>141</sup> A decisão do Supremo Tribunal Federal não foi unânime.

### 3.2.1. A Emenda Constitucional n.º 09/1995 e a Lei 9.478/1997.

Se fosse necessário chamar a atenção para apenas um ponto do itinerário histórico das relações jurídicas que estruturam a indústria do petróleo no Brasil, certamente este ponto seria o processo de desestatização e desnacionalização operado a partir da década de 1990.

De um lado porque o debate, que é estruturado em torno do processo de desnacionalização e desestatização, coloca no seu centro a relativização da soberania econômica. E, de outro, porque referido processo demanda também o retornar de um velho problema que nunca abandonou o tema petróleo desde que o Brasil descobriu suas reservas. A título de ilustração, pode-se fazer, aliás, uma série de ligações entre a Lei 9.478/1997 e o Estatuto do Petróleo, de 1946.

Ainda que amparado por vários fatores distintos, o que movimentou e impulsionou com particularidade estes dois quadros temporais que se entrelaçam – *do Estatuto* e das *opções governamentais da década de 1990* – teriam sido influências internacionais. Se no primeiro quadro já é possível verificar influências exógenas diretas (mesmo que negadas por alguns autores<sup>142</sup>), na década de 1990 os efeitos oriundos da ordem econômico-capitalista internacional parecem ser mais nítidos.

Sem maiores críticas à opção adotada, é importante para este trabalho registrar que tanto a Emenda Constitucional 09/1995 quanto a Lei 9.478/1997 são, contextualmente, apenas um “*passo adiante*” no todo de um processo político-econômico que, ao seu turno, guarda em si um objetivo próprio, a tendência de reposicionamento da perspectiva de “desenvolvimento”<sup>143</sup>. Nem o entendimento consolidado no âmbito do

---

<sup>142</sup> Segundo Bercovici (2011, p. 130) e Carvalho (1976, 23), para alguns autores, o petróleo brasileiro nunca teria sido ameaçado pelas companhias multinacionais. Para os que defendem esta opinião, o interesse das grandes multinacionais petrolíferas sobre as supostas reservas brasileiras não passaria de um “mito”.

<sup>143</sup> A discussão doutrinária sobre o “*desenvolvimento*” é ampla. A partir daqui, o termo é tomado em dois sentidos. Para evitar desvios na pesquisa, sugere-se, neste ponto, uma breve exposição para diferenciá-los. Um dos sentidos do conceito está ligado ao entendimento de “desenvolvimento” a partir da interpretação da Constituição Econômica. Outro diz respeito à utilização do termo como sinônimo de “modernização técnica”. A nosso ver, parece ser nítida a diferença terminológica entre os dois empregos do termo, bem como o que a

Supremo Tribunal Federal parece escapar desta lógica. O entendimento do STF não é, em última análise, incompatível com o discurso que naturaliza e legitima a globalização econômica internacional.

A opção da EC 09/1995, a Lei 9.478/1997 e a decisão do STF ratificaram mudanças que haviam sido iniciadas anteriormente por

---

definição de cada um implica para o imaginário jurídico imediatamente relacionado. Para o conceito de “desenvolvimento” a partir da Constituição Econômica toma-se aqui a posição de que, desde a concepção da CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina, o Estado, por meio do planejamento, é entendido como o principal promotor do desenvolvimento (BERCOVICI, 2005, p. 67). A *identidade* do Estado, tal como posto pela Constituição de 1988, teria sua fundamentação no pressuposto de concretizar, dentre outros objetivos, o desenvolvimento. Para Fábio Konder Comparato (1989) e Gilberto Bercovici (2005) o conceito de desenvolvimento “*constitucionalmente adequado*” pode ser assim entendido: “*processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social ou político. O elemento econômico consiste no crescimento endógeno sustentado da produção de bens e serviços. Endógeno porque fundado nos fatores internos de produção e não, portanto, de modo predominante, em recursos advindos do exterior. Crescimento sustentado, porque não obtido com a destruição dos bens insubstituíveis constituintes do ecossistema. O elemento social do processo de desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas da vida, isto é, a realização, para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social, cultural, como o direito ao trabalho, o direito à educação em todos os níveis, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à habitação e o direito de fruição dos bens culturais. [...] o desenvolvimento integral comporta, necessariamente, um elemento político, que é a chave da abóbada de todo o processo: a realização da vida democrática, isto é, a efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político, fonte legitimadora de todo o poder e destinatário do seu exercício*”. De outro lado, como pode ser extraído do material pesquisado sobre a “flexibilização do monopólio petrolífero”, verifica-se o emprego mais restrito do termo “*desenvolvimento*” no sentido de indicar “*modernização de tecnologia*”. Ao que tudo indica, esta conceituação pode ser tranquilamente aproximada da ideia de “*crescimento econômico*”. As fontes analisadas demonstram que o “*desenvolvimento*” tal como trabalhado pela política econômica da década de 1990, pauta-se na “*modernização dos setores*”. Observe-se que mesmo as justificativas para as alterações legislativas indicam, em algum momento, a necessidade de maiores investimentos. Esta noção conceitual pouco ou nada estaria ligada à transformação das estruturas socioeconômicas e institucionais para a satisfação das necessidades da nação.



forças econômicas que gradativamente ganharam aceitação no imaginário popular. Ao que parece, o STF apenas acelerou o curso de um processo econômico posto em movimento nas décadas anteriores. É possível dizer que esse processo revela-se pela construção de um “estado de emergência econômico”, suportado por “argumentos de emergência”<sup>144</sup>, destinados à legitimação das modificações do poder estatal<sup>145</sup> e à suposta “manutenção do mercado”.

---

<sup>144</sup> A expressão “argumentos de emergência” é aqui utilizada para descrever os discursos políticos e jurídicos que são utilizados para legitimar as alterações ocorridas no âmbito administrativo-constitucional. A expressão foi retirada dos textos de Leda Maria Paulani (2005; 2006) e de Gilberto Bercovici (2008, pp. 327-344). Ambos os autores fundamentam suas perspectivas em Giorgio Agamben (2004, pp. 10-49). Para Agamben (2004), o totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, por meio do Estado de Exceção, de uma guerra civil legal, que permitiria a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, segundo o autor (2004), a criação voluntária de um “estado de emergência” permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) teria se tornado uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. Agamben (2004) observa que diante do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaçaria, na visão do autor, transformar radicalmente a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. Para Agamben (2004), o Estado de Exceção apresentar-se-ia como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. A ideia de utilizar a expressão “argumento de emergência” neste trabalho é no sentido de demonstrar que, não raras vezes, alguns discursos são suscitados para legitimar decisões que se concretizam ao arrepio da lei, colocando em segundo plano aquilo que originariamente teria sido uma opção soberana constitucional. Nesta hipótese, como observa Bercovici (2008, p. 335), a Constituição, que deveria ser o controle político do poder econômico, vê os poderes que deveria controlar se tornarem ocultos e inalcançáveis. Assim, às avessas, implementa-se um estado excepcional à ordem econômica, ou seja, subverte-se a ordem econômica estabelecida constitucionalmente.

<sup>145</sup> Ainda sobre o “estado de exceção”, é interessante apresentar o ponto de vista de Marcelo Neves (2014). O autor (2014, 174-175), ao analisar a cultura normativa brasileira, sugere que, seguindo a cultura brasileira, o regime ditatorial no Brasil não teria tido o domínio de uma teoria formalista da argumentação jurídica e constitucional. Para o autor (2014, p. 174), qualquer

Para Gilberto Bercovici (2008; 2006b, pp. 95-99), o estado de exceção<sup>146</sup> econômico é caracterizado pela ausência de normalidade, que, segundo o autor, afigura-se elemento essencial do núcleo do sistema político e democrático. O estado de exceção econômico contraporia, na visão do autor, a normalidade. Segundo Bercovici (2006b), este modelo de Estado é amparado pela ditadura de mercado, que teria substituído a ditadura política.

A consequência mais perniciosa do estado de exceção econômica seria, segundo Leda Maria Paulani (2006) e Gilberto Bercovici (2006b), a dissolução das estruturas estatais. Neste cenário, a “emergência econômica” torna-se regra, haja vista que é ela quem acaba mantendo a continuidade, não da normalidade, mas da exceção. Tornando soberano aquele que decide sobre o estado de exceção (“*decisionismo de emergência*”).

O decisionismo de emergência, segundo Bercovici (2006b), acaba sendo utilizado, por meio do funcionamento dos poderes constitucionais, para salvar o mercado. Neste quadro, na visão do autor (2006b), o Estado se subordina ao mercado, com a adaptação do direito interno às necessidades do capital financeiro e a Constituição se curva a tal interesse.

---

modelo rigoroso de regras constitucionais seria inoportuno para um regime jurídico de exceção, para o autor entendido como um regime em que exceções definidas *ad hoc* para a manutenção da eventual estrutura de dominação constituem a “regra”. Para Neves (2014, p. 174), o fato de que o autoritarismo distanciou-se de um modelo de regras torna-se mais patente na experiência latino-americana, em virtude da falta de consistência ideológica dos regimes, o que, para o autor, teria tornado imperiosa uma maleabilidade às pressões particularistas de grupos e pessoas, implicando a ruptura casuística de regras por eles mesmas impostas, ao sabor das conveniências políticas concretas.

<sup>146</sup> Para Giorgio Agamben (2002, p. 25), a “exceção” é uma espécie de exclusão. Para o autor, a exceção seria um caso singular, que é excluído da norma geral. O que caracteriza propriamente a exceção, é que aquilo que é excluído não está, por causa disso, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém com aquela na forma de suspensão. Para Agamben (2002, p. 26), a situação, que vem a ser criada na exceção, possui o particular de não ser definida nem como uma situação de fato, nem como situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença. A exceção é, na visão de Agamben (2002, p. 29), uma exclusão inclusiva, que serve para incluir aquilo que foi expulso.

Esta adaptação exigiria, segundo Bercovici (2006b), cada vez mais, flexibilidade para reduzir possibilidades de interferência da soberania popular. A razão de mercado, sugere o autor (2006b), passa a ser a nova razão de Estado. As leis de emergência implicariam a limitação dos direitos da população em geral para garantir em geral a propriedade privada e a acumulação capitalista.

Leda Maria Paulani (2006) sugere que, a partir da década de 1990 opera-se no Brasil o que ela denomina, também, “*estado de emergência econômico*”. Na sua visão, este estado de emergência corresponderia a um momento resultante de uma série de decisões econômicas voltadas a dar vazão a certa estrutura de problemas financeiros e a buscar a recuperação do “*desenvolvimento*”<sup>147</sup>. Isso teria sido realizado com a utilização dos poderes constitucionais.

Para a autora (2006), nas décadas de 1950 e 1960, o Brasil teria despertado para o desenvolvimento. O projeto pensado neste período teria sido, em alguma medida, sustentado pelos governos seguintes, que a sua moda, deram continuidade ao que havia sido desenhado até então. No entanto, a partir da década de 1970, segundo Paulani (2006), o país teria enfrentado seguidas crises econômico-financeiras. Duas delas diretamente ligadas aos efeitos das crises internacionais do petróleo de 1973 e 1979<sup>148</sup>.

<sup>147</sup> A propósito do “*estado de emergência*”, é válido mencionar, apenas como comparação, o que sugere Stolleis (2004) acerca da relativização da constituição durante o que ele denomina “*estado de guerra*”. Segundo Stolleis (2004, p. 25), durante a segunda guerra houve inúmeras ocasiões em que a constituição foi violada ou ignorada. Muitas destas violações, na visão do autor, teriam ocorrido com certa “*normalidade*”, dadas as condições extremas de tempos de guerra ou, ainda, triviais em vista do objetivo de vencer a guerra. As objeções formais, que invocavam a Constituição neste mesmo período, estavam numa posição fraca desde o início e eram facilmente derrotadas por “*argumentos patrióticos*”. O principal efeito do “*estado de guerra*”, para Stolleis (2004, p. 25-26), teria sido a redução drástica dos direitos básicos concedidos até então.

<sup>148</sup> Portella Filho observa que, durante as primeiras décadas do pós-guerra, os países da América Latina, especialmente o Brasil, teriam experimentado um longo período de crescimento sustentado a partir de um modelo econômico intervencionista voltado, entre outras coisas, segundo o autor, para a substituição de importações. Embora esse modelo econômico tenha, na visão do autor, gerado desajustes econômicos graves, como a concentração de renda e o fechamento externo da economia, ele teria mantido, durante mais de trinta anos, grandes aumentos da renda per capita e diminuição significativa dos níveis de

Segundo a autora (2006), no Brasil, o endividamento externo e o colapso dos planos econômicos das décadas de 1980 tornaram necessário “*tirar da frente o monstro inflacionário*” para que o poder civil se consolidasse após o período ditatorial e gerasse o crescimento. Concomitantemente a tudo isso, o quadro gerado por quase duas décadas de crises financeiras contínuas, segundo a autora (2006), teria aberto o espaço para críticas à “*política desenvolvimentista*”. Para Paulani (2006, p. 11), esta conjuntura abre as portas para a difusão dos princípios e valores que conformam o pensamento neoliberal, a começar pelo ataque ao Estado – segundo a autora visto como raiz de todos os males – e às empresas estatais, vistas como monstros sem eficiência.

Assim, a partir do início da década de 1990 – segundo a autora (2006, p. 12) – a agenda neoliberal teria sido colocada na ordem do dia como a única saída para as emergências que afligiam a economia do país. Desde a eleição de Fernando Collor de Mello, de acordo com a autora (2006), passou a ser voz corrente e a necessidade de se reduzir o tamanho do Estado, privatizar empresas estatais, controlar gastos públicos e abrir a economia. Para Paulani (2006), é o discurso da necessidade posto pela “*emergência*” que possibilita fazer “*tabula rasa da lei*”, suspendendo sua execução para atender os desígnios dos interesses econômicos.

Neste itinerário, o estado de emergência, ao longo da década de 1990, teria se revelado, na visão da autora (2006), como uma necessidade do capitalismo, onde a exceção se torna a norma. O ápice do processo de privatização teria se consolidado durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, notadamente durante seu primeiro

---

pobreza da região. Para o autor, os números do desempenho econômico da América Latina durante o período de pós-guerra são impressionantes. O PIB da região cresceu em média 5,0% ao ano na década de cinquenta. Durante o período 1960-81, a taxa de crescimento do PIB se manteve em 5,5% ao ano, o que significou 22 anos de crescimento robusto. Esse ritmo de crescimento esteve, por exemplo, bem acima da média dos países industrializados, cujo PIB cresceu em média 3, 8% ao ano durante o período. Sobre a má distribuição de renda, os números levantados pelo autor (1994) demonstram que essa fase de crescimento acelerado permitiu redução lenta mas substancial na incidência relativa da pobreza. A percentagem de famílias latino-americanas vivendo na pobreza diminuiu de 40% para 35% entre 1970 e 1980. No Brasil, essa percentagem teria caído de 49% para 39% entre 1970 e 1979. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451994000100007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451994000100007&script=sci_arttext)

mandato. Para a autora (2006), descortina-se a partir deste ponto um projeto retórico, em que o conceito de “*desenvolvimento*” é aproximado da ideia de eficiência técnica e produção, representado em última análise pelo “*crescimento-modernização*”.

Segundo Gilberto Bercovici (2011), a política neoliberal na América Latina foi, ainda, impulsionada pela agenda econômica do chamado “Consenso de Washington”<sup>149</sup>. Bercovici (2011) sugere que o apoio das elites brasileiras às políticas neoliberais compatíveis com o Consenso de Washington teria sido realizado por um discurso paradoxal, haja vista que proveniente dos grandes beneficiários da “*ineficiência estatal*”. Para o autor (2011), dentre outras medidas, a nova agenda econômica de Washington teria sugerido a privatização das empresas estatais e a atração dos investimentos estrangeiros. Todo esse movimento aconteceu, entretanto, sob os auspícios de uma ordem constitucional que caminha em sentido diametralmente oposto, qual seja, de proporcionar a busca da soberania do Estado em matéria econômica.

---

<sup>149</sup> O termo “*Consenso de Washington*” foi usado por John Williamson para descrever o conjunto de propostas econômicas defendidas pelos políticos e tecnocratas residentes na capital americana. Ele definiu o consenso de forma ampla, abrangendo tanto o Washington político, onde residem congressistas e membros da administração federal, como também o Washington tecnocrático das instituições financeiras internacionais e do Federal Reserve Board. Durante a maior parte dos anos oitenta, as recomendações do Consenso de Washington para o ajustamento da América Latina pareciam tomar por base, grosso modo, três premissas: (i) Os desajustes econômicos resultam sempre de excesso de demanda oriunda dos gastos do setor público; (ii) A liberalização da economia durante a fase de estabilização não irá criar desequilíbrios econômicos explosivos nem aumentar o fardo do ajustamento; (iii) As dívidas externas devem ser pagas in totum para incentivar a volta dos empréstimos bancários voluntários. Em um estudo sobre o ajustamento da América Latina, John Williamson listou 10 tipos de políticas e reformas econômicas que foram objeto de consenso entre os doutrinadores de Washington durante os anos oitenta: (1) Disciplina fiscal; (2) Reordenamento nas prioridades dos gastos públicos; (3) Reforma tributária; (4) Liberalização do setor financeiro (livre determinação das taxas de juros pelo mercado e abolição dos controles de câmbio); (5) Manutenção de taxas de câmbio competitivas; (6) Liberalização comercial; (7) Atração de investimentos diretos estrangeiros; (8) Privatização de empresas estatais; (9) Desregulamentação da economia; (10) Proteção a direitos autorais (PORTELLA FILHO, 1994, pp. 107-109; PAULANI, 1996).

Bercovici (2011) sugere que a adoção das políticas ortodoxas de ajuste fiscal e a concreção das medidas de redução do papel do Estado na economia e de atração de investimentos estrangeiros fez com que se tornasse necessária a garantia de determinadas medidas de política econômica, mesmo que isso, na opinião do autor, fosse contra as maiorias políticas. Este cenário, afirma o autor, acabou gerando um processo de reformas constitucionais destinadas a “*constitucionalizar a globalização econômica*”.

As constatações de Bercovici (2011) e Paulani (2006) podem ser confirmadas, por exemplo, na explicação de motivos que justificaram a “reforma do Estado” proposta na década de 1990. Em exposição no Senado Federal acerca da reforma da Administração Pública, Bresser Pereira (1997) afirmava que a reforma do Estado teria sido “*uma resposta ao processo de globalização em curso*”, que, dentre outros efeitos, “*condiciona a redução da autonomia dos Estados*”. Para o economista, a “*crise do Estado impôs a necessidade de reconstruí-lo*” e “*a globalização o imperativo de redefinir suas funções*”. Segundo Bresser Pereira (1997), o “*novo papel do Estado*” era visto como o de facilitar as coisas para que a economia nacional se tornasse “*internacionalmente competitiva*”.

Especificamente no caso do petróleo, segundo Bercovici (2011, p. 243), a Petrobrás teria sido afetada desde o Governo Fernando Collor de Mello por políticas que visavam reduzir sua dimensão econômica e tencionavam por fim no monopólio estatal.

Já em 1990, de acordo com o autor (2011), o Conselho Nacional do Petróleo é extinto, sendo substituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), vinculado ao Ministério de Minas e Energia. Em seguida, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, é proposta a “*flexibilização*” do monopólio da União sobre o petróleo, sob o argumento de que haveria carência de recursos para investir na atividade de exploração petrolífera. Em conformidade com este discurso, a ampliação das reservas do país seria uma tarefa que não poderia mais ser exercida somente pela Petrobrás (BERCOVICI, 2011, pp. 244-251).

Segundo Gilberto Bercovici (2011), o movimento de “*flexibilização do monopólio*” da Petrobrás teria sido acompanhado, também, por um discurso deliberado de enfraquecimento da ideia do petróleo como recurso estratégico. De acordo com Bercovici (2011), para os articuladores desta posição, as jazidas petrolíferas brasileiras deveriam ser exploradas o mais rápido possível. Não seria relevante o suposto significado estratégico para o país. O petróleo não passaria de

uma *commodity* como outra qualquer, devendo ser utilizado para reduzir o déficit da balança comercial.

A Emenda Constitucional 09/1995 deriva deste estado de coisas. Oriunda do Projeto de Emenda Constitucional 06/1995, a proposta de alteração do texto constitucional, com base no “*Plano FHC*”, visava à “*flexibilização do monopólio do petróleo*” de maneira que a União “*passasse a contratar com empresas privadas a realização das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural*”, devendo a lei “*regular as condições e relações contratuais concernentes*”.

Sua exposição de motivos deixa claro o “*mal*” que ela tencionava combater: “*expurgar do texto constitucional*” os elementos que se afiguravam “*limitadores do desenvolvimento econômico e restritivos às alterações da política governamental*”. De acordo com a exposição, a intenção era a de “*conferir à legislação ordinária a possibilidade de conformar a indústria do petróleo ao modelo requerido pelo estágio de desenvolvimento do país*”. A exposição de motivos observa, ainda, que a “*flexibilização implementada em nível infraconstitucional*” seria voltada para permitir a atração de capitais privados para determinadas atividades em que “*se requer expansão dos investimentos em volume insuscetível de financiamento exclusivo por parte da Petrobrás*”<sup>150</sup>.

Em parecer da Comissão Especial destinada a analisar a Proposta de Emenda à Constituição, afirmou-se que a proposta de emenda, embora trouxesse no seu texto a expressão “*flexibilização*”, em verdade, não tencionava “*flexibilizar*” o monopólio da União sobre a indústria do petróleo, haja vista que o mantinha “*na sua integralidade, tal qual como configurado pelo texto constitucional*”.

Para a Comissão Especial, presidida pelo então Deputado Alberto Goldman (PMDB-SP), a alteração ao texto “*apenas admite que outras empresas a serem contratadas pela União possam também exercer atividades monopolizadas*”. Segundo o parecer existiria, neste ponto, unicamente a “*quebra de reserva de mercado*”, até então atribuída à

---

<sup>150</sup> Assinaram a exposição de motivos: Nelson Jobim, Ministro de Estado da Justiça. - Pedro Malan, Ministro de Estado da Fazenda - José Serra, Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento - Reinhold Stephanes, Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social- Luiz Carlos Bresser Pereira, Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado - Raimundo Brito, Ministro de Estado de Minas e Energia. Dossiê do PEC 06/155. Disponível em [http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1242703&filename=Dossie+-PEC+6/1995](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1242703&filename=Dossie+-PEC+6/1995), acessado em novembro de 2015.

Petrobrás, e não propriamente do monopólio. Por 364 votos a favor e 141 contra, em junho de 1995, a proposta foi aprovada.

Embora o entendimento da Comissão tenha sido o de que o monopólio estava sendo preservado, o contexto geral que permeava o campo político-econômico naquele momento dá outro tom ao discurso: de *“quebra do monopólio”*. Isso pode ser verificado, a título de exemplo, nas notícias publicadas no período. As matérias jornalísticas tratam do assunto como um dos temas *“mais polêmicos do Congresso”* e revelam que, nos bastidores, a intenção era a de *“quebra do monopólio”*.

Em matéria veiculada no jornal Folha de São Paulo, de 31 de janeiro de 1994, por exemplo, é informado que *“partidos articulam a quebra do monopólio”*<sup>151</sup>. De acordo com a notícia, os partidos políticos PFL, PPR e PMDB defendiam a *“quebra”* do monopólio estatal do petróleo por revisão constitucional. Segundo a reportagem, a linha comum que aproximaria os três partidos seria a defesa de proposta em que a *“importação, exportação e refino de petróleo”* pudessem *“ser operados livremente pelo setor privado”*. Segundo o jornal, no entendimento destes partidos, a Petrobrás manteria o controle sobre a exploração e a pesquisa, mas *“poderia passar estas atividades a empresas privadas por meio de concessões”*.

A matéria traz ainda a conclusão do Deputado Alberto Goldman, como presidente da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, sobre as possibilidades de *“abertura do monopólio”*. Segundo a reportagem, a conclusão de Goldman teria sido no sentido de que *“a maioria do PMDB”* pleiteava *“a quebra do monopólio”*.

No mais, o jornal aponta que, no parecer que deveria entregar para o Ministro Nelson Jobim, Goldman trataria de incluir nova redação ao art. 21 da CRFB, no sentido de *“tonar o subsolo nacional patrimônio da União”*: *“a União continua como proprietária do petróleo, mas estabelece princípios para que a exploração e a pesquisa sejam repassadas para empresas públicas e privadas através de concessões”*<sup>152</sup>.

Para Gilberto Bercovici (2011, p. 252), a Emenda Constitucional 09 de 1995 teria extirpado do texto constitucional a Petrobrás como executora única do monopólio, mantendo, no entanto, o monopólio da União sobre o bem. A partir daí, segundo o autor, a União teria ficado autorizada a explorar o petróleo direta e indiretamente, por meio de

---

<sup>151</sup> Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/1/31/brasil/4.html>.

<sup>152</sup> Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/1/31/brasil/4.html>



concessões às empresas estatais ou privadas, inclusive de capital estrangeiro. Bercovici (2011) sugere que, com a alteração do texto, modificou-se um dos princípios ideológicos originários estabelecidos pela Assembleia Nacional Constituinte, e consagrado, por via de Emenda Constitucional, a vitória dos derrotados na elaboração da Constituição de 1988.

Aprovada a emenda, ato contínuo, foram iniciados os trabalhos para a confecção do que viria a ser a Lei 9.478/1997. Em julho de 1996 foi encaminhada para o Congresso Nacional a Mensagem n.º 639, que se converteu no Projeto de Lei 2.142/1996. Dentre outros objetivos, o Projeto de Lei propôs que a Petrobrás deixasse de ser a única executora do monopólio estatal do petróleo e, também, que fosse criada a Agência Nacional do Petróleo, a ANP, que seria a responsável pela gestão do monopólio.

Segundo a exposição de motivos do anteprojeto, posteriormente convertido em lei, a proposta legislativa estaria comprometida com a *“nova disciplina constitucional do monopólio”*. O então Ministro do Estado de Minas e Energia, Raimundo Brito, assim observou: *“o anteprojeto não evitou a abordagem de temas polêmicos nem a superação de conceitos que já não atendem mais o interesse do país”*. Sobreleva destacar, ainda, que o anteprojeto de lei, aparentemente, veio inserto na lógica da *“flexibilização do monopólio”*. Ainda que a ideia e os debates presentes quando da emenda ao texto constitucional tivessem destacado não haver alteração do monopólio, a proposta de lei não se afastou do discurso da *“flexibilização”* deste.

Consta da exposição de motivos que o projeto é *“fruto do acurado trabalho”* do Ministério de Minas e Energia e *“corresponde aos compromissos assumidos com a nação e com o Congresso Nacional”*. A exposição de motivos deixa transparecer que a legislação do petróleo *“demonstra que, no Brasil, a indústria do petróleo atingiu a maturidade”* e, em virtude disso, estaria apta para ser *“aberta para possibilitar novos investimentos e permitir uma interação equilibrada entre o Estado e a iniciativa privada”*. De acordo com o entendimento do Ministério de Minas e Energia, *“a nova disciplina que se pretende estabelecer”*, ao mesmo tempo em que *“resguarda o monopólio constitucional”*, decorre da *“flexibilização estabelecida pela Emenda Constitucional”*.

Se não há dúvida sobre haver ou não *“monopólio”*, parece existir, por outro lado, clara tendência de indicar que é, justamente, a ideia de *“flexibilização do monopólio”* que permitiria, no contexto dos trabalhos

legislativos, “o acesso de quaisquer empresas interessadas em investir no setor”. Alega-se a intenção de dar a Petrobrás “condições de plena atuação, nesse novo cenário competitivo, liberando-a dos pesados encargos extraempresariais que a sua natureza”, destaque-se, “até então monopolista, lhe impunha”.

Tudo isso é invocado num quadro classificado como de “necessidade da regulamentação das atividades econômicas vinculadas ao monopólio do petróleo”<sup>153</sup>. As fontes analisadas indicam, portanto, que a questão do monopólio, no âmbito legislativo, é, no mínimo, embaralhada. O monopólio é mantido ao mesmo tempo em que é flexibilizado, sendo, ainda, “culpado” pelos pesados encargos que geraria para a Petrobrás. Nesta linha de raciocínio, não é despropositado sugerir que o modelo de concessão (contratação) adotado pela Lei 9.478/1997 pode ser percebido, em verdade, como uma maneira discreta de implementar, no campo legislativo, o que não se conseguiu mais direta e expressamente por meio de emenda ao texto constitucional.

Especificamente no que concerne ao modelo de concessão adotado, o Projeto de Lei afirmava já originariamente que “a concessão implica, para o contratado, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a titularidade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes”. Embora tenha permanecido como proposto, o dossiê do processo legislativo da Lei 9.478/1997, aponta que o texto da lei, neste ponto, foi combatido, tendo sido sugerida a sua alteração.

Uma das propostas de alteração foi do Deputado Haroldo Lima, do PC do B, que sugeriu a seguinte redação: “a concessão implica, para o contratado, a obrigação de explorar, por conta e risco, e, em caso de êxito, produzir petróleo e gás natural, devendo o contrato de concessão fixar a participação legal da União, bem como os encargos relativos ao pagamento de tributos”. No mesmo sentido foi a proposta do Dep. Nilson Gibson.

---

<sup>153</sup> Esta mesma lógica, de “flexibilização do monopólio”, é utilizada, por exemplo, para legitimar a “revisão dos pagamentos dos royalties”. Conforme pode ser verificado da exposição de motivos dos projetos de lei anexados à proposta de Lei n.º 2.142/1996, a expressão “flexibilização do monopólio” é, conjuntamente com a ideia de abertura dos mercados, vista como “oportunidade”.

Em suas justificativas de alteração, os Deputados apontavam que a própria Comissão Especial que analisou a Emenda Constitucional n.º 09/1995 teria dado destaque para o fato de que “*o subsolo é propriedade da União. Continuará sendo. O petróleo é bem de toda a sociedade, não de qualquer empresa*”<sup>154</sup>. Com isso, no entendimento dos parlamentares, a exploração e produção do petróleo deveriam implicar ressarcimento para o particular explorador, mas não em transferência de propriedade de bens, os quais deveriam ser disponibilizados para o mercado interno.

Outra proposta é do Deputado José Maurício. De acordo com sua sugestão, o texto da lei deveria prever que “*a concessão implica, para o contratado, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural exclusivamente para o mercado interno, devendo o contrato de concessão fixar a participação legal da União, bem como os encargos relativos ao pagamento de tributos*”. Para o deputado, a concessionária deveria ser ressarcida sem que isso implicasse a transferência de bens, de modo que os produtos extraídos pudessem ser disponibilizados no mercado nacional.

Ao se explorar o contexto que prepara o terreno para as alterações constitucionais e legislativas que se operaram na década de 1990, confirma-se a hipótese de que o quadro político-econômico, em alguma medida, absorveu a visão do “*estado de emergência econômico*” referido por Leda Maria Paulani (2006).

No caso do setor petrolífero, isso fica ainda mais perceptível na análise do uso da expressão “*flexibilização do monopólio*”, inserida nos discursos jurídico-parlamentares. A expressão, tal como utilizada, quer parecer mais branda do que realmente foi concebida para ser. O termo não consegue ocultar de todo seu caráter eufemístico. Tanto os debates da alteração da Constituição quanto as discussões que permeiam a discussão do projeto de lei não escondem, porém, os motivos para os quais o monopólio do setor petrolífero estaria sendo “*flexibilizado*”.

As justificativas que sustentam as alterações legislativas, mesmo que não assumidamente, revelam, no plano infraconstitucional, o uso da expressão “*flexibilização do monopólio*” como se ela não

---

<sup>154</sup> Neste ponto, Haroldo Lima faz referência à entrevista que o Dep. Alberto Goldman deu para a ‘Folha de São Paulo’ publicado em 28/03/94 : “*O subsolo é de propriedade da União. Continuará sendo. O petróleo é bem de toda a sociedade não de qualquer empresa*”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996, p. 453).

correspondesse à “*quebra do monopólio*”. Isso, quando, na realidade, a intenção parece ter sido a de eliminar por completo o regime de monopólio. No mais, tais justificativas trazem como fundamento último a alegada “*ineficiência da Petrobrás*” ou a necessidade de aumento de produtividade de um recurso que, em tese, não seria estratégico para o país.

Frente a estas constatações, é possível perceber que a técnica legislativa que seguiu da Emenda Constitucional 09/1995 fez o possível para, juridicamente, realizar a “*quebra do monopólio*” sem negá-lo. Parece ser o discurso da “*necessidade*” de adaptação ao “*processo de globalização em curso*” que faz tabula rasa da constituinte originária, negando uma opção histórico-constitucional de 1988.

O modelo de concessão adotado parece estar disposto a atender esta pretensão, e não outra. Como visto, a redação da lei optou pela remuneração na forma de “*transferência da propriedade do bem*”, quando, em verdade, a lógica da Constituição Econômica aponta para a destinação do petróleo e do gás natural para o mercado interno, conforme dispõe o art. 219, da CRFB de 1988<sup>155</sup>.

Não é demasiado afirmar, neste ponto, que a alteração legislativa revela uma percepção de soberania econômica em crise. No caso do petróleo, descarta-se a legislação anterior em nome de uma necessidade mercadológica de caráter imediato. Em seguida, instaura-se uma espécie de legalidade da crise, a qual dá legitimidade para os instrumentos legais que são adotados para combatê-la.

Tomada de modo isolado, porém, a reformulação da indústria petrolífera no Brasil não revela maiores pormenores. Tranquilamente ela pode ser situada numa opção política que tenciona manter a “*estabilidade democrática de uma economia aberta*”, como observou Fernando Henrique Cardoso. No entanto, quando este movimento é compreendido no contexto que lhe dá guarida, nota-se que ele tem uma meta implícita: contornar “*os obstáculos da constituição*”.

Segundo Agamben (2004, p. 24), no estado de exceção o que realmente está em jogo é o problema de significado jurídico de uma esfera de ação em si extrajurídica. Não estaria em jogo no caso da alteração do monopólio, portanto, a condenação de uma opção política

---

<sup>155</sup> “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

vista isoladamente, mas em que medida aludida opção é realizada ou não à margem da Constituição ou em flagrante subversão da ordem econômica nela prevista.

Não por acaso, existe no processo analisado – de reconfiguração da indústria petrolífera – a utilização contínua de “*argumentos de emergência*”. Quando, porém, argumentos de emergência são utilizados para todo o tipo de crise, os limites entre normalidade e exceção são ultrapassados e a emergência vira regra (Bercovici, 2008, p. 328).

A finalização do ciclo de reestruturação da indústria petrolífera é juridicamente consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. É neste ambiente que a refuncionalização da indústria nacional do petróleo é chancelada e caracterizada como uma opção governamental legítima aos olhos da Constituição. É, aliás, importante, para fins de análise da natureza jurídica da concessão de exploração petrolífera, a maneira pela qual os ministros do STF articulam e legitimam sua posição sobre a constitucionalidade do modelo da Lei 9.478/1997.

Esta análise, no entanto, não pode deixar de ter uma baliza. Para tanto, sugere-se extrair do contexto ora analisado dois eixos de suporte analítico: i) a “*flexibilização do monopólio*” e ii) o atendimento ao “*estado de emergência econômico*” (que, em regra, no âmbito do Direito Administrativo, sustenta-se pela invocação do discurso do *princípio da subsidiariedade*). Este recorte contextual, somado aos parâmetros jurídicos de “*monopólio*” e “*bem público*”, acima trabalhados, permitiria uma melhor apreciação da técnica jurídica articulada pelo Supremo Tribunal Federal.

### 3.2.2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Em 2004, o Governo do Estado do Paraná e o Partido Democrático Trabalhista – PDT – ajuizaram no âmbito do STF duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as ADIs n.º 3273 e 3366<sup>156</sup>. Ambas as ações jurisdicionalizaram o mesmo objeto: a “*declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.478/1997 por afronta aos artigos 1.º, 3.º,*

---

<sup>156</sup> Em razão da identidade de objeto, foi determinado o apensamento das ações, que foram julgadas simultaneamente. Em verdade, a ação proposta pelo PDT contestou mais outros cinco artigos (28, 37, 43, 51 e 60), abordando temas que foram desde o modelo de licitação até o pagamento e ocupação da área, além de autorizar a empresa concessionária a importar e exportar petróleo.

4, 20, V e IX, 23, I e X, 170 e 177, caput, incisos I a V e §§ 1.º e 2.º, todos da Constituição Federal”.

O argumento central das ADIs se circunscreveu em impugnar a juridicidade do modelo de concessão adotado pela aludida lei. Para tanto, restaram questionadas a *natureza jurídica do petróleo* (haja vista “o preço do barril do petróleo não ser composto tão somente pelos custos da produção, e sim, primeiramente, por injunções políticas centrais de soberania nacional”), e a “possibilidade de transferência da sua propriedade para o privado”, uma vez que as alterações constitucionais e legislativas não teriam alterado o monopólio. Assim, sustentaram as ADIs: “o termo monopólio tem um sentido unívoco que condiz com a exclusividade na titularização de um produto ou serviço”.

Após seu trâmite normal, em março de 2005, as ações foram submetidas à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Por maioria, o Pleno do STF considerou constitucional a Lei 9.478/1997, afastando, por conseguinte, as arguições levantadas. A maioria seguiu o voto do então Ministro Eros Roberto Grau.

Em resumo, a discussão jurídica articulada pelo Pleno do STF foi centrada nos seguintes pontos: i) *conceito de monopólio*; ii) *existência (ou não) de desenvolvimento de atividade econômica*; iii) *a natureza jurídica do bem explorado (petróleo) e sua afetação pelo regime de monopólio* e, no pano de fundo, a iv) *interpretação do art. 177 da CRFB de 1988 em relação à Emenda Constitucional 09/1995 e o artigo 176, também da CRFB*.

O contexto das ações e das respectivas decisões é importante para a compreensão do discurso nelas inserto. As duas ADIs trouxeram o pedido de “concessão de medida cautelar para retirar a eficácia da expressão conferindo-lhe a propriedade desses bens após extraídos”, em vista da “quase imediata realização do 6.º leilão de área de exploração de petróleo”.

Embora o então Rel. Ministro Carlos Ayres Britto tenha, em 16/08/2004, deferido parcialmente o pedido de concessão de medida cautelar, no dia seguinte – *noite anterior ao leilão* – a decisão foi cassada pelo Ministro Nélson Jobim, sob o argumento de que ela deveria ser votada pelo plenário. Até aquele momento, a ANP já tinha realizado, sob a égide da Lei posta em questão, 5 leilões.

Com o indeferimento do pedido liminar, o sexto leilão acabou sendo realizado sem impasses. Considerada um sucesso, a rodada teria resultado na arrecadação de R\$ 665,3 milhões, o que foi, à época, considerada a maior arrecadação já realizada. Após, em razão da mudança no curso do processo, a decisão do Ministro Carlos Ayres

Britto foi convertida em voto e as ações seguiram para julgamento do Plenário do Supremo.

Este quadro contextual é importante na medida em que revela um dos pontos levantados pela Advocacia Geral da União em suas manifestações. Para a AGU, a declaração de inconstitucionalidade da lei “*colocaria em risco a segurança dos contratos já realizados*”. Segundo o sustentado pela AGU, a Lei 9.478/1997 gozaria de “*presunção de legitimidade, sobretudo em razão da sua já prolongada vigência*”, de modo que declará-la inconstitucional implicaria “*ofensa a situações já consolidadas no manto normativo*”.

De outro lado, ainda sobre o contexto, é necessário mencionar as outras linhas de argumentação seguidas pelas manifestações da AGU e do Ministério Público da União. De modo geral, o argumento central levantado por estas instituições girou em torno da conceituação do “*monopólio*”. Tanto para a AGU quanto para a Procuradoria-Geral da República, o controle de constitucionalidade estaria relacionado diretamente ao entendimento do “*conceito de monopólio*” frente às alterações provocadas pela EC 9/95, a qual teria mantido “*o monopólio da União, flexibilizando-o contudo*” (FONTELES, 2006, pp. 183-186).

Para a Procuradoria-Geral da República, o deslinde da questão dependeria da “*fixação*” da exata “*compreensão do conceito de flexibilização do monopólio*” (FONTELES, 2006, pp. 183-186). Enquanto que, para a AGU (2005, pp. 2-25), seria necessário rever o próprio conceito de “*monopólio estatal*”, haja vista que sua extensão teria sido “*restringida*” pela EC 09/1995. Assim, sob o ponto de vista da AGU (2005, pp. 2-25), o julgamento deveria buscar uma “*nova leitura do sentido do monopólio estatal à luz das modificações aportadas pela Emenda Constitucional n.º 9, de 1995*”.

Muito semelhante ao que aconteceu no campo legislativo – quando da discussão da EC 09/1995 e do Projeto da Lei 9.478/97 – a análise do enredo jurídico que estrutura as ADIs revela qual é o núcleo do debate proposto: “*a compreensão do conceito de monopólio frente às mudanças constitucionais*”. Isso fica evidente quando se recorta das ADIs a defesa da ideia de que o monopólio teria um sentido unívoco, de modo que sua extensão se projetaria para todas as fases da “*indústria do petróleo*”. E quando se recorda das manifestações da AGU e da Procuradoria-Geral a defesa de que somente parte do monopólio teria sido relativizada.

Como pano de fundo, a discussão trouxe à tona, ainda, a classificação jurídica do bem público explorado e, em última análise, a

natureza da concessão de exploração petrolífera, haja vista que “*o tema central do pleito está na disposição normativa do art. 26, caput*” (FONTELES, 2006, pp. 183-186). Ao que tudo indica, a natureza jurídica do petróleo é referida para tentar desvendar ou legitimar a extensão da “*flexibilização do monopólio*”, o que, em última análise, legitimaria e daria sentido jurídico ao modelo contratual adotado pela lei.

Em vista destas constatações, nas próximas linhas, cuidar-se á de analisar a técnica jurídica utilizada pelos Ministros do STF para a apreciação da matéria. A análise tentará compreender os argumentos favoráveis e desfavoráveis à constitucionalidade da Lei, apontando o modo como o conceito de “monopólio” é trabalhado e de que maneira a natureza jurídica do petróleo é alocada nessa construção.

Por fim, será tomado o cuidado de indicar o quanto a linha de argumentação dos votos é levada ou legitima-se a partir do que se denominou, no capítulo acima, de “*argumento de emergência*”. A preocupação central da análise proposta é a de verificar o debate sobre o texto do artigo 26, *caput*, da lei, deixando-se de lado, portanto, as argumentações sobre os outros artigos questionados nas ADIs.



### 3.2.3. Leituras da Constituição<sup>157</sup>.

Se as questões terminológicas são importantes para a filosofia, como sugere Agamben (2005), elas são determinantes para o Direito. Os conceitos têm história, de modo que a mutabilidade do conceito pode corresponder certa incerteza terminológica, gerando imprecisões jurídicas capazes de culminar não raras vezes, em exceção à própria lei. Objetivamente, o controle de constitucionalidade provocado pelas ADIs n.º 3273 e 3366 teve como objeto precípua a averiguação da juridicidade da expressão legal “*conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos*”, tal como inserta no artigo 26, *caput*, da Lei 9.478/1997.

A imprecisão de conceitos neste caso, no entanto, não se restringiu à letra da lei, no sentido de meramente averiguar a discrepância da regra inferior em relação à norma hierarquicamente superior. A (im)precisão revela-se, também, inserta no quadro que tenciona averiguar o que da expressão legal, compreendida a partir do conceito de monopólio, comportaria como um todo, ou seja, sistematicamente.

O questionamento de (in)constitucionalidade do texto da lei, como evidenciado, liga-se ao regime de monopólio que se projeta sobre o setor petrolífero sistematicamente, conforme dispõe a Constituição de 1988. Com efeito, a questão levada ao Supremo Tribunal Federal – *como a própria ementa do julgado informa* – encerrou-se na discussão –

---

<sup>157</sup> Esta expressão representa duas correntes de interpretação que colidem no julgamento das ADIs 3366 e 3279. A primeira, “*lendo na Constituição o que nela já não está*”, foi proferida pelo Min. Sepúlveda Pertence (STF, ADI 3366-2, 2005, p. 412). Na ocasião, o Ministro acompanhou o voto divergente do Min. Eros Grau pela constitucionalidade da lei. Para o Min. Sepúlveda Pertence, apontar para a inconstitucionalidade da Lei seria o mesmo que fazer uma “*interpretação retroativa*”, tencionando ler na Constituição o que “*desajariamos*” que continuasse a ser, mas já não é mais. A segunda, “*interpretando a Constituição a partir da lei*”, foi proferida pelo Min. Marco Aurélio (STF, ADI 3366-2, 2005, p. 328). Na sua leitura, aceitar a constitucionalidade da Lei 9.478/1997 seria o mesmo que interpretar conceito de monopólio, constitucionalmente previsto, a partir da própria lei, em flagrante inversão de valores. Nesta hipótese, segundo o ministro, haveria apenas “*autorização administrativa*” e não mais “*monopólio*”, porque ao governo caberia apenas fiscalizar a execução das atividades. Em última análise, como é observado nas linhas seguintes, o tema é resolvido em torno da amplitude do conceito de “monopólio”.

(re)significação – do “*conceito e classificação do monopólio*”. Nessa ocasião, estavam também em jogo os limites entre “constituição” e “decisão política”.

No julgamento das ADIs n.º 3273 e 3366 parece não existir, portanto, somente a análise da constitucionalidade de uma expressão legal em si mesmo. Mais do que isso, arquiteta-se a (re)composição do sentido, da razão de ser, do “*monopólio do setor petrolífero*” tal como concebido pela Constituição de 1988. Ainda que esta recomposição seja feita para legitimar o modelo de concessão adotado, é um sistema de proteção legal e estratégico que acaba sendo (des)construído *pela e para* a legitimação de uma “opção política” em prol do “processo econômico”.

Em março de 2005, data em que as ADIs foram submetidas à apreciação, compunham o Pleno do Supremo Tribunal Federal os seguintes ministros: Nelson Jobim (Presidente); Carlos Ayres Britto (Relator); Sepúlveda Pertence; Carlos Velloso; Marco Aurélio Mello; Ellen Gracie Northfleet; Gilmar Mendes; Cezar Peluso; Joaquim Barbosa; Eros Roberto Grau e Celso Mello (ausente na votação). Conforme já observado, a maioria dos ministros seguiu o voto do Ministro Eros Grau, afirmando a *constitucionalidade da Lei*. Foram vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e, parcialmente, Joaquim Barbosa.

Maioria e minoria do Pleno, no caso em análise, representaram duas correntes diametralmente opostas, quanto ao modo como conceberam o conceito de monopólio e quanto à forma pela qual o interpretaram frente às demais diretrizes da Constituição de 1988. A leitura das razões expressas nos votos sugere que o ponto-chave para entender tais correntes reside na amplitude da extensão que cada uma delas atribui aos efeitos jurídicos do regime de monopólio afeto à indústria petrolífera. Referida extensão de abrangência é que indica, em última análise, a classificação jurídica do bem explorado e, por derradeiro, o modelo de “contratação” que é permitido legalmente.

Para fins de análise neste trabalho, seguir-se-á com a exposição dos argumentos jurídicos que consolidam cada uma das vertentes acima expostas separando-os por linha de entendimento. Para tanto, inicialmente serão expostos os Votos pela *inconstitucionalidade* da Lei, proferidos pelos Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio Mello. Em seguida, são expostos os entendimentos pela constitucionalidade da lei, todos amparados pelo voto do Ministro Eros R. Grau.

### 3.2.3.1. “Lendo na Constituição o que nela já não está”.

O voto do Ministro Carlos Ayres Britto trabalha o que ele denominou “núcleo duro do regime jurídico-constitucional” do petróleo e do gás natural. De acordo com seu posicionamento, seguiriam deste “núcleo duro” as “coordenadas mentais que são firmadas com a flexibilização operada pela EC 09/1995”. A ordem “metodológica” por ele sugerida, “fiel à proposição kelseniana de que o direito constrói suas próprias realidades”, aponta para o fato de que o próprio texto constitucional teria dado abordagem distinta aos recursos minerais, que ora são compreendidos como gênero e ora por meio de suas espécies petróleo e gás natural.

Para o ministro, haveria no texto constitucional, à primeira vista, uma “indiferenciação de jure” no tratamento da matéria, que explicaria, por exemplo, o fato de a Constituição dizer que “são bens da União ‘os recursos minerais, inclusive do subsolo, sem a menor necessidade de explicitamente incluir entre esses bens o petróleo e o gás natural’”. No entanto, na visão de Ayres Britto, para conhecer o regime jurídico do petróleo e do gás natural, não basta que o intérprete da Constituição conheça o regime normativo dos recursos minerais em geral.

A Constituição conteria, além do regramento geral recursos minerais, normas especificamente voltadas para duas modalidades de recurso mineral: o petróleo e o gás natural. Nas suas palavras, “a Lei Republicana, num primeiro instante, dispõe sobre o gênero recursos minerais e desse gênero não exclui os hidrocarbonetos e gasosos”; num segundo momento “é que passa a disciplinar os específicos temas do petróleo e do gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos”.

Ayres Britto sugere que a Constituição avançaria de comandos gerais sobre todo e qualquer tipo de recurso mineral para disposições especiais sobre dois deles: o petróleo e o gás natural. Por isso, diz: “aplica-se toda a parte geral dos dispositivos da Constituição, mas somente naquilo que não conflitar com sua parte especial”, vigendo a velha máxima: “lex speciali derogat generali”.

Segundo Ayres Britto, tais circunstâncias revelariam “duas ordens de disposições constitucionais”, uma geral e outra especial para fins de fixação do regime jurídico do petróleo e do gás natural. Para o então ministro, são estas constatações que configurariam, em última análise, a “coordenada mental”, em sua opinião, a ser levada em conta na interpretação da Constituição no que atinge o regime de exploração de petróleo.

Seguindo esta linha de raciocínio, Ayres Britto, em interpretação ao texto constitucional, entendeu que o petróleo e gás natural seriam como propriedade distinta da do subsolo para efeito de exploração ou aproveitamento, nos termos do art. 176. Para Ayres Britto, na dicção do artigo 176, § 1.º, constam recursos passíveis de ter sua pesquisa e lavra ou exploração e aproveitamento realizáveis por via de autorização ou concessão – sem que isso implique, entretanto, a transferência do produto da lavra para o concessionário.

Segundo Ayres Britto, o artigo 177, I e § 2.º, III, da Constituição monopolizaria “*até as atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural*”, de modo que não admitiria “*o puro e simples transpasse dominial do respectivo produto*”.

A lógica, observa Ayres Britto, seria “*irretocável*” nesse sentido, na medida em que é pelo domínio público sobre tais recursos que se pode imprimir a eles uma finalidade igualmente pública, como, por exemplo, “*a garantia do pleno suprimento do mercado interno*”. Neste ponto, Ayres Britto sugere que aconteça com a concessão de exploração petrolífera o mesmo que na concessão de serviço público: nas duas situações os “*serviços permanecem públicos na sua titularidade; não claro, no plano do seu exercício ou da sua prestação aos usuários*”.

O sentido jurídico que o ministro empresta à forma de contratação é, sobretudo por ele amparado na ideia de “*soberania*”, face ao “*inquestionável caráter estratégico em termos de bem-estar, desenvolvimento e soberania nacional*” que o petróleo assumiria no texto constitucional. Em última análise, para Ayres Britto, é esta diretriz – e não outra – que revela o sentido da instituição do regime de monopólio da indústria petrolífera.

Para Ayres Britto, seria esta diretriz que fundamentaria o que ele denomina “*núcleo duro do regime jurídico-constitucional do petróleo e do gás natural*”. O ministro não desconhece que os “*rigores constitucionais*” sobre o regime de monopólio, segundo ele, tal como originariamente fixados na Constituição, “*já não se mantém monoliticamente íntegros em uma parte*”. No entanto, afirma, isso não autorizaria a confundir “*flexibilização*” com “*erradicação*”.

Seguindo esta linha de raciocínio, Ayres Britto sugere que a “*contratação*” da atividade de exploração, “*para preservar o necessário regime de monopolização estatal do setor*” – núcleo duro acima referido – somente pode ser compreendida na “*mera execução de trabalho que se faz para o ente monopolizador e em nome deste*”. O ministro não desconhece os riscos suportados pelas empresas contratadas. Sugere,

porém, que deve ser pensada uma outra forma de remuneração que não a transferência de propriedade de bem público.

No que diz respeito ao termo “concessão”, Ayres Brito salienta que a dicção do § 1.º do art. 177 da CRFB não falaria expressamente em “concessão”, preferindo a locução “*poderá contratar*”. Em que pese isso, na sua leitura, a texto constitucional não teria objetivado excluir o “*instituto da concessão*”. Pretendeu, porém, deixar implícita a ideia de “*contratação especialíssima*”.

Ao seu modo de ver: “*uma contratação de invulgar feição jurídica, no sentido de que o particular contratado não se remunera por um regime de preço público ou de tarifas cobradas pelo público usuário, mas por um tipo de retribuição econômica a ser suportada pelo poder contratante, diretamente*”. Esta forma de pagamento ou retorno dos capitais particulares seria a única possível. Ela relativizaria, sim, o regime de monopolização do setor (tal como idealizado pela Emenda Constitucional 09/1995). No entanto, não implicaria na sua eliminação por completo.

Ao final, o que pode se perceber é um voto conciso e rápido em vista da matéria de que tratou. É perceptível, igualmente, a linha hermenêutica que seguiu para buscar a legitimidade da argumentação no próprio texto constitucional, dele não se distanciando. Esta característica pode ser notada, inclusive, quando o Ayres Britto aborda temas indiretamente relacionados ao assunto principal, como, por exemplo, o da tentativa de uma finalidade constitucional pré-definida ao regime de monopolização do setor petrolífero. É seguro afirmar que a própria escolha de um “*método*” de análise e a menção explícita a ele logo no início do voto apresentam-se como a chave para compreender a interpretação seguida por Ayres Britto.

Parece ser esta linha de raciocínio que leva Ayres Britto a votar pela inconstitucionalidade da expressão “*conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos*”. Em linhas gerais, segundo o ministro, a Emenda Constitucional 09/1995 não teria erradicado o regime de monopólio. Ainda que o tivesse flexibilizado, a emenda não teria autorizado que o modelo de “contratação” esvaziasse o sentido que o monopólio teria assumido em virtude das características do bem explorado. Ao contrário, na visão do ministro, seria justamente o regime de monopólio – “*núcleo duro*”, como ele denominou – que dá, aqui, “as coordenadas” para a forma de contratação.

O voto do Ministro Marco Aurélio segue a mesma linha, mas distingue-se pelos argumentos que o sustentam. Marco Aurélio apoia

sua decisão em dois pontos específicos, os quais não abordados de modo tão aprofundado por Ayres Britto, a saber: fundamentos históricos sobre o petróleo e o monopólio e a classificação jurídica do bem público explorado. Tais argumentos estão mais presentes neste voto e são eles que sustentam a ideia de monopólio.

A fundamentação histórica lançada pelo ministro tenciona demonstrar, sobretudo, os modelos de exploração já adotados pelo Brasil. A ideia central da sua exposição sugere a “superação de um modelo pelo outro”, no sentido de indicar qual o objetivo de proteção ao petróleo e a “razão de ser” do regime de monopólio da Constituição de 1988, na visão do ministro, a proteção da soberania. Para Marco Aurélio, a Lei do Petróleo teria “ferido a soberania”.

Segundo Marco Aurélio, a aceitação do texto da Lei 9.478/99 implicaria resgate do modelo regaliano – de regalia –, segundo o ministro, adotado pelo Brasil Coroa e superado pela nacionalização do subsolo e pela implementação do regime de monopólio. Na sua visão, adotar como constitucional o modelo impresso na Lei do Petróleo implicaria claro retrocesso para a Idade Média, onde não havia, segundo Marco Aurélio, “a noção de soberania que hoje se tem: o titular da soberania é o povo, de modo que este é o verdadeiro titular da coisa pública, e não o governante da ocasião”. Em vista disso, para o ministro, a aceitação do modelo de concessão, tal como expresso pela Lei 9.478/97, contradiria o que ele definiu como “a própria razão de ser” do regime de monopólio, que teria sido criado justamente para superar o regime de concessão.

De acordo com o voto, a vinculação entre soberania e monopólio decorreria da percepção do petróleo como bem estratégico. Para tanto, Marco Aurélio faz uma análise do caminho legislativo que – ao longo da história – teria elevado o petróleo à categoria de bem público estratégico. Segundo o ministro, seria esta formatação de monopólio que teria ganhado sede no âmbito Constitucional, inclusive da CRFB de 1988.

O ponto crucial de toda esta construção, na análise do ministro, encontra-se demarcado desde 1930, período a partir do qual repousaria clara no ordenamento jurídico brasileiro a distinção entre o petróleo e os demais recursos minerais. É por esta lógica que o ministro afasta, por exemplo, as arguições levantadas pela Advocacia Geral da União, de que o artigo 176 da CRFB teria disposto “genericamente” sobre os minérios, inclusive sobre o petróleo. Para Marco Aurélio, esta interpretação relegaria à *inocuidade* o art. 177.

Não ficou esquecido, na exposição de Marco Aurélio, o contexto da estruturação da indústria petrolífera operada em outros países durante as décadas de 1960 e 1970, tais como México, Venezuela e Argentina. O assunto é abordado no sentido de demonstrar como e porque estes países teriam abandonado o modelo de concessão. Paralelamente, Marco Aurélio sugere que nem mesmo durante o Regime Militar – *período em que foi adotado o contrato de risco* – o Brasil teria “flexibilizado, abandonado ou alterado o monopólio petrolífero”.

Tais constatações são abordadas para evidenciar a razão de a CRFB ter, na opinião do Ministro, fixado com mais veemência o regime de monopólio. Para Marco Aurélio, a redação original do art. 177 teria manifestado o receio de novos contratos de risco, de modo que, não expressando a CRFB nova disposição sobre este assunto, seria forçoso concluir que sua meta teria sido “*vedar a possibilidade de a União instituir outros contratos de risco*”. A motivação última desta opção política, de acordo com o ministro, seria proteger a “*autossuficiência do Brasil*”.

Segundo o Ministro, a partir desta linha histórica, o petróleo seria “*bem público especial*”, com distinção pelo próprio texto constitucional. Ele não pode ser alienado e nem a disposição do art. 176 pode ser-lhe aplicada. O petróleo, pela evolução histórica que o torna bem público, na visão de Marco Aurélio, seria tratado de maneira autônoma pela Constituição.

Esta distinção, para o ministro, teria lugar no texto constitucional desde 1967. Para Marco Aurélio, o monopólio teria surgido em oposição ao regime de concessão e em razão da finalidade especial atribuída ao petróleo. Por esta perspectiva, o petróleo se revelaria bem público com destinação específica. Sua propriedade, garantida pelo regime de monopólio, segundo o Min. Marco Aurélio, visaria exatamente a proteger o interesse coletivo e a soberania nacional.

Para o ministro, a natureza jurídica do petróleo seria de bem público especial, cuja proteção tem sentido estratégico. De acordo com o exposto pelo ministro, isso não quer dizer que ele não possa ser explorado *indiretamente*. No entanto, nesta última hipótese, sua exploração estaria submetida à “*hipótese de uso especial*”, com regramentos específicos e sem que isso pudesse implicar quebra do monopólio.

Na visão do ministro, a concessão seria um *contrato especial de exploração de bem público* e, portanto, sujeita ao regime de direito público, com o intuito de preservar o interesse público. O petróleo não

poderia ser “*considerado um bem público dominical, uma vez que, diferentemente dos que compõem tal classe, possui destinação pública específica*”.

Percebe-se do voto de Marco Aurélio que, somente após a exposição do lugar que, segundo ele, o petróleo ocuparia como recurso estratégico, é que ele passa para a análise do que seria, na sua visão, “monopólio”. A linha de argumentação seguida pelo ministro sugere ver o monopólio como motivo último da afetação pública do bem explorado.

Em sua origem, afirma o ministro, o conceito de monopólio seria de natureza econômica e significaria dizer que alguém possui o controle exclusivo do comércio de certa mercadoria. O termo, complementa o ministro, não conduziria, necessariamente, ao controle de toda a propriedade do bem, de modo que, mesmo quem detenha a atividade monopolizada, poderá dispor de parte dessa propriedade. A finalidade do monopólio jurídico, para ele, seria justamente “*garantir a atuação de acordo com o interesse coletivo, preservando o interesse público*”.

Para Marco Aurélio, esta definição não se coaduna, entretanto, com a situação prevista no *caput* do art. 26 da Lei 9.478/97, por meio da qual, em suas palavras “*pretende-se transferir totalmente a propriedade do petróleo aos concessionários*”. Para o ministro, o regime de concessão adotado pela lei não se harmonizaria com o monopólio estabelecido constitucionalmente, haja vista que “*o modelo de concessão, para existir, retira da União qualquer ingerência sobre a propriedade do bem*”, alocando-a (a União) “*na mera posição de agente regulador da atividade comercial exercida por particulares*”. Considerar o modelo adotado pela Lei 9.478/97 constitucional seria, na visão do ministro, transformar o monopólio em mera “*autorização administrativa*”.

Proceder com uma interpretação contrária a esta lógica, adverte, seria o mesmo que “*conceituar o monopólio a partir da lei*”, ou ainda, “*interpretar a Constituição Federal a partir da lei, em clara inversão de valores hermenêuticos*”. Nem seria possível, de acordo com seu entendimento, sustentar que a “*flexibilização*” operada pela EC 09/1995 permitiria outra ilação. Em momento algum, segundo o ministro, teria havido a “*quebra do monopólio*”. A própria redação do art. 177, *caput*, na visão do ministro, remeteria a tal fato, “*nortando o sentido jurídico-constitucional do parágrafo que o segue*”. Para o ministro, de acordo com esta interpretação e por força constitucional, “*o controle continua pertencendo à União*”, não podendo ser relativizado.



A partir desta perspectiva, a execução das operações petrolíferas – de acordo com a EC 09/1995 – segundo o ministro, poderia ser realizada por particulares “*mediante contrato de prestação de serviços*”, sem que isso implicasse “*quebra do monopólio*”. Para Marco Aurélio, a nova modalidade operacional diria respeito unicamente à “*execução das atividades*”. Enquanto que as atividades sujeitas ao monopólio continuariam “*sendo submetidas à titularidade, à jurisdição e ao controle do Estado*”.

Marco Aurélio ataca o que chama de “*argumentos falaciosos*”, legitimadores da opção definida na Lei 9.478/1997. Segundo exposto no voto, argumentos como “*sem contratos de concessão com a transferência de propriedade do bem, não haverá interessados*” ou, ainda, “*necessidade de investimentos externos para financiar as atividades de exploração*” estariam desprovidos de sentido.

Para o ministro, tais argumentos não coadunariam com a realidade do contexto global do mercado e se revelariam como “*argumentos maniqueístas*”. Referidos argumentos, segundo o ministro, serviriam para legitimar o que ele define como “*esvaziamento do instituto do monopólio, tornando-o ausente de qualquer significado; um mero penduricalho constitucional desprovido de substância*”. São estes argumentos que, na visão do ministro, em última análise, refletiriam e dariam causa à diminuição da soberania. Em suas palavras, seriam “*argumentos perigosos que podem levar a uma situação de dependência irreversível*”.

O voto de Marco Aurélio parece buscar a conceituação do “monopólio” a partir da pintura de um quadro que coloca em constante retroalimentação “monopólio” e “bem público”. Um dá sentido ao outro. Ao menos esta é a lógica que o ministro depreende do itinerário histórico e da evolução legal de um e de outro. Para Marco Aurélio, analisar a constitucionalidade da lei, não corresponderia a “*defender uma ou outra opção política de tipo contratual*”. Mais do que isso, trata-se de rejeitar a intenção de “*querer fazer conviver dois regimes, por natureza, incompatíveis: o monopólio e a transferência da propriedade em regime de concessão*”.

Segundo Marco Aurélio, embora o “*tipo de contratação*” configure uma “*opção política*”, “*sob a égide de uma constituição*”, tal opção não estaria “*despida de amarras*”, de modo que, na opinião do ministro, “*não se pode fechar os olhos e ignorar o que determina a norma*”. O monopólio legal que se projeta sobre a indústria petrolífera, na sua visão, deveria ser interpretado em “*perspectiva global*”, isto é,

levando-se em conta o que o petróleo (como bem público) representa, pela perspectiva constitucional, à nação. O ministro sugere uma interpretação que indague o “lugar que a Constituição” teria reservado ao petróleo quando pretendeu um “regime de monopólio” no seu texto.

São estes dois votos que mais defendem a manutenção do monopólio e se opõem ao regime de contratação adotado pela lei. Embora ligeiramente distintos na forma de interpretação, é possível verificar neles uma integração de perspectivas: o não esvaziamento do conceito de monopólio e do sentido deste no âmbito da CRFB.

Se a interpretação de Ayres Britto se pauta no “núcleo duro” jurídico-constitucional do conceito – o qual, segundo ele, daria as coordenadas para o modelo de contratação –, na interpretação de Marco Aurélio é a percepção da natureza jurídica do petróleo que parece se desvelar, em última análise, a “razão de ser do monopólio”.

O que se verá no voto de Eros R. Grau é, justamente, a desconstrução destas duas perspectivas. Isso se dá de modo muito claro na medida em que o tal ministro vai se pautar pelo que denomina “*superação de equívocos*” e pela utilização de “*argumentos de emergência*”.

### 3.2.3.2. “interpretando a Constituição a partir da lei”

Eros R. Grau inicia seu voto advertindo que o tratamento da matéria – interpretação da Lei 9.478/97 – reclamaria “*a consideração de conceitos indispensáveis para sua compreensão*” e a “*prévia superação de alguns equívocos*”. A partir desta constatação, como metodologia de análise, Eros Grau sugere o enfrentamento do que classifica como três equívocos e, na sequência, o que seria, em sua opinião, a aplicação da Constituição. Os três equívocos por ele indicado dão-se: a) na *classificação jurídica do petróleo*; b) na *definição do âmbito da opção (política) de contratualização*, e, por fim, c) no *conceito de monopólio*.

Os dois primeiros “*equívocos*” são resolvidos de modo objetivo e não suscitam, por parte do ministro, maiores discussões. Segundo Eros Grau, o petróleo seria bem público especial (não dominical). De acordo com o ministro, a concepção do petróleo como bem de uso especial conduziria à conclusão alegadamente lógica, “*porém literalmente incompreensível, de que o petróleo é inalienável*”. Eros Grau defende que o petróleo seria alienável e, por isso, bem dominical. De outro lado, o ministro sugere que o modelo de contratação e a contraprestação que lhe é devida cuidariam de uma “*opção política*”, cuja escolha não pertenceria ao Poder Judiciário.

Frente a estas reflexões – ou à *superação destes equívocos* – bastaria, então, de acordo com Eros Grau, para a verificação da constitucionalidade da lei, “*apartar o conceito de monopólio do conceito de propriedade*”. Neste sentido, a superação do terceiro equívoco (o conceito de monopólio e sua abrangência), segundo o ministro, exigiria o exame crítico da seguinte suposição: “*a transferência de propriedade não coaduna com o regime de monopólio estabelecido constitucionalmente porque retira da União qualquer ingerência sobre a propriedade do bem, que passa a regular a atividade comercial exercida pelos particulares*”.

O núcleo da discussão, para Eros Grau, está situado, portanto, no “terceiro equívoco”. Para o ministro, tal afirmação não pode ser reputada como verdadeira, na medida em que o contratado, embora detenha a propriedade do produto, não se torna, pela concessão, o titular da sua livre disponibilidade. Isso seria definido a partir da correta leitura do conceito de monopólio.

A chave para compreender a construção jurídica presente no voto de Eros Grau parece residir em dois pontos: i) *o limite da flexibilização do monopólio*, que ele denomina “relativização”; e ii) a distinção entre “*monopólio*” e “*atividade*”. Sobre esta última afirmação, é, desde já, relevante observar que Eros Grau invoca quase exclusivamente o entendimento de Fábio Konder Comparato. É com base nestes pontos que Eros Grau tenta desconstruir o entendimento dos Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio. Por detrás de tudo isso, como será visto adiante, há, ainda, o argumento de risco econômico para a Petrobrás.

O “*monopólio legal*”, segundo Eros Grau, seria derivado de uma opção política, por meio da qual o sistema jurídico teria atribuído a determinado agente a faculdade do exercício, com exclusividade, de certa “*atividade econômica em sentido estrito*”. Tal como exposto na sua produção bibliográfica, Eros Grau divide os monopólios legais entre os que “*que visam impelir o agente econômico ao investimento*” e “*os que instrumentalizam a atuação do Estado na Economia*”. Segundo Grau, o monopólio da indústria petrolífera estaria situado nesta última espécie<sup>158</sup>.

Eros Grau sugere que, historicamente, as referências feitas aos monopólios legais sempre estiveram vinculadas ao desenvolvimento exclusivo de *atividade* e, geralmente, de *atividade de comercialização*.

---

<sup>158</sup> Ver nota 124

Aqui, Eros Grau invoca o que seriam os ensinamentos de Fábio Konder Comparato (1996), para quem, segundo o ministro, *“o monopólio, portanto, diz respeito a uma atividade empresarial, nada tendo a ver com o domínio da propriedade”*.

O conceito de monopólio, a partir desta perspectiva, não se prestaria a explicitar a característica da propriedade. Para Eros Grau, esta conclusão pode ser extraída do próprio texto constitucional que, em seu artigo 177, enumeraria as *“atividades que constituem monopólio da União”*, vindo outro dispositivo – artigo 20 – a classificar *“os bens que são de sua exclusiva propriedade”*. Em seguida, mais uma vez Eros Grau invoca Fábio Konder Comparato (1996) para afirmar que *“o conceito de atividade econômica, enquanto atividade empresarial, prescinde da propriedade dos bens de produção”*.

Referida construção argumentativa é por Eros Grau ilustrada pelo exemplo da Empresa, segundo o qual *“a empresa (atividade) não pode ser confundida com o complexo de bens que possibilita seu desenvolvimento (estabelecimento)”*. Do mesmo modo, diz Eros Grau, *“a propriedade do resultado da atividade também não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinada atividade econômica”*.

Segundo o ministro, o *monopólio seria de atividade, não de propriedade*. Em apoio à sua linha de argumentação, Eros Grau novamente aponta o trabalho de Fábio Konder Comparato, destacando: *“o titular do monopólio público não está obrigado a explorá-lo diretamente, podendo essa exploração ser exercida por outrem, pessoa jurídica de direito público ou privado”*.

Partindo disso, Eros Grau perfilha o entendimento de que a Emenda Constitucional 09/1995 realmente teria tornado *“relativo”* o monopólio do petróleo, mantendo-o, entretanto, *“íntegro”*, no sentido de não o teria extirpado da Constituição. Para o ministro, a EC 09/95 teria apenas tornado o monopólio relativo *“ao contemplado no texto anterior”*.

Para Grau, a dicção anterior da Constituição teria concebido um regime de monopólio mais amplo, que se projetava sobre o produto da exploração petrolífera, indo para além da *“atividade monopolizada”*, atingindo também, na visão do ministro, a atividade. A mudança operada pela EC 09/1995, teria, no entanto, alterado justamente esta última parte.

Segundo Eros Grau, a emenda teria contido os efeitos do monopólio no plano da *“atividade”*, deixando de abrangê-la a partir de então. Segundo o Ministro, a relativização do monopólio, tal como

arquitetada pela EC 09/95, teria deixado de atingir – *projetar-se* – sobre a propriedade. Esta redução de amplitude, para Eros Grau, imposta pela emenda constitucional, autorizaria a União transferir a propriedade do bem explorado.

Outro momento importante no voto de Eros Grau é quando ele trata da ligação entre os artigos 176 e 177 da CRFB. Segundo o ministro, a previsão do art. 176 diria respeito ao “*regime geral da propriedade do produto das explorações*”, conquanto que o disposto no artigo 177 trataria do “*regime jurídico especial*” em relação à regra geral inserta no art. 176.

De acordo com o ministro, seria “*erro nefando o de confundir os recursos minerais – inclusive do subsolo, que são bens da União – isto é, as jazidas, com o que se extrai delas*”. No caso do petróleo, segundo Eros Grau, não se aplicaria o disposto no art. 176, haja vista que a propriedade de que se cuida não seria “*plena, mas relativa, visto que sua comercialização é administrada pela União, através de uma autarquia sua, a ANP*”.

De modo correlato, Eros Grau apoia-se, ainda, em um argumento de emergência: “*a situação econômica da Petrobrás*”. Para o ministro, as consequências de eventual declaração de inconstitucionalidade da Lei seriam desastrosas para a economia nacional. Na sua visão, impedida de licitar a contratação da realização das atividades previstas no art. 177, I a IV, da CRFB, a União não poderia valer-se, diretamente, da Petrobrás para tanto. Se acolhido o argumento de inconstitucionalidade, segundo o ministro, isso conduziria à destruição da Petrobrás.

Ainda no início do seu voto, Eros Grau afirma que ele “*cuida de aplicar a Constituição*”. “Ser e dever-ser”, para o Ministro, não se confundiriam, de modo que a interpretação da Constituição não poderia ser procedida à margem da realidade. Segundo Grau, a práxis social seria o “*elemento da norma*”. Para o ministro, a lei e a emenda não se confundiriam para fins de controle de constitucionalidade. Em sua opinião, o que relativizou a soberania teria sido a emenda e não a Lei do Petróleo. Segundo Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, na ocasião, estaria adstrito a averiguar apenas a (in)constitucionalidade da lei. Isso de acordo com o texto constitucional, o qual já compreendia, também, as alterações operadas por emenda.

Esta perspectiva indica o que parece ser a técnica jurídica adotada pelo ministro para julgar constitucional a expressão impressa no art. 26, *caput*, da Lei 9.478/97. Segundo Eros Grau, o disposto na lei se coadunaria com o texto constitucional, na medida em que a EC 09/95 já

teria relativizado o disposto no art. 177. Para o ministro, essa ilação somente é permitida, no entanto, se tomada a partir do conceito de monopólio que ele ilustra.

Como observado reiteradamente em seu voto, o “*monopólio não é de propriedade, mas de atividade*”. Com efeito, o monopólio independia da propriedade do bem explorado. Reside neste ponto, sobretudo, a distinção entre a posição adotada pelo Ministro Eros Grau e a posição adotada pelos ministros em votos divergentes.

É preciso fazer aqui um breve exame dos debates que seguiram após o voto do ministro Eros Grau. A discussão que prossegue parece ser intensa e explícita com mais clareza a tensão entre os posicionamentos técnico-jurídicos adotados. O embate se dá, especialmente, entre os Ministros Eros Grau e Carlos Ayres Britto, tendo como objeto central a distinção entre “*monopólio de atividade*” e “*monopólio de propriedade*”. O Ministro Ayres Britto volta a sustentar que, na sua leitura, o “*monopólio*” teria um sentido pró-indiviso, de modo que todo o complexo do setor petrolífero estaria monopolizado, dentro do regime adotado na CRFB de 1988.

Segundo Ayres Britto, o próprio texto constitucional daria esta orientação: “*as jazidas, em lavra ou não [...] constituem propriedade [...]*”. Neste sentido, as jazidas constituiriam uma “*propriedade distinta do solo*”. Para Ayres Britto, o monopólio não poderia ser interpretado em “*fatias*”, haja vista que compreenderia “*todo o setor petrolífero*”. Em aporte a sua reflexão, o Ministro Ayres Britto faz menção as manifestações de Fábio Konder Comparato (2004; 2005) que, em artigo publicado na “Folha de São Paulo”, teria, afirmara que “*o petróleo não é propriedade do Estado, mas da nação*” e, por isso, não compreenderia alienação.

Para Ayres Britto, a questão posta, em verdade, colocava em evidência a velha distinção entre “*Nação e Estado*”. A respeito do artigo de Fábio Konder Comparato (2004), citado por Ayres Britto, Eros Grau afirma que, em seu voto, teria se reportado à doutrina do autor<sup>159</sup>, e “*não a um artigo de jornal*”.

---

<sup>159</sup> A doutrina a que Eros Grau se refere, trata-se, como já observado neste trabalho, de parecer publicado em 1996 por Fábio Konder Comparato. Já o “artigo de jornal”, apontado pelos ministros, foi publicado na “Folha de São Paulo” em setembro de 2004 sobre o título “Quem dá mais?”, em setembro de 2004.

Ao final, tem-se um quadro em que o ministro Ayres Britto é, durante o debate e nos votos seguintes, acusado pela maioria do Plenário que de defender “*institutos do direito natural*”, por meio de um “*jus naturalismo exacerbado*”. Segundo o ministro Nelson Jobim, Ayres Britto seria um “*jusnaturalista nacional*”. Em oposição, Eros Grau que a discussão levantada por Ayres Britto cuidaria de “*discussão teórica que não vai conduzir a nada*”, porque uma coisa seria jazida e outra a propriedade da jazida.

O entendimento de Fábio Konder Comparato, oriundo de parecer publicado em 1996, foi o que, em última análise, serviu de subsídio para a construção argumentativa elaborada por Eros Grau, especialmente no que diz respeito à sua afirmação de que o monopólio em questão, visto isoladamente, seria de “*atividade*” e não de propriedade.

No artigo da “Folha de São Paulo”, datado de 2004, referido por Ayres Britto, Comparato (2004) classifica a Lei do Petróleo de um “*aleijão legal*”, que o Supremo Tribunal Federal deveria analisar com rigor. No artigo, Comparato (2004) expressamente alveja o parecer elaborado pela Procuradoria-Geral da República, atacando notadamente o argumento de que a lei seria constitucional por só limitar os efeitos do monopólio estatal da atividade petrolífera. Observe-se que é justamente este argumento que – com mais técnica – é sustentado pelo Ministro Eros Grau.

Comparato (2004) trabalha três frentes de argumentação. A primeira delas é de que o STF teria que se ater à Constituição e não aos que parlamentares teriam ou não pensado no momento em que votaram a emenda e, principalmente, a lei. Em segundo lugar, Comparato (2004) frisa não se tratar, no caso, “*de atividade de serviço*”, mas sim de “*indústria extrativa*”, de modo que excluir do regime de monopólio o produto final seria o mesmo que esvaziá-lo totalmente de sentido. Por fim, em terceiro lugar, Comparato (2004) sustenta que o “*monopólio*” não se confundiria com “*autorização administrativa*” para exercício de atividade econômica.

Segundo Comparato (2004), a partir destas constatações seria possível verificar a razão pela qual a Constituição teria feito a previsão “*a União poderá contratar*”. Para Comparato (2004), nesta hipótese, as empresas contratadas deveriam agir em nome e por conta da União, sendo pagas pelo serviço prestado, mais nada. Em sua opinião, introduzir o contrato de risco num regime de monopólio representaria uma contradição insolúvel. Segundo o autor (2004), sustentar que a União tem o monopólio de determinada indústria extrativa e, o mesmo

tempo, que a empresa contratada pela União para o exercício dessa atividade adquira a propriedade do produto extraído constituiria, nas suas palavras, “*a mais chapada contradição*”.

Fábio K. Comparato (2004) sugere, ainda, que a Constituição não seria uma reunião desordenada de normas, mas um todo orgânico que obedeceria a um “espírito”. Referido “espírito” decorre dos seus princípios fundamentais, dentre os quais o da “soberania nacional”, enunciado no art. 1.º e repetido no art. 178, no título consagrado à ordem econômica e financeira.

O petróleo ocuparia, na visão de Comparato (2004), posição estratégica no mercado global. Para o autor, é a partir desta perspectiva que o monopólio deveria ser interpretado. Segundo Comparato, soberania é poder, e poder não se abandona nem vende. O petróleo, ao seu modo de ver, não pertenceria à União, mas à nação brasileira. Seria um escárnio que as autoridades brasileiras, a quem competiria primariamente a defesa da soberania, por razões rasteiramente financeiras, segundo o autor, tivessem a “licença” de leiloar o patrimônio da nação.

Após o julgamento das ADIs, em abril de 2005, Fábio Konder Comparato volta a publicar artigo na Folha de São Paulo. Desta vez, no entanto, o objeto da sua análise são as referências feitas a ele pelo Ministro Eros Grau, notadamente as presentes no debate travado no Plenário do STF entre os Ministros Ayres Britto e Eros Grau.

De início, Comparato (2005) lembra que seu estudo, de 1996 – exaustivamente apontado por Eros Grau no julgamento das ADIs – trata-se de parecer jurídico sobre “*o monopólio de uma atividade de serviço (transporte de gás natural)*”. Comparato (2005), explicando o estudo publicado em 1996, afirma que o “*monopólio diz respeito ao exercício de uma atividade empresarial, não à propriedade de bens*”. O que espanta, afirma Comparato (2005), é o fato de um “*distinto professor de direito econômico, na mais alta judicatura do país*”, confundir, em matéria de monopólio, “*monopólio de serviço*” com “*monopólio de indústria extrativa*”.

Segundo Comparato (2005), quando a Constituição atribui à União o monopólio da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, ela estaria implicitamente afirmando que as jazidas pertencem à nação brasileira, sendo a União mera gestora dessa riqueza nacional. Para Comparato (2005), além disso, a Constituição não confundiria monopólio com propriedade. No artigo 176 se declara que as jazidas de recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica pertencem à União, mas a esta (União), pelo art. 177, não teria sido conferido o



monopólio da exploração com relação ao petróleo e os outros hidrocarbonetos fluidos.

Os votos dos demais ministros não se distanciaram das posições defendidas por Eros R. Grau. Segundo o Ministro Carlos Velloso, parece evidente que a Emenda Constitucional 09/1995 teria flexibilizado o regime de exploração do petróleo, autorizando, em sua opinião, o legislador a fixar por lei as condições sobre as quais os contratos serão realizados.

Na mesma linha, após longa exposição acerca dos modelos contratuais petrolíferos possíveis, o Ministro Joaquim Barbosa sugere que o modelo contratual consagrado na Lei 9.478/1997 traduziria uma opção política do legislador, feita no momento de concretizar a “*flexibilização do monopólio do petróleo levada a efeito pela EC 09/1995*”.

Segundo o Ministro Cezar Peluso, as disposições expressas nos enunciados do art. 20, incisos V e IX, não teriam caráter absoluto. Isso se verificaria, segundo o Ministro, especialmente em razão do art. 176, o qual teria anunciado, também, o monopólio, ter aberto, em sua opinião, uma “*exceção expressa, garantindo à concessionária a propriedade do produto da lavra, de acordo com a EC n.º 6*”.

O ministro segue a linha traçada pelos seus pares. Em análise autodefinida como “*estritamente constitucional*”, “*diante da mudança da redação do § 1.º, do art. 177*”, operada pela EC 09/1995, ele entende que “*não haveria base para base para a inconstitucionalidade pretendida nos termos que se pôs na petição inicial*”. De outro lado, Peluso afirma ser “*duvidoso o receio de risco ao patrimônio nacional*” por conta da “*constitucionalidade de uma lei que vem sendo sustentada por dois governos que [...] possuem perfis ideológicos quase antípodas*”.

Seguindo a mesma linha, Gilmar Mendes restringe-se a destacar que a discussão posta reforçaria o “*caráter do monopólio enquanto garantia institucional*”, não colocando em xeque, em nenhum momento, a “*execução adequada desse modelo institucional*”. Para o ministro, sobre o petróleo, trata-se de propriedade “*aquilo que a lei vier a dizer que é*”. Gilmar Mendes defende que, no caso em análise, haveria “*um núcleo essencial*” no texto da Lei, que definiria a propriedade.

O Ministro Gilmar Mendes também traz a lume a discurso de “*segurança jurídica*”, em vista do que ele denomina de “*processo já iniciado e avançado*” pelas empresas exploratórias, as quais já teriam cumprido “*toda sua parte, inclusive de pesquisa exitosa*”. Por fim, sua

linha de argumentação volta para o ponto central que sustentou a posição dos demais ministros: “*a clara mudança do texto constitucional*” permitiria o modelo de contratação adotado (institucional), não havendo, segundo Gilmar Mendes, inconstitucionalidade.

A Ministra Ellen Gracie sugere que a “*flexibilização do monopólio do petróleo*” não teria implicado na “*erradicação do mesmo monopólio*”. Para a Ministra, ao contrário, a alteração do art. 177 e parágrafos, levada a cabo pela EC 09/95, teria estabelecido de modo claro “*marcos de atendimento compulsório por quantos venham a contratar a atividade*”. Segundo Ellen Gracie, tais “*marcos*” ainda bem demonstrariam “*as demarcações rígidas, próprias do controle monopolístico*”.

Para o Ministro Sepúlveda Pertence, querer defender a inconstitucionalidade da lei seria o mesmo que fazer uma “*interpretação retrospectiva*” da Constituição, “*com uma grande dose de ‘wishfull thinking’*”. De acordo com o ministro, isso corresponderia o mesmo que “*insistir em ler na Constituição o que nela já não está*” ou “*ler a Constituição e a Lei de acordo com o que desejaríamos que continuasse a ser*”.

Sepúlveda Pertence sugere que o voto do Ministro Eros Grau teria feito uma “*límpida síntese dogmática*” do assunto. No mais, afirma que o monopólio estatal teria constituído para sua geração “*a afirmação simbólica da caminhada para a emancipação do país*”, de modo que, ao seu modo de ver, seria “*impossível fingir*” que nada teria mudado com a emenda constitucional. No entanto, mesmo assim, ele diz não poder “*divisar as inconstitucionalidades suscitadas*”.

Do voto de Nelson Jobim vale extrair a afirmação de que ele teria sido o “*autor das emendas, na qualidade de Ministro da Justiça do Governo Fernando Henrique Cardoso*”. Nelson Jobim sustenta que não é obrigatoriamente a lei que garante propriedade do produto da lavra. Segundo o ministro, seriam os próprios modelos de contratação permitidos que o fariam. Daí que, para Nelson Jobim, a Emenda Constitucional teria “*eliminado a proibição*” de contratação pelo *modelo de concessão*, colocando a concessão como uma das várias alternativas de modelos contratuais posteriormente reguladas pela lei. Frente a esta construção, Nelson Jobim segue a linha do voto proferido por Eros Grau.

### 3.2.3.3. A análise da decisão.

O destino do Petróleo, na opinião de Merlin Clève e Ferreira Martins (2004), independeria do juízo de conveniência de órgãos da Administração Pública, haja vista que estaria submetido ao regime jurídico-constitucional especial do “*monopólio da União*”. Para eles, é a União que, através de órgão especial, deve decidir sobre o petróleo, levando em conta os critérios previamente estabelecidos na Constituição Federal, dentre os quais a soberania, o desenvolvimento nacional e a proteção do mercado interno e da população.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, ao considerar constitucional a previsão expressa no art. 26, *caput*, da Lei 9.478/97, inverteu esta lógica. A Emenda Constitucional 09/1995 não “*quebrou o monopólio*” da União e, por conseguinte, não o poderia fazer a lei infraconstitucional. Entretanto, desde a confecção da emenda constitucional e a promulgação da Lei 9.478/97, é perceptível o discurso substitutivo de “*quebra de monopólio*”, mesmo quando estava a se tratar de “*flexibilização*”. Do contexto se extrai uma série de indícios que comprovam o verdadeiro interesse inserto nas mudanças operadas. No âmbito do STF, ao que parece, o discurso presente no campo político se faz presente por meio da técnica jurídica.

A (in)constitucionalidade da lei depende, como vimos, da extensão do regime de monopólio que se projeta sobre o setor petrolífero. Para esta análise, não poderiam estar excluídas, portanto, as alterações operadas pela Emenda Constitucional 09/95.

O debate travado no Plenário do STF colocou em foco justamente esta extensão, cujo limite pressupõe a conceituação do “monopólio” e a “natureza jurídica do bem público explorado”. São estes dois núcleos que delimitaram o entendimento da “*flexibilização do monopólio*”, sugerida pelo Procurador-Geral da República em seu parecer. É preciso, ainda, ter presente, ainda, como lembrou o Joaquim Barbosa, que a chamada “*flexibilização*” se dá, essencialmente, por meio da figura jurídica da “*concessão*”.

Enquanto os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio colocaram em destaque a razão de ser tanto do “monopólio” quanto do “petróleo”, numa perspectiva histórico-constitucional; os demais votos, consubstanciados na linha de raciocínio exposta por Eros Grau, posicionaram-se por uma interpretação isolada do *monopólio* a partir da distinção entre o campo jurídico e o político.

A linha de raciocínio seguida por esta corrente cuidou de acentuar que o modelo de contratação seria mais uma opção dentre outras, a ser feita pelo legislador ordinário em acordo com a permissão disposta do art. 177 da Constituição. Aparentemente, isso se daria por uma compreensão a partir da qual a *flexibilização* operada pela Emenda Constitucional 09/95 teria restringido o monopólio no setor petrolífero.

A leitura dos votos favoráveis à constitucionalidade revela que o conceito de monopólio foi reelaborado por uma interpretação calcada no que a lei dispunha e não, portanto, naquilo que historicamente havia sido uma opção constitucional. Constata-se isso, inclusive, na ilação de Eros Grau, quando ele afirma que a norma, no caso, deveria ser interpretada com vistas à *realidade*, quando o contexto indicava que o legislador teria optado – na Emenda Constitucional 09/95 – pela alteração do monopólio, “*relativizando-o*”. Isso, segundo Eros Grau, restringia a análise do STF<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> O controle de constitucionalidade ainda é assunto espinhoso no cenário jurídico-doutrinário brasileiro. O tema – *relativamente pouco estudado* – revela-se como ponto chave da manutenção e materialização do projeto constitucional. Em regra, o Brasil adota dois modelos de controle, o *abstrato* e o *concentrado*. Enquanto este é típico de alguns países europeus, aquele – *ainda que recheado de particularidades* – revela-se como representação do modelo americano (BENVINDO, 2014). Em que pese isso, observa Juliano Zaiden Benvindo (2014), as décadas seguintes à Constituição de 1988 foram marcadas por um processo de esvaziamento do controle difuso e de ampliação do controle concentrado. No sistema brasileiro, o controle de constitucionalidade é pensado a partir da função de contribuir para a consolidação do movimento democrático expresso na CRFB de 1988. É instrumento por meio do qual se protege a constituição. De acordo com o ordenamento jurídico nacional, este papel (de guarda) compete precipuamente ao Supremo Tribunal Federal (art. 102). Cumpre a ele proteger a constituição dos demais poderes.

O controle concentrado de constitucionalidade, tal qual como operado no Brasil, tem, em verdade, influência direta da solução austríaca (*österreichischen lösung*) elaborada por Hans Kelsen. A ideia sugere que a constituição precisa ser protegida do Poder Legislativo (BERCOVICI, 2003; KELSEN, 2003). Daí que a guarda da Constituição reclamaria uma instituição neutra, protetora e garantidora do sistema constitucional e do seu funcionamento. De acordo com Kelsen (2003), a jurisdição constitucional seria um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais.

O problema está, no entanto, como sugere Gilberto Bercovici (2003), quando o Tribunal Constitucional (ou quem quer que ocupe o papel de instituição

---

guardiã) não se limita mais a defender ou a interpretar a constituição como instância máxima; mas, ao contrário disso, passa a se assenhorar dela para a legitimação de fins estranhos ao seu texto. Isso ocorre, sobretudo, por meio do uso de técnicas interpretativas. Em casos como tais, não raras vezes, a constituição é posta em suspensão e quem decide, decide à sua revelia. Nestas hipóteses, volta-se a velha pergunta: “*Quem deve ser o guardião da Constituição?*”.

A proteção da Constituição e a operacionalização do controle de constitucionalidade ficam mais complexas quando se traz para o debate o forte protagonismo assumido pela Corte Constitucional brasileira nas últimas décadas (BENVINDO, 2014). Face à consolidação histórica do sistema de controle de constitucionalidade e às alterações socioeconômicas sentidas no Brasil – *principalmente após a CRFB de 1988* – é possível indicar o aumento do protagonismo do STF em decisões cuja pauta é política, econômica ou social.

Este movimento (de protagonismo), por sua vez, traz consigo diversas metodologias de cunho hermenêutico que são utilizadas para a relativização de direitos e para soluções de casos mais complexos. Dentre outros, podem ser citados como exemplos de metodologia a mais do que aclamada utilização do “*princípio da proporcionalidade*”, bem como a *utilização de técnicas interpretativas que assumem como premissa que os direitos seriam princípios de otimização ou máximas que ordenam direitos consoante o que é possível fática e juridicamente* (BENVINDO, 2014, pp. 7-8).

Nem sempre, entretanto, o discurso jurídico de tais técnicas interpretativas é construído de modo adequado (SILVA, 2002, pp. 23-50; BERGMANN ÁVILA, 1999, pp. 154-150 e 168-175). Sob um discurso róseo, a partir de técnicas hermenêuticas inovadoras, invoca-se a defesa da democracia e da cidadania quando, em verdade, o que se instrumentaliza é o justo desvio daquilo que a Constituição explicitou em seu texto para a afirmação daquelas categorias fundamentais. Neste caso, a “*guarda da constituição*” se abre para comandos axiológicos estranhos ao próprio projeto constitucional. Para Benvenido (2014, p. 8), na medida em que a Corte Constitucional se torna a única legitimada a fornecer a palavra final sobre a constitucionalidade de determinada norma jurídica – *ainda mais podendo fazer uso das referidas técnicas interpretativas e flexibilizadoras* – amplia-se o seu papel estratégico no arranjo institucional a respeito dos caminhos da democracia. Kelsen (2003) observa que a busca político-jurídico por garantias constitucionais, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhes são diretamente subordinados – como o parlamento ou o governo –, corresponde ao princípio específico do Estado de direito. Em outras palavras, ao princípio da máxima legalidade da função estatal.

Com efeito, o abandono ou a desvirtuação da técnica de controle de constitucionalidade pode implicar a própria relativização daquilo que a

---

soberania constitucional alçou como fundamental. Referido abandono corre o risco de representar, em outros termos, o estabelecer daquilo que se pressupôs inconstitucional – *mesmo sendo inconstitucional* – acima do poder normativo da constituição; ou, ainda, acima do Estado de direito (*em detrimento do princípio da máxima legalidade da função estatal*). Se isso ocorrer, o controle de constitucionalidade é sufocado por uma natureza ideológica e aquilo que é exceção se torna a regra.

Vale lembrar que qualquer modelo rigoroso de regras constitucionais é inoportuno para regimes jurídicos de exceção (NEVES, 2014, p.174). Neste aspecto, é dever acentuar que o sistema de controle de constitucionalidade pretende, exatamente, afastar o autoritarismo que pode vir de um ou outro poder. Os poderes não podem desejar impedir a eficaz garantia da constituição. Não por outra razão, talvez, a solução austríaca tenha se originado de um contexto político de autoritarismo.

O caso analisado neste trabalho (*a declaração de inconstitucionalidade da Lei do Petróleo*) requer atenção quanto a este ponto. Como se depreende da análise acima, a maioria dos ministros que participou do julgamento acompanhou o voto do então Ministro Eros Roberto Grau. Nas suas razões de voto, Eros Grau fez questão de observar que a questão em análise somente poderia ser superada por aquilo que ele denominou de “*aplicar a constituição*”. Em verdade, Eros Grau faz referência à tese que difunde em suas publicações. Nestas, o autor defende que a concreção da norma pelos juízes (*intérpretes autênticos*) é feita pela junção “*interpretação – realidade*”. Para Eros Grau, a *práxis social*, que representa a realidade, seria elemento necessário da norma. Em análise às razões expostas no voto, percebe-se, no entanto, que é justamente pelo flanco da “*realidade*” que o argumento emergencial sobre “*a situação econômica da Petrobrás*” ganha destaque na fundamentação da conclusão do então ministro. Argumento este que, diga-se de passagem, já estava presente no campo político legislativo.

Quer-se chamar a atenção aqui para o seguinte: ainda que pautado no que definiu de “*aplicar a constituição*”, o que se percebe é um voto altamente influenciado por questões de ordem axiológica, por meio das quais a suposta situação econômica desfavorável de uma estatal é alegada como pilar da decisão (*contrária à constituição*). Trata-se, portanto, de um voto mais inclinado à alegada “*realidade*” do que efetivamente ao texto constitucional em si mesmo e/ou à sua leitura sistêmica (como o próprio Eros Grau sugere em outros textos de sua autoria). Para confirmação, basta a simples verificação de que a decisão elaborada por Eros Grau pouco ou nada aponta para o texto constitucional.

Neste quadro, pode-se dizer, a Corte faz tabula rasa da lei e inverte a funcionalidade do sistema de controle de constitucionalidade na exata medida em que deixa de observar a constituição, assenhoreando-se dela para adequá-la a certa realidade e não o contrário (no caso, a constituição é lida a partir da lei,

O controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, neste caso, colocou em tensão e parece sugerir aquilo que Gustavo K. Loureiro (2011) observou acerca do conceito de monopólio: há indícios claros no sentido de que há algo errado com a leitura constitucional padrão que se faz do tema na atualidade. Constatação que também é levantada por Fábio Konder Comparato em sua análise acerca do voto do Ministro Eros Grau.

No caso do *monopólio* da indústria petrolífera, a ideia central amparada pelo texto original da CRFB indica uma forma de execução de atividade econômica que foi tornada competência pública do Estado. Frente a isso, conforme Gustavo K. Loureiro (2011, p. 51), parece não existir dúvida de que, diante de uma decisão constitucional, no sentido de tornar competência pública certa atividade econômica, segue-se que alguns elementos publicísticos devem necessariamente ser incorporados ao regime jurídico de execução da atividade.

De outro lado, caberia, ainda, invocar a concepção de Gilberto Bercovici (2011) a respeito da ideia de “*monopólio de direção*”. O regime de monopólio que se projeta sobre o setor petrolífero é de direção. Segundo Fábio Konder Comparato, o monopólio abrange toda a indústria, e não a mera atividade de exploração. Há um sentido para isso. Compreender o regime de monopólio petrolífero a partir de uma interpretação isolada significa separá-lo das diretrizes constitucionais que lhe são afetas e que lhe dão sentido: a soberania, o desenvolvimento nacional e a proteção do mercado interno e da população (todos previstos constitucionalmente).

Derivado de um fato econômico que culmina com a reserva de atividade, o monopólio seria, em última análise, modalidade de

---

como se do “*ser*” pudesse vir o “*dever ser*”). Ao endereçar uma determinada realidade, a decisão parece se liberar de toda a obrigação formativa (e normativa) constitucional, superando – e muito – qualquer limite de jurisdição. A decisão analisada é moldada para a manutenção de uma determinada estrutura, na qual se excetua a “*regra*” da constituição e transforma-se a *exceção à constituição* em regra. Isto é, cuida-se de uma ruptura casuística das regras constitucionais ao sabor de conveniências políticas “*reais*”. Embora esteja diante de um modelo *kelseniano*, o STF parece adotar, aqui, muito mais, uma prática *schmittiana* contra aquele modelo.

intervenção do Estado na economia a ser compreendida na categoria de “competência pública”, pois revela uma “*função*” do Estado. Este raciocínio não é seguido pelo Supremo Tribunal Federal. No âmbito do STF, a ideia de um caráter privado de atividade econômica é situada pelo STF nessa discussão em detrimento da ideia de monopólio de direção, consubstanciada numa função pública.

Em última análise, a perspectiva fundamenta-se naquilo que é *institucional* e, por conseguinte, estaria situado no campo da opção política, para além dos limites jurídicos. Na perspectiva selada pelo STF, o modelo de concessão é permitido porque seria derivado de uma escolha – política institucional –, amparada em lei. Esta lei, por sua vez, refletiria uma opção constitucional soberana.



## 4. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO MODELO À FUGA PARA A REGULAÇÃO

### 4.1. O itinerário do conceito de concessão: entre continuidades e rupturas.

Segundo Koselleck (2006b, pp. 13-14), quem quiser compreender o cotidiano do tempo histórico deve contemplar as rugas no rosto de um homem ou, então, as cicatrizes nas quais se delineiam as marcas de um destino já vivido; ou, ainda, deve evocar na memória a presença, lado a lado, de um prédio em ruínas e construções recentes, vislumbrando, assim, a notável transformação de estilo que empresta a profunda dimensão temporal a uma simples fileira de casas. Lugar no qual seria possível contemplar uma justaposição de diferentes espaços de experiência.

O Direito é também lugar no qual se contempla a justaposição de diferentes espaços de experiência. Ele não deixa de ser, igualmente, um cenário que dispõe, lado a lado, ruínas e recentes construções, expondo o ciclo das contínuas transformações que compõem a sua essência. Quadro este em que, não raras vezes, é possível verificar o novo revestido de velho ou o velho com novas roupagens.

É, assim, que o tempo histórico do Direito – *e dos conceitos que o constituem, portanto* – parece estar, ora associado à ação social da política e ora a homens concretos que agem e sofrem as consequências de suas ações, às suas instituições e, também, às suas organizações. Todos eles – homens e instituições – têm, pois, formas próprias de ação e consecução que lhes são imanentes e que possuem ritmo temporal próprio.

O Direito Público brasileiro é um paredão de construções que abarca paralelamente ruínas e recentes edificações conceituais, onde os conceitos de concessão e de contrato administrativo estão, talvez, entre os mais afetados. A propósito disso, pode-se afirmar que a simples fileira das reproduções dogmáticas que constituem o Direito Público, quando analisada a fundo, revela a profunda dimensão temporal que existe no interior de suas construções conceituais. Sobretudo porque não se pode dizer que alguma coisa “é”, sem dizer “o que ela é” (KOSELLECK, 2006, p. 306).

O objetivo de uma análise histórica conceitual parece ser, justamente, mapear o itinerário de um conceito, identificando suas possíveis mudanças, alterações e transmutações. Acima de tudo busca-

se, quando possível, compreender a razão de ser de tais alterações e, com muita sorte, apontar o objetivo último que as condiciona. Segundo Koselleck (2006c, p. 101), a história dos conceitos pode ser reconstruída por meio do estudo da recepção ou, mais radicalmente, da tradução dos conceitos que, usados pela primeira vez no passado, são postos em uso pelas gerações futuras. Para o pensador alemão, é justamente o registro de como os usos do conceito são subsequentemente mantidos, alterados ou transformados que pode ser chamado, apropriadamente, de “*história dos conceitos*” (2006c, p. 101).

O esforço deste trabalho foi de tentar ponderar o espaço de experiência e a expectativa que circundam o conceito de concessão, situando-se, no pano de fundo, a construção jurídico-doutrinária da “*concessão de exploração petrolífera*”. Buscou-se correlacionar os possíveis desvios conceituais que albergam tal construção. Dito de outro modo, a pesquisa procurou extrair registros que fossem capazes de demonstrar a manutenção, alteração ou transformação do conceito de concessão, indicando de que maneira o conceito de “*concessão de exploração petrolífera*” teria sido, pela doutrina jurídica, situado no âmbito de uma concepção genérica de concessão à hora de se definir sua natureza jurídica.

A hipótese central é que a construção da narrativa sobre o conceito de concessão, pela teoria do direito administrativo, teria seguido um itinerário não linear, ora de formação conceitual e ora de redefinição desta formatação. No que seria o âmbito de redefinição, o uso subsequente de um conceito teorizado pelas gerações passadas teria sido, pelas gerações seguintes, redirecionado para um cenário de esvaziamento semântico por meio de métodos supostamente “descritivos” e que tencionariam, sobremaneira, a reprivatização do conceito.

Nessa fase, a teoria do Direito Administrativo teria, em outras palavras, atentado, sobretudo, para uma descrição legitimadora das práticas e opções estatais, pouco ou nada se importando, no entanto, com a relação entre estas técnicas e as diretrizes da Constituição Econômica. A posição doutrinária mais recente, a qual se denominou segundo eixo de transformação do conceito, refletiria essa tendência do Direito Administrativo para legitimar, embaralhando “ser” e “dever-ser”. Tendência que levaria, até, à intencional confusão entre o público e o privado, ensejando a privatização do público.

A análise das fontes confirma a hipótese levantada, na medida em que parece existir, na trajetória do conceito de concessão, não necessariamente uma imediata virada, mas posições mescladas que

revelam atrasos e acelerações, repetição e inovação. São as coordenadas dessas repetições e inovações –  *muitas delas influenciadas pelas próprias opções de Estado* – que acabam por colorir ou dar vazão para as transformações do conceito.

São elas que atribuem à formulação do conceito de concessão sentido distinto do que havia sido pensado pela geração imediatamente anterior. A transmutação, concomitantemente, proporciona – *ou ela mesma pode ser definida como* – a porta de entrada para uma nova construção conceitual, onde nem sempre aquilo que se pretendeu em prol do interesse público alcança um lugar de fala, destacando a historicidade essencial dos conceitos.

O que aqui se sustenta poderia, também, ser defendido de outro modo. Poderíamos até dizer (fechando os olhos a tal historicidade) que os conceitos, no curso da história, à semelhança dos seres humanos, se utilizam de máscaras que são necessárias para que eles possam se introduzir em determinados papéis.

No caso dos conceitos analisados nesta pesquisa, isso seria perceptível quando eles são postos em correlação ao papel que deveriam representar face às opções de Estado, nas respectivas relações jurídicas que ele (o Estado) compõe. O que acontece é que nem sempre, no entanto, as opções de Estado estão legitimadas no interesse público, deixando-se levar por capturas de interesses. Assim, a “máscara” que é escolhida para um conceito é a que melhor o introduz na proteção de tais interesses.

Voltemos, porém, a linha deste trabalho, ligada a Koselleck (2006c, p. 26). O autor alemão diz que o Direito se nutre, justamente, da repetibilidade de sua aplicação. Para o autor (2006c), o Direito viveria da aplicação repetida (e esperada) das suas instituições. Vez ou outra, entretanto, apresenta-se o desafio de uma nova invenção jurídica ou, ainda, de uma nova instituição (KOSELLECK, 2006c, 26).

Na presente pesquisa, a alteração do conceito analisado tem a intenção final de reposicionar, por (re)invenção teórica, o lugar que a Administração Pública poderia ocupar numa determinada espécie de relação jurídica, atribuindo ao conceito outra função. No que diz respeito ao conceito de concessão, a realização teórica deste termo está intimamente relacionada à conceituação que se destinou a ele em determinados quadros temporais. Tais quadros podem revelar as exigências de transformação do conceito.

O trabalho demonstrou que, no fundo, o processo de teorização do conceito de concessão, originariamente tencionou descrever uma

relação jurídica que não mais se acomodava à perspectiva de um “*contrato privado*”. Isso teria ocorrido em razão do lugar que o Estado deveria ocupar aos olhos da doutrina jurídica.

O Estado, segundo a doutrina, não mais ocuparia uma relação jurídica equitativa com relação ao particular, eis que presente a necessidade de preservação do interesse da coletividade, cada vez mais dependente de determinados serviços por ele então prestados. Decorre daí que as exigências de transformações do conceito de concessão estariam vinculadas a este (re)posicionamento do Estado. No Brasil, de acordo com as fontes analisadas, o itinerário do processo de teorização sobre o conceito de concessão não se apresenta de outra maneira.

Conforme pode se depreender dos trabalhos de Mário Masagão (1933) e de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1936), a preocupação destes autores em definir o conceito e a natureza jurídica da concessão decorre da crença de que as relações jurídico-contratuais estabelecidas pelo Estado já estavam, ao modo de ver destes autores, prejudicando o interesse público ou a colocar em risco os interesses do Estado. De acordo com tais autores, era justamente a confusão conceitual em torno do termo que contribuía para os prejuízos sofridos pelo Estado, exigindo, portanto, o reposicionamento da sua noção conceitual daquele instituto.

Neste momento, o Direito Administrativo parece estar pronto para teorizar uma relação jurídica *sui generis* – que ganhava contornos não compreensíveis à luz da visão tradicional da doutrina – a fim de legitimá-la. Cabe também para o cenário brasileiro a constatação de Laubadère (1957), de que o objetivo de teorizar a concessão ultrapassaria a simples tarefa de descrever as relações entre a administração pública e o concessionário.

Para além disso, ela se estenderia ao próprio interesse público envolto à questão. Aparentemente, quanto mais cresce a responsabilidade de organização e o “*dever*” de prestação dos serviços (objetos da concessão) pelo Estado, maior seria a necessidade de legitimação da competência unilateral e exclusiva da Administração Pública nas relações jurídicas estabelecidas.

Dentro desse quadro se inserem, também, as percepções de Themístocles B. Cavalcanti e de Ruy Cirne Lima, quando contribuem para a teorização do conceito de concessão e, conseqüentemente, para a definição de sua natureza jurídica, tomando o termo a partir da perspectiva de “*publicização do privado*”. Para estes autores, a concessão vincula-se a uma “*intervenção*” constante do Estado numa

relação jurídica em que, até então, os espaços dos participantes estariam acomodados em um equilíbrio, no fundo, jus privatista.

Disso também parece decorrer, em parte, a “*inquietação doutrinária*” de Francisco Campos sobre o assunto. Longe de poder apontar ingenuidade ou desconforto conceitual deste autor sobre o tema, o fato é que parece ser justamente na confusão conceitual então existente que o autor encontra espaço para legitimar suas diferentes posições. A construção teórica inserta no material analisado está ambientada no vácuo desta instabilidade conceitual. A definição da concessão, para este autor, estaria relacionada ora a um regime privatista, ora a um regime público ou, ainda, a um regime misto.

A abertura conceitual que permite essas várias interpretações é facilitada pelo uso alternativo ou mesclado das concepções alemã e francesa. Na tarefa de refletir sobre o conceito de concessão, a diferença radical que existe entre as construções jurídicas alemã e francesa, de acordo com as fontes, não parece preocupar muito os doutrinadores brasileiros – ao menos nas fontes analisadas. Ela não é ponderada pelos autores da primeira fase e é consideravelmente ignorada posteriormente.

As fontes analisadas permitem a constatação de que os dois modelos (alemão e francês) são, aqui, por vezes, confrontados quando há a necessidade de legitimação de uma ou outra posição. No entanto, não se faz “comparação” propriamente dita, capaz de colocar em perspectiva as nuances dos dois sistemas e sua eventual (in)adequação no quadro teórico nacional. Derivaria daí, a nosso ver, certa falta de precisão que se estende para o itinerário da conceituação. Pode-se afirmar que há uma tendência da doutrina de promover encaixes inadequados de elementos díspares. Ao que tudo indica, referida tendência teria contribuído para a frágil demarcação entre o público e o privado.

As mudanças presentes no primeiro eixo de transformação do conceito parecem estar vinculadas, portanto, à própria inflexão da ideia de contrato privado. Este quadro representaria um espaço de experiência em que não há uma figura verdadeiramente consolidada, mas, sim, um esforço teórico para esta consolidação. Tudo isso a fim de distinguir da concepção do contrato privado uma determinada prática estatal. Esta parece ser a preocupação que influencia a doutrina naquele momento.

De outro lado, as fontes indicam que o preenchimento teórico do conceito, nesta etapa, é marcado por uma teorização do Direito Público ainda subserviente ao direito privado, que ora aparece nos discursos como parâmetro de comparação ora como ponto de legitimação de

certas práticas. Tal procedimento na doutrina do período, não visa, porém, a “conscientemente” pavimentar o espaço para o direito privado.

O uso do direito privado é uma constante na medida em que ele pode ajudar a resolver problemas jurídicos para os quais as diretrizes do Direito Público – ao menos no que diz respeito à ideia de concessão – então não pareceriam suficientes. De alguma maneira, a teoria presente nas fontes analisadas não parece estar segura quanto à demarcação das linhas entre o público e o privado. Tampouco se lança, nesse primeiro momento, a promover uma aproximação mais intensa entre o Direito Administrativo e Direito Constitucional.

De acordo com as fontes analisadas, a virada mais significativa que há no processo de teorização do conceito de concessão no primeiro eixo é revelada pela superação do hábito doutrinário de tudo ver a partir do molde da “concessão de serviço público”. A doutrina muda o enfoque, começando a adotar a ideia de “concessão como gênero”, da qual derivariam outras espécies.

Embora isso possa representar uma mudança de perspectiva, tal fato não pode, no entanto, ser caracterizado como uma transmutação radical, indicativa de alteração do conteúdo semântico do conceito analisado, ou ainda, de fator determinante de uma virada brusca na concepção de sua natureza jurídica.

De todo modo, as diretrizes pensadas para a “*concessão de serviço público*” são – em razão da teoria que remanesce no objeto serviço público – mantidas. O que existe, por outro lado, é a convergência da teorização frente à acomodação teórica momentânea do conceito. Período que permite que a doutrina pense na organização e classificação de uma figura, ao que tudo indica, para ela, naquele momento, já consolidada.

É possível recortar das fontes analisadas a tendência de enquadrar o conceito de concessão – ainda muito pensado a partir do modelo da concessão de serviço público – em situações já existentes (práticas), abandonando-se, gradativamente, os esforços para refletir sobre o conceito em si. Neste quadro, a doutrina analisada parece mais inclinada a organizar e dar sentido às experiências da Administração. Aparentemente existe nesta fase certo nível de organização, onde a maior preocupação da doutrina, neste ponto, seria, portanto, com o “*ser*”.

Referida variação – de sistematização e organização – é acompanhada por dois fatores importantes. De um lado, ela se articula com o início da defesa de um Direito Administrativo genuinamente brasileiro, que levaria a ideia de rejeição da teoria contratual. Isso pode

ser verificado, por exemplo, nos trabalhos de Osvaldo Bandeira de Mello e Ruy Cirne Lima. Outro fator corresponde ao fato de que a doutrina teria apostado na sistematização da concessão em espécies sem que, até aquele momento, fosse possível identificar uma trajetória própria da concessão como gênero.

A passagem da conceituação “*conceituação inicial*” – verificada na medida em que a doutrina procura isolar o conceito de concessão na percepção da “concessão de serviço público” como uma espécie em si mesma, justamente para fugir da confusão conceitual (MASAGÃO; 1933; FRANCO SOBRINHO, 1936) – para a “*conceituação organizacional*”, dá vazão à mesma confusão que antes a doutrina pretendeu evitar ou superar, gerando, assim, uma tensão.

O período que compõe o primeiro eixo de transformação abrangeria o processo de teorização da figura e, também, o da sua queda em desuso no campo do petróleo e em outras áreas. Com a expansão da atividade do Estado a partir do final da década de 1930, a técnica concessionária perde sua antiga centralidade. Ela somente volta a reclamar protagonismo a partir da década de 1990, quando tem lugar o processo de descentralização. A referida tensão, portanto, ganha destaque quando a concessão, nas suas mais diversas espécies, começa a ser recuperada na década de noventa, período que definimos como segundo eixo de teorização.

A nota peculiar que marca o segundo eixo é o que a da alegada “*modernização*” em meio à globalização. Aqui, novamente, o espaço de experiência é posto em xeque e, por inquietação, a doutrina parece buscar delinear – *dar sentido* – a um novo arcabouço de práticas jurídicas. Aquilo que teria se desenvolvido na doutrina imediatamente anterior é reestruturado para servir o que seria um novo modelo de Estado em uma nova realidade econômica.

Ao contrário do que é verificado no primeiro eixo de teorização, parece existir neste espaço uma virada mais radical. A tendência (e a própria intenção) da doutrina jurídica é de conceituar “*uma nova modalidade técnica*”, a qual é arquitetada, sobremodo, a partir de uma concepção “*relacional*” de “*administração consensual*”. A doutrina jurídica busca estabelecer uma nova noção para um instituto que se apresentaria como vinculado a uma “*nova técnica*”. Referida concepção segue uma lógica que, na maioria das vezes, ampara-se no que se pode denominar “*privatização do público*” ou “*soluções privadas de direito público*”.

De acordo com as fontes, esta inclinação doutrinária privatizante se dá em virtude do que a doutrina classificou como “*estímulos à condutas privadas*”, sobretudo às relacionadas aos processos econômico-administrativos de descentralização. Referida tendência se acopla a um discurso – muito nítido – de emergência. O ápice deste movimento se verifica com a defesa da “desconstitucionalização”<sup>161</sup>. A doutrina analisada vê na Constituição obstáculos à sua concepção de “*desenvolvimento*”. A técnica jurídica administrativa derivada desta teorização tenta aproximar o conceito de concessão de uma ideia de *convergência de interesses contrapostos*.

Em que pese à intenção da doutrina, o que se verifica é que, a fim de se despir do que ela denomina “*amarras do direito administrativo clássico, impositivo e monológico*”, a utilização do discurso de modernização dá espaço para distorções. Ao mesmo tempo é articulada a defesa do que a doutrina sugere ser interesse público, o discurso teórico efetiva capturas de interesse privado, em detrimento das opções constitucionais.

A virada que ocorre no conceito de concessão durante o segundo eixo de transformação é efetuada, também, pelo reposicionamento de conceitos satélites, como por exemplo, “*desenvolvimento*”, “*serviço público*”, “*interesse público*” e etc. E, ainda, pela constante defesa de falência das linhas demarcatórias entre o direito público e o direito privado. Segundo as fontes analisadas, o obstáculo a ser superado parece ser simples: quanto mais presente o regime de direito público na relação jurídica contratual, maior é a dificuldade de se promover o desenvolvimento intentado (leia-se, chamar investidores, promover a modernização).

É possível inferir que há, no primeiro eixo, uma certa maturação de formação da “*personalidade*” da concessão e, frente às modificações econômicas e sociais, o segundo eixo representa uma “*crise de crescimento*” ou “*crise de identidade*”<sup>162</sup> desta personalidade.

<sup>161</sup> Neste ponto, mais uma vez, é importante fazer referência à forma inadequada com que o fenômeno da “desconstitucionalização” é adotado no Brasil.

<sup>162</sup> Gustavo Binenbojm (2008, pp. 3-4) defende que a “fuga para o direito privado” trata-se de um impulso contraditório do direito administrativo. Para ele, a privatização da atividade administrativa tem se dado de várias formas e em diferentes setores. De acordo com o autor, essa hibridez de regimes jurídicos, caracterizada pela interpenetração entre as esferas pública e privada, representa um dos elementos da “*crise de identidade do direito administrativo*”.



Ao mesmo tempo, porém, em que a doutrina lança mão de vários instrumentos para escapar daquilo que denomina como forma clássica, ela parece cair no mesmo equívoco, de se restringir a descrever “novas formas técnicas” de tarefas administrativas. Sem que isso represente, necessariamente, preocupação com perspectivas relativistas sobre “ser” e “dever ser”.

As fontes analisadas indicam que, ao voltar-se para o direito privado como solução consensual, a teoria do direito administrativo, no segundo eixo, deixa de analisar seus institutos em proximidade com a Constituição, notadamente com a Constituição Econômica. Ao contrário, ao perceber a vinculação, a doutrina parece tentar esvaziar os institutos do direito administrativo dos arranjos constitucionais, justamente por entender serem estes últimos obstaculizadores do que denomina modernização.

Dois quadros parecem desdobrar dessa tensão. Um deles diz respeito à aceitação, como “natural” introdução de conceitos de direito privado nas relações de direito público. Outro aponta para o aumento da atividade regulatória como uma solução supostamente lógica aos espaços não preenchidos pela técnica concessionária<sup>163</sup>. O contraponto, aqui, poderia ser um amplo repensar do direito administrativo a partir da Constituição Econômica.

Segundo Maria João Estorninho (1999), a verdade é que se pode constatar um fenômeno de compenetração desses dois domínios (direito público e privado), do mesmo modo que é inevitável reconhecer que esse mesmo movimento de aproximação levaria a uma situação de miscelânea. Na visão da autora, isso não justifica, no entanto, que se diga que os dois domínios estão apartados e não devem dialogar. Da mesma maneira, para a Estorninho (1999), nada autoriza supor que o direito privado é o “*direito dos egoísmos*” ou que o direito público é o “*direito das relações de dominação*”. O que deve estar em questão é o projeto constitucionalmente estabelecido.

---

<sup>163</sup> Este fato já provoca novas mudanças de perspectiva. A doutrina tem lentamente se voltada para o contrato regulatório, por meio do qual seria possível devolver ao contrato um perfil mais regulatório, esvaziando ou diminuindo, em muito, a regulação discricionária, feita por Agências. Neste sentido, ver, por exemplo, BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Contrato Administrativo como Instrumento de Governo** e GONÇALVES, Pedro Costa. **Regulação Administrativa e Contrato**.

Por conseguinte, não se afigura acertado aceitar que a transmutação que ocorre em torno do conceito de concessão, a partir da década de noventa, seja respaldada no argumento de necessária “*fuga para o direito privado*”, como insistem em fazer alguns autores analisados. Muito utilizada pela doutrina analisada no segundo eixo de teorização, tal expressão guarda, desde sua origem, relação a outro fenômeno que não necessariamente de privatização do público, mas, sim, de utilização de institutos privados para fins públicos<sup>164</sup> (COUTO E SILVA, 1997; ESTORNINHO, 2012; 1999). No Brasil, a utilização da expressão pela doutrina analisada é feita sem maiores digressões, revelando-se, no final das contas, como uma ideia descontextualizada.

Segundo Maria João Estorninho (1999), a “*fuga do direito administrativo para o direito privado*” seria a constatação inafastável de que o direito público, em várias de suas esferas, está a se privatizar, introduzindo esquemas conceituais de direito privado. No entanto, ao seu modo de ver, a doutrina precisaria perceber as incertezas que residem neste fenômeno, de modo a constatar e tomar consciência de que a “*fuga precisa ser evitada*”.

A “*fuga para o direito privado*”, na concepção desta autora (1999), seria um fenômeno a ser percebido e pensado. E não uma solução, com aparentemente vende a doutrina no Brasil. Ao contrário, para a autora (1999), é preciso que a doutrina do Direito Administrativo deixe de lado a “*função descritiva*” e passe a alertar para o risco de que, através de um movimento de afastamento para o Direito Privado, a administração pública liberte-se da vinculação dos direitos fundamentais e consiga “*de uma forma elegante, dar a volta à lei e à constituição*”, obtendo um espaço de livre arbítrio administrativo.

Ao mesmo tempo em que deseja permitir que público se torne mais competitivo – *jogando-o na concorrência* –, a doutrina tenciona retirar dele, simultaneamente, o poder de reger as regras. Neste ponto, é importante observar que, se a Administração Pública opta por relações – diga-se – mais privatistas, em última análise isso, ainda assim, é feito em prol do *interesse público*.

Frente a essas constatações, é possível afirmar que não existem só continuidades no itinerário do conceito de concessão. Tampouco ele é dominado por rupturas que levem à sua completa substituição. O que se tem é um claro processo de teorização pautado em transmutações, sendo

---

<sup>164</sup> As Empresas Estatais seriam um grande exemplo.

perceptível uma mudança do conceito quando ele é repensado para dar vazão a novas práticas estatais e a novos interesses.

A transmutação do conceito, tal como operada a partir da década de 1990, arquiteta-se por discursos de emergência que tencionam, num último plano, criar justificativas para uma exceção, num quadro em que o papel do Estado, a despeito de predefinido constitucionalmente, é constantemente realocado. Parece ser nessa perspectiva que o conceito de concessão de exploração petrolífera presta-se a um estudo de caso paradigmático para o tema aqui abordado<sup>165</sup>.

Quando não eivadas por confusões conceituais, as posições doutrinárias que procuraram definir sua natureza jurídica buscam situá-la numa ideia generalizante de concessão, da qual seria possível, inclusive, sua caracterização como uma espécie de contrato sujeita ao direito privado. Ao que parece, a indefinição que permaneceu no imaginário jurídico-doutrinário acerca do assunto teria atingido, também, o âmbito do judiciário, tendo sido acompanhada da reformulação do conceito (satélite, no caso) de monopólio.

A “*concessão de exploração petrolífera*”, tal como idealizada pela doutrina do direito administrativo, parece ser filha legítima da mudança que ocorreu no conceito de concessão como gênero. Sua construção teórica representa, em última análise, meio de esvaziamento do monopólio do petróleo, medida que não se conseguiu realizar integralmente no âmbito constitucional e legislativo.

Ao “didaticamente” separar as “concessões” em várias espécies, alocadas em específicas “modalidades”, a teoria do direito administrativo tencionou dar a impressão de que teria ocorrido uma evolução progressiva no conceito de concessão. Para Arnoldo Wald, o conceito teria chegado ao seu apogeu: “*a concessão síntese*”. Fato é, entretanto, que não há só continuidade na teorização desse conceito. Conforme sugere Hespanha (2006), há muitos conceitos que parecem

---

<sup>165</sup> Em tese, outras formas de concessão poderiam ser trabalhadas a partir da hipótese lançada, como, por exemplo, a concessão de serviço público. A confusão entre os conceitos de serviço público e *utilities* (dos norte-americanos) sugere a mesma complexidade para fins conceituais. A concessão de exploração petrolífera e sua teorização contam com a instabilidade conceitual que derivam dos conceitos de monopólio e serviço público. No caso, esta tensão (conceitual) é mais bem visualizada na medida em que se faz necessário ora alargar o conceito ou estreitá-lo para fins de permitir uma maior ou menor influência da administração pública na sua condução.

existir, com seu valor facial, desde há muito tempo. Contudo, se retrocedermos na história, logo percebemos que, por baixo da superfície de suas supostas continuidades, existem alterações decisivas nos significados semânticos.

#### **4.2. A concessão de exploração petrolífera e a adequação à constituição econômica.**

A técnica concessionária está invariavelmente relacionada aos limites de intervenção do Estado no domínio econômico. Esta constatação é pressuposto basilar para a compreensão da sua natureza jurídica em quaisquer dos quadros teóricos e históricos em que seja analisada. Na definição terminológica de concessão reside uma tensão que atinge toda a discussão deste instituto.

Conforme exposto, embora a técnica concessionária tenha sido inicialmente concebida na tentativa de superar amarras decorrentes da dicotomia *público e privado*, gradativamente, ela foi moldada para dar subsistência aos desígnios econômicos do Estado, sem que, no entanto, a velha dicotomia público-privado fosse abandonada.

Em alguns momentos, o perfil de *direito público* é alargado legitimar uma presença maior da Administração Pública; em outros, este mesmo perfil é afastado, aproximando-se da concepção privatista que pretende, por meio da relativização do instituto, dar mais *flexibilidade* aos acordos da Administração. Tudo isso em nome do *processo de desenvolvimento econômico*.

De outra parte, a concessão visa estabelecer um equilíbrio entre interesses que, a todo modo, são em si contrapostos (mesmo quando não deveriam ser). Por conseguinte, o desafio da sua definição jurídica está ligado à dinamização destes interesses. No fundo, a contraposição anunciada decorre da própria crença na separação de Estado e Sociedade<sup>166</sup>. Referida tensão é consubstanciada ou pode ser descrita de modo ambivalente.

Por um lado, o caráter intervencionista pode ser detectado quando se adota o ponto de vista de que a natureza da concessão (de serviço público) representa, na sua origem, uma relação contratual (privada) que

---

<sup>166</sup> De acordo com Gilberto Bercovici (2012), a distinção entre Estado e sociedade teria se tornado um problema da teoria constitucional a partir do século XVIII. Para o autor, a questão é como justificar a dicotomia, liberal e típica do positivismo jurídico ainda hoje.

foi alterada pelo alargamento da presença do Estado. No Brasil, este pensamento é encontrado, sobretudo, em Themístocles Cavalcanti (1963), Francisco Campos (1960) e Ruy Cirne Lima (1953). De outro lado, a própria concessão, independentemente da natureza que lhe seja atribuída, serve, também, de técnica de implementação da intervenção estatal no domínio econômico. Neste ponto, nos valem principalmente dos estudos de Andre de Laubadère (1983), Themistocles B. Cavalcanti (1949a) e Calixto Salomão Filho (2008).

No entendimento de Themistocles Cavalcanti (1949b, p. 341), a *concessão* está situada na “*escala de intervenção do Estado*” na ordem econômica. Esta escala compreenderia desde o controle de tutela da participação do Estado nas entidades privadas – *chamadas autarquias* –, passaria pelas concessões (de serviço público) e atingiria seu ápice com o *monopólio*<sup>167</sup>. Para Calixto Salomão (2008, pp. 23-27), a concessão representa a mais importante e a mais deletéria forma de regulação da economia.

Analisar o conceito de *concessão* e o que dele reverbera para a definição de sua *natureza jurídica* sem se levar em conta estas constatações é ignorar a própria essência deste conceito como “*fato econômico*”<sup>168</sup>. Em suma, parece possível alocar a técnica concessionária no quadro do *direito público econômico* (LAUBADÉRE e DEVOLVÉ, 1983, p. 20).

O *direito público econômico* é o direito aplicável às intervenções das pessoas públicas na economia e nos órgãos de intervenção, ou,

<sup>167</sup> Aqui vale lembrar, mais uma vez, a aproximação que há, na doutrina brasileira dos institutos *monopólio*, *serviço público* e *property* (LOUREIRO, 2011). Como ressaltamos sobre a obra de Themístocles B. Cavalcanti (1949b), não há neste autor uma confusão propriamente dita. No entanto, é possível notar – e a ilação acima é prodigiosa no sentido de que não raras vezes o *monopólio* assume identidade semelhante a do *serviço público*. Especificamente neste estudo de Cavalcanti, ao que tudo indica, o *monopólio* é tomado como categoria de continuidade maior que a do *serviço público*, mantendo, entretanto, a ideia de controle do Estado e identificando-se, por assim dizer, a um regime de *direito público*.

<sup>168</sup> Para Washinton Peluso Albino de Souza (1992, pp. 254-262), o “*fato econômico*” deve ser analisado na gênese de um “*fato social complexo*”, com suas raízes mergulhadas em campos de valores diversificados que vão desde filosóficos, religiosos, políticos, econômicos até os entrecosques das opções que as conduzirão, no final da jornada, à configuração da norma jurídica constitucional.

ainda, o direito de intervenção pública em matéria de ordem econômica. A *concessão*, vista deste ângulo, seria, dentre outras tantas, uma modalidade convencional por meio da qual a intervenção se materializaria: uma “*intervention par voie coventionelle*” (LAUBADÉRE; DEVOLVÉ, 1983, p. 20). Assim, a *concessão* estaria situada no plano do direito econômico por servir de técnica de intervenção ainda que seu regime jurídico englobe características que estão adstritas ao direito administrativo (notadamente ao *conteúdo econômico do direito administrativo*).

A *intervenção do Estado no domínio econômico* tem também sua razão de ser num plano que ultrapassa a simples definição de *influência da política econômica sobre a economia*, haja vista que esta afirmação, isoladamente, tem o condão de separar a figura do Estado da economia ou, ainda, o Estado da sociedade e, por conseguinte, a sociedade da economia (BERCOVICI, 2012). Segundo Vital Moreira (1978, p. 197), o conceito de *intervenção* não aceitaria a afirmação de que a economia seja um domínio independente do Estado, mas, sim, um elemento que o pressupõe. Na visão deste autor, não seria possível uma economia moderna isenta do Estado.

A *intervenção estatal no domínio econômico* deve ser entendida como uma *função do Estado* no domínio econômico<sup>169</sup>. Esta função seria a de realizar (no domínio econômico) a tarefa geral de coesão e integração social, pressupondo (e garantido através da ordem jurídica estatuída e de sua máquina política) um determinado estatuto de relações econômicas.

---

<sup>169</sup> Toma-se aqui a ideia de *função* esboçada por Comparato (1996b, pp. 3-4), para quem o conceito abstrato de função revela, em suas múltiplas espécies, objetivo perseguido pelo agente para a realização do interesse alheio e não próprio do titular do poder. De modo que o desenvolvimento da atividade, quando marcada como uma função, desvelaria um “*poder-dever*” e isto não no sentido negativo - *de respeito a limites estabelecido em lei para o exercício da atividade* – mas, na acepção positiva de que algo deve ser feito ou cumprido. Assim, a intervenção do Estado no domínio econômico materializaria, segundo o autor, uma “função” que é consubstanciada nos objetivos traçados pelo projeto constitucional. Em outro trabalho, Comparato (1991) observa que a atuação estatal não pode ser considerada mais uma intervenção, mas o desempenho ordinário de um dever constitucional, explicitado nos princípios e diretrizes do texto da Constituição. No mesmo sentido ver também COMPARATO (1989)

Segundo Bercovici (2005, p. 25), as tarefas a ser realizadas pelo Estado e pela sociedade no domínio econômico devem buscar certos objetivos determinados, também, pelo próprio texto constitucional. As disposições que tratam do papel do Estado no domínio econômico, na visão do autor, estariam parametrizadas e delimitadas na *ordem econômica*, mais especificamente no sistema normativo definido pela Constituição Econômica.

O caminho inverso desta constatação indica que a Constituição Econômica deve definir o sistema normativo que regula a intervenção estatal e social sobre a liberdade econômica (como liberdade jurídica submetida à lei). Por sua vez, a *intervenção estatal no domínio econômico* teria um sentido, uma razão de ser dentro do sistema constitucional, cuja função é pormenorizada em tarefas específicas<sup>170</sup>.

Aparentemente, a técnica de *concessão* pode ser compreendida como via, meio *convencional* de realização destas tarefas. Não faz sentido, dentro desse quadro que a definição do conceito de concessão ou da sua natureza jurídica ocorra sem levar em conta a Constituição. Seja a concessão de serviço público, a concessão de bem público ou a concessão petrolífera, todas elas parecem estar submetidas às diretrizes constitucionais que vinculam seu objeto.

O recorte do tema aqui trabalhado, a partir desta percepção – *que leva em consideração o conteúdo econômico do Direito Administrativo* – sugere uma maior aproximação entre esta ciência e o Direito Constitucional. Em verdade, sugere a defesa de um direito administrativo instrumentalizador e concretizador dos objetivos constitucionais.

No entanto, nem sempre articulados a partir desse pressuposto os discursos que compõem a conceituação seja da *concessão* – como gênero - ou dos seus módulos convencionais (espécies), ou, ainda, das suas categorias definidoras, parecem ser articulados dentro desse pressuposto. Muito ao contrário, na maioria das vezes, eles são pensados dentro da definição de um Direito Administrativo como uma ciência própria. Um ramo do Direito Público onde seria permitido um espaço de “*criação*”, muitas vezes pouco ou nada vinculado à esfera constitucional.

Calixto Salomão (2008, p. 26) chama a atenção para o fato de que o regime de concessão (de serviço público) parte de uma imperfeição de

---

<sup>170</sup> Veja-se, por exemplo, o art. 3.º, *caput*, e incisos da CRFB de 1988.

fundo quase insolúvel. Para o autor, a teoria da concessão assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Segundo o autor (2008, p. 26), sendo impossível realizar todas as tarefas que são submetidas ao Estado, ele passa delegá-las para o particular, contando com um “regime de direito público”. A própria licitação, na visão do autor (2008, p. 28), seria um instrumento pensado para minimizar tal imperfeição<sup>171</sup>.

O risco que se corre é o de claudicação da Constituição perante a dinâmica da realidade infraconstitucional. Em análise sobre as transformações da Constituição Económica portuguesa, Vital Moreira (2006) sugere que a configuração e o conteúdo primitivo da Constituição teria se perdido face às alterações que seguiram e que retiraram dela, na visão do autor, os princípios de transformação social que originariamente continha. A doutrina teve papel fundamental nessa transformação. Muito dos argumentos doutrinários não só sustentariam as alterações normativas como, também, naturalizariam mecanismos favoráveis a interesses derrotados no processo constituinte.

À semelhança do exposto pelo autor português, a verdade é que a Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição Económica. Ainda que dependente do voluntarismo e do instrumentalismo jurídico, a projeção da Constituição Económica colocaria nas mãos do Estado o papel de dimensionar seus recursos de maneira a satisfazer, da forma mais ampla possível, as necessidades sociais. Tudo isso a fim de garantir, em última análise, a liberdade. É por isso que o instrumentalismo jurídico não deve ser afastado da órbita da Constituição. Neste caso, o direito administrativo seria uma “*espécie de direito constitucional concretizado*” (BERCOVICI, 2010, p. 78).

O regime de monopólio do petróleo está inserto na Constituição Económica e isso dá a ele uma razão de ser no todo do projeto constitucional. É comum, aliás, o entendimento de que a Constituição Económica não serviria apenas para receber uma determinada estrutura pré-constitucional económica existente (BERCOVICI, 2005), podendo, sim, traçar linhas para transformações sociais. Para Gilberto Bercovici (2005, pp. 31-37), as Constituições Económicas do século XX teriam

---

<sup>171</sup> Calixto Salomão (2008, p. 28) sugere que o sistema de licitação teria partido da obra de H. Demsetz, “*Why regulate utilities*”, na qual o autor propõe que o Estado regule através de leilões para a prestação de serviços, o “*Demsetz action*”. Para Demsetz, a regulação serviria apenas à proteção da indústria, e não a qualquer motivo de interesse público.



positivado tarefas e políticas a ser realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. No mesmo sentido é o entendimento de Vital Moreira (1978; 2006), Peter Badura (1991) e J. J. Canotilho (2001).

A leitura de inserção do monopólio petrolífero na Constituição Econômica denota o entendimento de que a exploração do petróleo e dos recursos minerais estaria vinculada aos objetivos fundamentais dos artigos 3.º, 170 e 219 da Constituição de 1988 (BERCOVICI, 2011, p. 289). Com efeito, a ideia que permanece a partir dessa ilação é a de que o campo legislativo estaria vinculado ao regime constitucional especial que o “*monopólio*” assume da perspectiva da Constituição Econômica.

A “*flexibilização*” do monopólio realizada pela EC n.º 09/1995, ainda que contrária à opção originária da Constituição – *e não por isso menos legítima, destaque-se* – não representou a “*quebra*” do monopólio. Em razão disso, é que a legislação infraconstitucional, igualmente, não poderia tê-lo feito.

Ao final, a “*flexibilização*” é concluída com a noção conceitual que se empresta ao termo “*concessão de exploração petrolífera*”, haja vista que é a partir da concessão que os efeitos jurídicos da flexibilização são materializados. Estaria presente, aqui, portanto, a tensão que tivemos a prudência de destacar no início deste trabalho: existente entre a “*teorização de um conceito*” e “*aquilo que ele quer descrever*” em determinados contextos e momentos para a realidade.

Indícios disso podem, por exemplo, ser extraídos do campo político-legislativo e jurídico e do debate que acompanhou a estruturação da “*flexibilização do monopólio*”. Tanto os atores políticos como os juristas que se envolveram na questão lançaram mão da seguinte indagação e tentaram respondê-la: “*quais os exatos limites da flexibilização?*”. Os atores políticos, desde o início, viram na “*flexibilização do monopólio*”, o caminho da quebra; enquanto os atores jurídicos – temendo perder legitimidade social – prefeririam posicionar no centro do debate a análise dos limites da referida flexibilização, tendo como base o conceito de “*monopólio*”.

Por último e não menos importante, parcela considerável da doutrina jurídica investiu nessa mesma limita conceitual. Deste ponto de vista, é possível inferir que a tensão que reside na conceituação e definição da natureza jurídica da concessão petrolífera diz respeito aos limites da flexibilização e da relativização do monopólio. Em outras palavras, ao definirem a concessão petrolífera e sua natureza jurídica, os juristas ou estão defendendo a “*flexibilização*” – leia-se, aqui, a marcha

para a “quebra” – ou querendo bloquear a quebra reclamada por interesses econômicos hoje politicamente poderosos.

Nesse ponto, cabe retomar a óbvia conclusão do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento das ADIs anteriormente mencionadas. Para ele, a chamada “*flexibilização*”, aconteceria, essencialmente, por meio da figura da “*concessão*”. O desenlace do conflito no campo da interpretação constitucional, portanto, afeta substancialmente o Direito Administrativo, que deve tratar as “concessões” também no setor petrolífero.

A forma como a concessão petrolífera é conceituada e o que dela reverbera para realidade traz consigo a problemática da relação existente entre aquilo que é (pré)definido pelo conceito e aquilo que se deseja (ou deveria) compreender a partir dele. Tem lugar nessa tensão um espaço de experiência de conceituação e um espaço de expectativa. Em outras palavras, existiria, pois, uma (re)leitura, pelas gerações contemporâneas, de conceituações realizadas pelas gerações passadas, no intuito de alterar o espectro dos possíveis significados transmitidos (KOSELLECK, 2006b).

No Brasil, o modo por meio do qual a concessão petrolífera é arquitetada pela doutrina jurídica e, em seguida, pela legislação e decisão do STF, parece posicioná-la em desacordo com a Constituição Econômica. Inseri-la precipitadamente no regime jurídico de direito privado, com base no pretexto de que ela diria respeito estritamente à atividade econômica é erro lamentável.

Segundo Gilberto Bercovici (2011), no direito vigente, a natureza jurídica do contrato de concessão petrolífera seria de “*uso de bem público indisponível*”, assumindo, assim, um regime jurídico distinto em razão da própria distinção que é concedida – pela Constituição, por meio da perspectiva do monopólio legal - ao bem público explorado.

Não parece ser possível, portanto, ao menos dentro do atual sistema jurídico-normativo, pensar em “contratualização privada” ou algo do gênero. A concessão de petrolífera é técnica que demanda um acordo especial de exploração de bem público e submetido a regime de direito público. Seu objeto é a acomodação de interesses contrapostos, dentre os quais um interesse público visto como carente. Referido interesse não pode ser percebido de modo isolado ou restrito, mas sim analisado à luz de toda a Constituição Econômica, inclusive do monopólio. Daí que esvaziar o sentido jurídico do conceito de monopólio corresponde a esvaziar toda esta sistemática. O regime de *monopólio* estende para o conteúdo jurídico da concessão o juízo de “*direção*” a fim de atender objetivos pré-definidos pela Constituição.

Em nossa ordem constitucional, a atividade de exploração petrolífera é uma atividade de interesse público, não podendo ser vista só a partir da economia de mercado e da meta isolada de obtenção de lucro. Sem dúvida, um raciocínio como este último atenderia muito bem questões econômicas imediatas, porém, seria insuficiente para preencher projetos de longo prazo, compatíveis com a CRFB.

A possibilidade de contratualização (privada) subsidiada por “forte regulação estatal”, no caso da redefinição da indústria petrolífera no Brasil, parece representar aquilo que Maria João Estorninho (1999) caracterizou como “*uma maneira elegante de dar a volta na Constituição*”. No caso, a “volta” seria legitimada por argumentos de emergência, quase todos relacionados às supostas ineficiência e insuficiência<sup>172</sup> do Estado, leia-se, da Petrobrás<sup>173</sup>.

Esta concepção lança no imaginário jurídico a percepção parcial e superficial de que a “*contratualização*” seria uma opção moderna; em alguns casos, a única opção eficiente para dialogar com um contexto de “*ineficiência*”. Panacéia, a regulação seria a meta a ser atingida. Daí que a fuga para o direito privado é, também, a fuga para a regulação.

A atual doutrina do Direito Administrativo insere-se num quadro fundamentalista, ignorante de sua própria história, mergulha no fatalismo. Rejeita, “a priori”, possibilidades, sob o argumento de que a recusa da forma contratual apresentaria, a todo modo, uma rejeição da própria estrutura administrativa moderna, idilicamente consensual.

É preciso que a doutrina perceba que a recusa à contratualização não necessariamente significa “*sintoma de uma administração autoritária*” e que o posicionamento hoje predominante está fortemente ancorado numa interpretação fundamentalista do monopólio a partir da livre iniciativa, interpretação que, em última análise, ignora a soberania

---

<sup>172</sup> Apenas para ilustrar, o discurso se mantém. A queda acelerada do preço do petróleo vivenciada nos últimos meses provoca o corte dos aportes financeiros das companhias internacionais que exploram petróleo no Brasil. Apesar de manterem “projetos avançados”, elas estão renegociando seus projetos de curto prazo com a ANP. Para tais investidores, o maior entrave é o regulatório. O ambiente regulatório é, ainda, visto como um dos grandes gargalos da infraestrutura, na medida em que afasta novos investimentos. *Jornal Valor Econômico*, 8 de janeiro de 2016. *Caderno Empresas*, p. B1.

<sup>173</sup> A crise da Petrobrás é analisada fora do contexto da crise, como se o despencar do preço internacional do petróleo guardasse alguma relação com os deploráveis problemas apurados na operação “lava-jato”.

(igualmente prevista como fundamento da república). Trata-se de (re)pensar o direito administrativo, a partir dos princípios constitucionais, tentando localizar a “*razão de ser*” última das técnicas e institutos adotados. O que está em jogo parece ser a manutenção e (re)afirmação da Constituição (Econômica), quando não, da própria noção de soberania econômica.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em crítica aos administrativistas de sua época, Alexis Tocqueville (1866, pp. 59-75) constatava que, com diferentes graus de liberalismo, os juristas, por si sós, nos seus artigos, em seus “manuais” e códigos comentados, encarregavam-se de construir o direito administrativo invasivo que os círculos governamentais então desejavam. A crítica de Tocqueville (1866) é levantada principalmente contra os métodos “*descritivos*” dos “*manuais*”. Para o autor (1866), os manuais não só seguiam uma maneira “*puramente descritiva*” de exposição, como, também, “*falsa*”. O mais grave no método descritivo, entretanto, apontava o autor, não era tentar mostrar como o Estado agia, mas, sim, fazê-lo acriticamente.

Para Tocqueville (1866), os doutrinadores do direito administrativo limitavam seus horizontes, preocupando-se estritamente com o “*ser*”, sem nunca se preocupar com o “*dever-ser*”. Assim, segundo o autor, ao meramente descrever, eles praticamente se abstinham de julgar, naturalizando o existente. Desse modo, o direito administrativo, para Tocqueville (1866), serviria a um novo modelo de Estado, naturalizando e legitimando, no entanto, a herança autoritário-napoleônica no campo da administração.

Contra o servilismo descritivo da época, Tocqueville (1866) sugeria a construção de outra doutrina, que fosse capaz de possibilitar aos jovens, egressos dos cursos de direito administrativo, não somente saber o que “*é*”, mas o que se propunha a “colocar no lugar” – *dever ser*. Para COURVOISIER (2005), Tocqueville – ainda que influenciado por suas comparações feitas em “*De La Démocratie en Amérique*” – estava convidando a doutrina jurídica administrativista de sua época ao relativismo, a fim de que pudessem ser colocadas em perspectiva não só soluções adotadas, mas, também, as possíveis.

No presente trabalho procurou-se apresentar, com o auxílio da história do direito, as possíveis relativizações de um conceito largamente difundido na doutrina do direito administrativo. Para tanto, buscou-se enfrentar o tema em uma área cinzenta entre o direito administrativo, o constitucional e o econômico. Tal como em um estudo de caso, procurou-se verificar a tensão existente entre *o que foi adotado como solução na questão da concessão petrolífera e o que poderia ser apresentado como solução possível para tanto*. De um modo geral, três ideias centrais foram defendidas.

Sustentou-se ao longo da pesquisa que: *i*) o itinerário do conceito de concessão não segue uma construção linear e contínua. Como ocorre com grande parte do Direito, o processo de teorização conceitual que acompanha esta técnica é pautado por crescentes transmutações; *ii*) a maior transmutação, entretanto, é verificada na década de 1990. Momento no qual, sob os auspícios de um “*novo direito administrativo*”, opera-se a “*privatização do contrato público*”. Lógica esta que não necessariamente está adstrita ou se aproxima das diretrizes constitucionais. Muito ao contrário, é possível verificar nas linhas argumentativas que a sustentam uma “*maneira elegante de dar a volta na constituição*”;

Por fim, constatou-se que *iii*) A construção doutrinário-jurídica do conceito de concessão de exploração petrolífera está inserida neste quadro. De modo paradigmático, as categorias conceituais da concessão petrolífera são reconstruídas a fim de que ela possa se adequar à própria “*flexibilização do monopólio*”. Ao final, a doutrina não vê maiores dúvidas em apontar ora a natureza privada da técnica, ou, ora a “*natureza pública*”, altamente subordinada à regulação discricionária. Esta técnica concessionária é reposicionada. Ela sai de um modelo contratual quase francês e é alocada num modelo de poder de polícia regulatório.

Os pontos mais marcantes destas constatações podem, ainda, ser subdivididos. Do que se denominou “primeiro eixo de transformação”, sobrelevam-se como centrais as seguintes aferições. Como já havia sido adiantado por Vera Monteiro (2012), o conceito de concessão e a definição de sua natureza jurídica teriam sido construídas pela doutrina do direito administrativo, no Brasil, em torno da figura da concessão de serviço público.

Isso implica numa dogmática estritamente voltada para o tratamento do tema sob a luz do direito administrativo, sob o ângulo da teoria do interesse público. A dogmática pouco pensa o instituto a partir das diretrizes constitucionais ou da Constituição Econômica. Este fator gera uma tensão. A mesma imperfeição de fundo, verificada na concessão de serviço público, é repassada para as demais possibilidades de concessão.

De outro lado, foi possível constatar que, embora alguns autores brasileiros estivessem atentos à literatura estrangeira, no que diz respeito ao uso dos conceitos emprestados da França e da Alemanha, parece que a doutrina nacional pouco ou nada se ateu aos respectivos contextos da ideia de concessão em cada um daqueles países.

Tanto na França quanto na Alemanha, segundo Estorninho (1999; 2003) e Stolleis (2004), a definição de concessão – *assim como a aceitação do contrato administrativo* – estaria inserida no ambiente de construção do Estado de Direito, o que faz com que a técnica fosse pensada com certa particularidade. Para as linhas doutrinárias daqueles países, a definição da natureza jurídica, existência e aceitação do contrato administrativo não seria somente uma questão terminológica (de confusão conceitual), mas envolveria o debate, ainda que indireto, da teoria do Estado e, por conseguinte, o lugar que ele poderia ou não ocupar nas suas relações.

No Brasil, entretanto, num primeiro momento, a construção teórica fica aparentemente estagnada no modelo descritivo. As fontes analisadas sugerem que ela pouco absorve os desdobramentos doutrinários verificados nos países de origem<sup>174</sup>. Enquanto a doutrina brasileira estava preocupada com a identificação e organização de uma figura consolidada, algumas linhas doutrinárias na França e na Alemanha já haviam colocado em discussão, por exemplo, a ideia do “*direito administrativo econômico*” ou mesmo do “*direito administrativo privado (Verwaltungsprivatrecht)*” (ESTORNINHO, 2003).

Discussões como estas somente são articuladas com fôlego no Brasil na década de 1990, quando da retomada da técnica concessionária sob a influência de uma nova ordem constitucional. Contudo, na ânsia de pavimentar a “modernização” e a “evolução” que sugere existir em outros países, a doutrina nacional parece ignorar a formação própria do modelo brasileiro, nada “evolutiva”. A doutrina nacional se lança na tentativa de compor sistemas que foram, na sua origem, pensados de modo díspar.

Deste ponto em diante, com base na adoção de uma linha descritiva das opções de Estado, segundo as fontes, a trajetória do conceito segue, cada vez mais, tentando legitimar as possíveis relações entre o Estado e o particular. As fontes indicam que esta característica

---

<sup>174</sup> Apenas para fins de registro, algo semelhante ocorre em Portugal. A propósito, Maria João Estorninho (2003) observa: “*A diferença radical entre as matrizes francesas e alemã de contratualização da Administração permite ainda mostrar o carácter profundamente errado e sem sentido, da tendência que se verifica em alguns sistemas jurídicos – nomeadamente o nosso – para tentar ‘encaixar’ elementos importados do modelo alemão, num sistema cuja estrutura básica foi moldada à semelhança do modelo contratual francês*”

descritivo-organizacional assumida pela doutrina não causa maiores inquietações. O quadro muda, entretanto, a partir da Constituição de 1988. Na década de 1990, quando a discussão retoma fôlego, o conceito de concessão sofre uma verdadeira “*transmutação conceitual*”.

Do que denominamos “segundo eixo”, portanto, foi possível verificar que a nova doutrina do direito administrativo, pautada no ataque à *ineficiência do Estado* e no *discurso da modernização*, começa a apresentar soluções privatizantes por meio da reestruturação de inúmeras técnicas (instrumentos) administrativas, dentre as quais a concessão (gênero e espécies). Sobretudo, ela sugere a ideia de descaracterização de um modelo de direito administrativo autoritário. A partir daí, a técnica concessionária, como via de intervenção, é definida para deixar de ser um instrumento de intervenção (ainda que deletério), para se tornar um instrumento de regulação, mantenedor do interesse privado, necessário, na visão da doutrina, para a consolidação do desenvolvimento nacional.

Com isso, o espaço doutrinário que até então vinha coberto por uma lógica didático-descritiva, a partir da década de 1990 é substituído por um discurso não só descritivo-organizacional, mas indutivo: no sentido de que soluções privadas levariam a fins consensuais, capazes de despertar maior interesse de “investidores” e, assim, resolver os problemas de ineficiência do Estado. Ao supostamente tentar superar uma “administração monológica e autoritária”, a doutrina continua a construir um direito administrativo ainda pautado no “ato gracioso criador de privilégios”.

A construção teórica do conceito de concessão de petrolífera está inserta neste quadro de transmutações. Não somente esta forma de concessão é, em si mesma, (re)estruturada, como também suas categorias conceituais são (re)direcionadas pelo mesmo discurso. De tal modo que a reestruturação teórica da concessão petrolífera e de suas categorias conceituais está, em verdade, mais adstrita a compreender o que se desenhou no âmbito infraconstitucional, do que apresentar soluções convergentes à Constituição. Não só se interpreta a constituição a partir da lei, como se confecciona um direito administrativo para esta lei, e não para a concretização da constituição. Isto é, parte-se do “*ser*” para o “*dever-ser*”.

Este “*gap*” doutrinário – estabelecido no caminho entre os discursos “*descritivo-organizacional*” e o “*indutivo de soluções privadas*” – parece contribuir para a afirmação de pontos de vista teóricos acrílicos, inclinados a servir como ferramenta de desconstrução daquilo que justamente é pressuposto de uma teoria de direito



administrativo: o alinhamento de caminhos para a consecução dos objetivos constitucionalmente traçados e não a criação privilégios, sejam eles públicos ou privados.

Ergue-se uma doutrina que, sob a desculpa de pensar novas possibilidades, em verdade, reduz as alternativas possíveis em nome da eficiência de mercado. Uma doutrina que leva à claudicação da Constituição perante a dinâmica da realidade infraconstitucional.

A teoria do direito administrativo parece ter partido da “*publicização do contrato privado*” para a “*privatização do contrato público*”, sem, no entanto, colocar com acuidade, no centro do debate, a questão dos interesses públicos (e fundamentais) pré-definidos pela Constituição. A virada que ocorre parece ser de uma administração autoritária, marcada pela suposta onisciência e onipotência do Estado, para uma administração autoritária em função da sua captura por interesses privados, onde, a todo modo, não se abandona a política dos privilégios.

As transformações do direito público, por certo, refletem as opções do Estado. No entanto, invocar um róseo caráter *evolutivo*<sup>175</sup> não justifica o afastamento dos preceitos constitucionalmente estabelecidos, sob pena de se inverter a ordem presente no projeto constitucional<sup>176</sup>. O enfoque supostamente evolutivo presente no discurso das fontes

---

<sup>175</sup> MEDAUAR, Odete in **O Direito Administrativo em evolução**: “*o enfoque evolutivo do direito administrativo significa, sobretudo, o intuito do seu aprimoramento como técnica do justo e, por isso, da paz social*”. Esta afirmação pode ser facilmente desconstruída. É preciso apenas lembrar que ela representa a crença do “progresso eterno”. No mais, o “justo” e a “paz social”, conforme referidos pela autora, em uma sociedade bem mais complexa, recebem as mais distintas e múltiplas significações.

<sup>176</sup> A Constituição deve ser um projeto que busca, em última análise, a liberdade do indivíduo (art. 1º, II, da CRFB). O alcance desta liberdade está, por certo, vinculado à estrutura política-social que comporta o indivíduo e suas relações. Tudo o que torna a existência valiosa para qualquer pessoa depende da imposição de limites às ações das outras pessoas (MILL, 2010). A Constituição de 1988 contém no seu texto as bases de um projeto nacional de desenvolvimento, por meio do qual se tenciona a reestruturação do Estado brasileiro no sentido de conduzir as transformações sociais necessárias para a superação do subdesenvolvimento (art. 3º). Esta superação implica em aumentar as *capacidades dos indivíduos* para que possam exercer sua liberdade em plenitude. Como lembra Amartya Sen (2011, p. 321), a capacidade é um aspecto da liberdade e se concentra especialmente nas oportunidades substantivas.

analisadas, ao menos no que diz respeito ao conceito aqui trabalhado, lembra a crença do “progresso eterno”.

Em que pese não ser tradição brasileira um modelo com ênfase em regras constitucionais e legais, segundo Marcelo Neves (2014, pp. 171-220), a verdade é que a Constituição é, ainda, o marco mais seguro. Longe de simples reducionistas demarcações ideológicas, extrai-se da pesquisa que, dentre as soluções adotadas e as possíveis, a “*incerteza das ideias*”, provocada por confusão conceitual, continua a ser um lugar comum na doutrina, somente superável por conformação constitucional.

Horizonte de expectativa: o que deve analisar, agora, com especial cuidado, é quanto da vinculação de técnicas administrativas às soluções de direito privado afetaria ou não a concreção dos direitos fundamentais. E, sobretudo, o que pode ser considerado como direito fundamental no campo das infraestruturas, setor mais atingido pelas concessões e suas espécies<sup>177</sup>.

Independentemente das formas jurídicas que adote (do contrato à regulação discricionária), o Estado deve exercer poder público voltado ao interesse público (ESTORNINHO, 2003). O que não se pode admitir é que esta “*função*”, ao tentar substituir a alegada tirania do Estado por novas técnicas, abrace a tirania do poder econômico internacional, campo em que os titulares constitucionais da soberania (os cidadãos brasileiros) não possuem espaço algum. Tampouco é admissível que tal função seja comportada por regras que – por silêncio da lei e com a ajuda da doutrina – não se subordinam a nenhuma normatividade, servindo, apenas, de mais um ato gracioso de privilégios em detrimento da coisa pública.

---

<sup>177</sup> Uma estruturação teórica pautada na “teoria do interesse público”, sob os auspícios do regime de direito público, por ter no seu núcleo a ideia de “serviço público” – mesmo quando ele não está presente – e a ingênua crença de que os agentes privados são capazes de prestar serviço público, parece ser tão perniciosa para uma teoria inovadora quanto à possibilidade da “fuga para o direito privado” ou, ainda, da regulação. Todas estas possibilidades parecem ser reducionistas. Nenhuma delas mostra-se suficiente para responder os complexos problemas existentes entre o público e o privado. Em quaisquer destas hipóteses, parece existir, historicamente, uma construção teórica limitada que precisa ser revisitada antes de se professar novas soluções *evolutivas*...

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que é um dispositivo?** Outra travessia, Florianópolis, n. 5, p. 9-16, jan. 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/view/12576/11743>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2015: <http://dx.doi.org/10.5007/12576>.

\_\_\_\_\_. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

\_\_\_\_\_. **Estado de Exceção.** São Paulo: Editora Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Considerações sobre a “regulação” no direito positivo brasileiro.** Revista de Direito Público da Economia, ano 3, n. 12, out. 2005.

\_\_\_\_\_. **Contrato Administrativo.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo.** Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 171-202.

\_\_\_\_\_. **O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás.** Revista de Direito Administrativo. n. 239. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 411-438.

ASSUNÇÃO, Maria Adelaide. **Introdução ao Direito do Petróleo e Gás** in SUNDFFE LD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”.** Revista Diálogo Jurídico. Ano I – vol. I – n.º 7. Salvador, 2001.

\_\_\_\_\_. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade.** Revista de Direito Administrativo – RDA, n.º 215. 1999.

BADURA, Peter. **Constitutional and Legal Problems of Privatization in Germany.** Direito e justice. Vol. 5. Lisboa, 1991, p.31-48. Disponível em: <https://epub.ub.uni-muenchen.de/10548/1/10548.pdf>

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Aspecto Jurídico-Administrativo da Concessão de Serviço Público.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV), v. 26. Rio de Janeiro: Renovar, 1951, pp. 34-48.

\_\_\_\_\_. **Conceito de Direito Administrativo.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV), v. 74. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.

\_\_\_\_\_. **Evolução Científica do Direito Administrativo.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV), v. 83. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

\_\_\_\_\_. **Contrato de Direito Público ou Administrativo.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV), v. 94. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, pp. 15-33

\_\_\_\_\_. **Princípios Gerais do Direito Administrativo. Vol. I.** São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARBOSA, Alfredo Ruy. **A Natureza Jurídica da Concessão para Exploração do Petróleo e Gás Natural** in BARBOSA, Alfredo Ruy. A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 389, 31 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5521>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Intervenção no domínio econômico. Sociedade de economia mista. Abuso de poder econômico. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico.** Revista de Direito Administrativo (RDA), n.º 212. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. pp. 303-346.

\_\_\_\_\_. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços.** Revista dos Tribunais. Vol. 2. Jan. Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 55-76.

BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States.** New York: The Macmillan Company, 1921.

BEDRAN, Elias. **A Mineração à Luz do Direito Brasileiro: Comentários, Doutrina e Jurisprudência.** Rio de Janeiro: Editora Alba, 1957.

BENVINDO, Juliano Zaiden e Costa, Alexandre. **A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais** (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review? - The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights). 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2509541> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>.

BERCOVICI, Gilberto. **Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. Vol. 1. São Paulo, 2003.

\_\_\_\_\_. **Constituição e Política: uma relação difícil**. Lua Nova [online]. 2004, n.61, 2004, pp. 5-24 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso)>.

\_\_\_\_\_. **Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_; MASSONETO, Luiz Fernando. **A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica**. Boletim de Ciências Econômicas, vol. XLIX. Coimbra, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2006.

\_\_\_\_\_; **O Estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. Revista Pensar, v. 11. Fortaleza: 2006b, pp. 95-99.

\_\_\_\_\_. **Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_. **Princípios Estruturantes e o Papel do Estado in A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social**. Org. CARDOSO Jr.; José Celso. Brasília: IPEA, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece": A Persistência da Estrutura Administrativa de 1967**. In: Edson Teles; Vladimir Safatle. (Org.). O Que Resta da Ditadura: A Exceção Brasileira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010, v. , p. 77-90

\_\_\_\_\_. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda a Constituição 06/1995**. Altera o parágrafo primeiro do art. 177 da Constituição Federal. <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169217>. Acesso em: novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2.142/1996**. Dispõe sobre as atividades econômicas relativas ao monopólio do petróleo, institui a Agência Nacional do Petróleo e da outras providências. <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=200231>. Acesso em: novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Advocacia Geral da União (AGU). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.273-7. Memoriais**. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/508746](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/508746)

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 3.273-7**. Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 16.03.2005. Publicado em 28.03.2005. Disponível em: Acessado em novembro de 2015

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública**. In Cadernos MARE da reforma do estado; v. 3., Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado: Brasília, 1997.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

\_\_\_\_\_. **Natureza do ato de concessão de serviço público**. Parecer redigido em 1933 *in* **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, pp. 173-189.

\_\_\_\_\_. **Fixação das Tarifas dos Serviços Públicos Concedidos.**

Parecer redigido em 1934 *in* **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, pp. 173-189.

\_\_\_\_\_. **Lei de usura. Concessões ou contratos para prestação de serviços públicos. Multa moratória.** Pareceres. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, pp. 557-561.

\_\_\_\_\_. **Concessões ou contratos para prestação de serviços públicos. Multa moratória.** Parecer. Revista de Direito Administrativo, V. 2, n.º 2. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1943b, pp. 862-867.

\_\_\_\_\_. **Concessão de serviço público. Alteração da tarifa por ato unilateral do poder concedente. Reajustamento da equação financeira do contrato. Pagamento em moeda estrangeira.** Pareceres. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1950, pp. 49-55.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARVALHO, Getúlio. **Petrobrás: do monopólio aos contratos de risco.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Economico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CASSESE, Sabino. **Las Bases del Derecho Administrativo.** Ministerio para las Administraciones Públicas. Colección Estudios. Madrid: Getulio Einaudi Editores, 1994.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Constituição Federal Comentada.** 1949

\_\_\_\_\_. **A Ordem Econômica nas Constituições.** Revista Forense, Vol. CXXII, ANO XLVI, 1949b

\_\_\_\_\_. **A Constituição Federal Comentada.** 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Administrativo. Vol. II.** São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1960.

\_\_\_\_\_. **Concessão de Serviço Público. Energia elétrica. Regime legal vigente.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV), v. 68. Rio de Janeiro: Renovar, 1962, pp. 360-373.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Administrativo. Vol. III.** São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1963.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1967

\_\_\_\_\_. **Concessão de Serviço Público. Encampação. Desapropriação. Ações de Sociedade Anônima.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV), v. 97. Rio de Janeiro: Renovar, 1969.

\_\_\_\_\_. **Concessão de Serviço Público. Reversão de Bens.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV), v. 102. Rio de Janeiro: Renovar, 1970.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; MARTINS, Alessandra Ferreira.

**Princípios Constitucionais da Atividade Econômica Petrolífera e Lei 9.478/97.** Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 18. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004.

COHN, Gabriel. **Petróleo e Nacionalismo.** São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1968.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Indispensável Direito Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 54, v. 353, março de 1965.

\_\_\_\_\_. **Ensaio Sobre o Juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** Revista de Informação Legislativa. Ano 35. N. 138. Abr. Jun. Brasília, 1988, pp. 39-48

\_\_\_\_\_. **Planejar o Desenvolvimento: A Perspectiva Institucional” in** COMPARATO, Fábio Konder, Para Viver a Democracia, São Paulo, Brasiliense, 1989.

\_\_\_\_\_. **Regime Constitucional. Controle de Preços no Mercado.** Revista de Direito Público. Vol. 24, n. 97. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1991, pp. 17-28.

\_\_\_\_\_. **Monopólio Público e Domínio Público – Exploração Indireta da Atividade Monopolizada.** Direito Público: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 146-153.

\_\_\_\_\_. **Estado, Empresa e Função Social.** Revista dos Tribunais. Vol. 732. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996b, pp. p. 38 – 46.



\_\_\_\_\_. **Planejar o Desenvolvimento: A Perspectiva Institucional** in COMPARATO, F. K. Para Viver a Democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989.

\_\_\_\_\_. **Quem dá mais?** Folha de São Paulo. Caderno Tendências e Debates. São Paulo, setembro de 2004. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2604200509.htm>

\_\_\_\_\_. **Resposta a um magistrado.** Folha de São Paulo. Caderno Tendências e Debates. São Paulo, abril de 2005. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2409200409.htm>.

COURVOISIER. **TOCQUEVILLE ET LA FORMATION DU DROIT ADMINISTRATIF, DANS LA PENSÉE JURIDIQUE D'ALEXIS DE TOCQUEVILLE.** Etudes réunies par Manuel Carius, Charles Coutel et Tanguy Le Marc'hadour. Paris: Artois Presses Université, 2005.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV). Rio de Janeiro, 1997, pp. 43-70.

CRETELLA JR, José. **Curso de Direito Administrativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1967.

\_\_\_\_\_. **Dos bens publicos no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1969

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DELGADO, José Augusto in **Reflexões Sobre a Concessão de Serviços Públicos.** Revista CEJ/RN, Natal, v. 7, n. 8, p. 15-65, jun. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 Anos de direito administrativo brasileiro.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acessado em: outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Uso privativo de bem público por particular.** São Paulo: Editora Atlas, 2010.

- \_\_\_\_\_. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.) **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010b.
- \_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- DRAIBE, Sônia. **Rumos e Metamorfoses: um estudo sobre a constituição do Estado e as alternativas da industrialização no Brasil 1930-1960**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.
- DUGUIT, León. **Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)**. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 1999
- EIZIRIK, Nelson. **Monopólio Estatal da Atividade Econômica**. Revista de Direito Administrativo – RDA-FGV. Vol. 194. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, pp. 63-76
- ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o Direito Privado. Contributo para o estado da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Editora Almedina, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2012.
- FAUSTO, Boris. **Estado, Classe Trabalhadora e Burguesia Industrial (1920-1945)**. Novos Estudos, n.º 20. Março, 1988, pp. 6-37.
- FERNANDES, Florestan. **A Revolução Burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
- FERNANDES, Raimundo Nonato. **Concessão de Uso de Bem Público**. Revista de Direito Administrativo – RDA – FGV. Vol. 118. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1974. pp. 1-11
- FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. **A Atividade Postal e os Monopólios Constitucionais** in FERRAZ, Jr. T. S. **Direito Constitucional: Liberdade de Fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri (SP): Manole, 2007, pp. 459-472.
- FERREIRA, Pablo Gabriel. **A Petrobrás e as reformas do setor de petróleo e gás no Brasil e na Argentina** in Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 17, n. 33, p. 85-96, jun. 2009.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Editorial Labor S. A., 1933.

FONTELES, Claudio Lemos. **Ministério Público Federal: Visão do Biênio 2003-2005**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União: Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva, 2006. pp. 183-186

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo**. Curityba, Typ. J. Haupt, 1936

GRAU, Eros Roberto. **Considerações a propósito das sociedades de economia mista**. Revista de Direito Público, v. 4, n. 17, p. 113-132, jul./set. 1971.

\_\_\_\_\_. **Elementos do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

\_\_\_\_\_. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 179-183

\_\_\_\_\_. **Monopólio de Atividade Econômica. Petrobrás. Propriedade e Empresa. Bens Públicos**. Revista de Direito Administrativo – RDA-FGV. Vol. 222. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 357-367.

\_\_\_\_\_. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GROTTI, Adelaide Mussetti. **A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias públicoprivadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

HADLEY, Arthur. **Monopolies and Public Rights**. The Quarterly Journal of Economics, Vol. I, n. 1. Oxford University Press, 1886, pp. 28-44

HESPANHA, Antônio Manuel. **O Direito Administrativo como Emergência de um Governo Ativo (c. 1800 — c. 1910) in** HESPANHA, Antônio Manuel; SILVA, Cristina Nogueira (Org.). *Fontes para a história do direito administrativo português — séc. XIX*. Lisboa: FD-UNL, 2006.

JÈZE, Gaston. **The Economic and Financial Position of France in 1920**. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 35, n.º. 2. Oxford University Press: 1921. pp. 175-214.

\_\_\_\_\_. **Principios Generales del Derecho Administrativo. La Técnica Jurídica de Derecho Público Francés.** Buenos Aires: Editorial De Palma, 1959

JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público.** Revista de Direito Público da Economia n.º 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003. pp. 95-136.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.** São Paulo: Editora Dialética, 2003b.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

KOSELLECK, Reinhart. **Linguistic Change and The History of Events.** The Journal of Modern History. Vol. 61. Nº 4. University of Chicago Press, 1989, pp. 649-666.

\_\_\_\_\_. **Uma História dos Conceitos: problemas teóricos e práticos.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992.

\_\_\_\_\_. **Crítica e Crise. Uma Contribuição à Patogênese do Mundo Burguês.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992b

\_\_\_\_\_. **A Response to Comments on The Geschichtliche Grundbegriff** in Hartmut Lehmann e Melvin Richter (eds.), The meaning of historical terms and concepts: new studies on Begriffsgeschichte, Washington, D.C., German Historical Institute, 1996.

\_\_\_\_\_. **Futuro Passado. Contribuições à semântica dos tempos históricos.** Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

\_\_\_\_\_. **Entrevista** in JASMIN, M. G.; FERES jr., M. in **História dos Conceitos. Debates e Perspectivas.** Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2006b.

LAUBADÈRE, André. **Traité Élémentaire de Droit Administratif.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

\_\_\_\_\_.; DELVOLVÉ, Pierre. **Droit Public Économique**. Paris: Dalloz, 1983.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939.

\_\_\_\_\_. **Contratos Administrativos e Atos de Comércio**. Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV) v. 32. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1953.

\_\_\_\_\_. **Pareceres**. Porto Alegre: Sulina, 1967.

LOBATO, José Bento Monteiro. **O escândalo do petróleo e do ferro**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1979.

\_\_\_\_\_. **O Poço do Visconde**. Companhia Editora Nacional, 1937.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “**Monopólio**” e “**serviço público**” nas **Constituições brasileiras (1891-1934)**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47-93, jan./abr. 2011

LUCCHESI, Celso Fernando *in* **Petróleo**, disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141998000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141998000200003&script=sci_arttext), acessado em outubro de 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Públicos. **Função Social e exploração econômica. O Regime Jurídico das Utilidades Públicas**. Editora Fórum: São Paulo, 2014; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**.

MASAGÃO, Mario. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 1933.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán. Tomo I e III**. Buenos Aires: Editorial De Palma.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Editora Revista de dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo em Evolução**. Editora Revista de dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Nota Sobre a Contratualização na Atividade Administrativa**. Revista de Contratos Públicos – RCP. Ano I, n. I. Belo Horizonte, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Concessão de Serviço Público. Telefone. Ação Do Usuário. Força Maior. Responsabilidade da Empresa Concessionária pela Deficiência do Serviço.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV) v. 25. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1951, pp. 264-273.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Brasileiro.** 1966

\_\_\_\_\_. **Concessão de Serviço Público. Reversão. Propriedade de Bens.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970, pp. 462-473.

\_\_\_\_\_. **Estudos e Pareceres de Direito Público.** Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1971.

\_\_\_\_\_. **Contrato de Concessão** in Estudos e Pareceres de Direito Público. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1971, pp. 181-187.

\_\_\_\_\_. **Jazida e Concessão de Lavra. Desapropriação pelo Estado. Inconstitucionalidade. Mandado de Segurança.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV) v. 109. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, pp. 283-292

\_\_\_\_\_. **Licitações e Contratos Administrativos.** 1979

\_\_\_\_\_. **Reajustamento e Recomposição de Preços em Contrato Administrativo.** Revista de Direito Administrativo (RDA-FGV). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1980, pp. 11-21.

\_\_\_\_\_. **Contrato de Concessão – Rescisão** in Estudos e Pareceres de Direito Público. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1989, pp. 181-187.

MONTEIRO, Vera. **A Caracterização do Contrato de Concessão após a Lei 11.079/2004.** Tese de Doutorado, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24112009-131838/pt-br.php>

MORAES, Alexandre de. **Regime Jurídico da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural.** Revista Constitucional e Internacional. n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 162-176.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Desconstitucionalização.** Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol. 15. Abr. Jun. Editora Revista dos Tribunais, 1996. pp. 15-20

\_\_\_\_\_. **Administração pública consensual.** In: \_\_\_\_\_. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 37-48. p. 41

MOREIRA, Egon Bockmann. **Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (Passado, presente e futuro de uma perene transformação).** Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná n.º 46. Curitiba, 2007. pp. 75-110.

\_\_\_\_\_. **O Direito das Concessões de Serviço Público.** São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo e a Constituição Econômica.** Editora Centelha: Coimbra, 1978.

\_\_\_\_\_. **30 Anos da Constituição da República Portuguesa. A Metamorfose da “Constituição Econômica.** Revista de Direito do Estado. Ano 1. N.º 2. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, pp. 381-394.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

\_\_\_\_\_. **Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania existente.** Revista de Ciências Sociais. Vol. 37. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1994b

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **A Administração Consensual Como a Nova Face da Administração Pública no Sec. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 104. 2009, pp. 303-322.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Teoria del Equivalente Economico en Los Contratos Administrativos.** Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

PAULANI, Leda Maria. **Capitalismo Financeiro e estado de emergência econômico no Brasil: o abandono da perspectiva de desenvolvimento** in Colóquio da Sociedade Latino Americana de Economia Política e Pensamento Crítico, 2006, Santiago, 2006.

Disponível em:

<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26185-26187-1-PB.pdf>

PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. **Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil.** in PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro (Eds.) *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública.* Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000, pp.13-43

PINTO, BILAC. **Regulamentação e Concessão de Serviço Público – Sistema Francês – Sistema Americano – Influência sobre o Direito Brasileiro – Regras Aplicáveis às Concessões ou Licenças por prazo indeterminado – Transporte Coletivo de Passageiros em SP.** Revista Forense, 1953

PIRES, Paulo Valois. **A Evolução do Monopólio Estatal do Petróleo.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. **Temas do Direito do Petróleo e Gás Natural II.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005. pp. 1-28.

PRATT, Joseph A. **The Petroleum Industry in Transition: Antitrust and the Decline of Monopoly Control in Oil.** The Journal of Economic History. Vol. 40. n. 4. Cambridge University Press, 1980, pp. 815-837

\_\_\_\_\_. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos).** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Monopólio Colonial e Subdesenvolvimento** in BENEVIDES, Maria V.; BERCOVICI, G.; MELO, C. (Orgs.) *Direitos Humanos, Democracia e República. Homenagem a Fábio Konder Comparato.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SEELAENDER, A. L. C. L.; **Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais.** Revista Sequência, n. 53, p. 197-232, 2006.

\_\_\_\_\_. **O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna.** Revista Sequência, n. 55, p. 253-286, 2007.

\_\_\_\_\_; CASTRO, A. R. de . **Um jurisconsulto adaptável. Francisco Campos (1891-1968).** In: Carlos Guilherme MOTA; Natasha SALINAS. (Org.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3, p. 255-291.



SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Desconstitucionalização do Direito de Defesa de Concorrência**, disponível em [http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz\\_-](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf)

[Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf), acessado em novembro de 2015.

SILVA, Virgilio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, Vol. 798. São Paulo, 2002, pp. 23-50.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel [orgs.]. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo: Ltr., 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito Econômico na Constituição**. Revista dos Tribunais, vol. 684. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, pp. 254-262.

STOLLEIS, Michael. **A History of Public Law in Germany 1800-1914**. Berghahn Books, 2001.

\_\_\_\_\_. **A History of Public Law in Germany 1914-1945**. Oxford University Press, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Parcerias Público Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007

\_\_\_\_\_. **A Regulação e o Direito do Petróleo e Gás** in SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002

\_\_\_\_\_. **Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência**. Revista de Direito de Contrato Público – RDC. Ano I, n.1. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro da concessão de serviço público.** Revista de Direito Administrativo (RDA), n.º 63. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1961. pp. 1-15.

\_\_\_\_\_. **O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro.** Revista de Direito Administrativo (RDA), n.º 202. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995. pp. 1-10.

\_\_\_\_\_. **Ordem Econômica. Concorrência e Monopólio. Gás Natural** in Tácito, Caio. Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 1133-1134.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Rapport Fait a l'académie des Sciences Morales et Politiques (1846), Sur le Livre de M. Macarel, intitulé Cours de Droit Administratif** in Tocqueville, Alexis de (1805-1859). Oeuvres complètes d'Alexis de Tocqueville / publ. par Mme de Tocqueville [et Gustave e Beaumont]. 1864-1866, pp. 60-75

TOLEDO, Gastão Alves. **Aspectos do Contrato de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural, Celebrado com a Agência Nacional de Petróleo – ANP.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 28. Jul – Set. 1999.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no Domínio Econômico.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

WALD, Arnoldo. **O Renascimento do Instituto da Concessão.** Revista de Direito Administrativo – RDA-FGV n. 171 – Jan. Mar., 1988, pp. 1-14

\_\_\_\_\_. **Novos Aspectos da Concessão de Obras e do Seu Financiamento.** Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol. 6. Editora Revista dos Tribunais, 1994, pp. 218-225.

\_\_\_\_\_. **Novas Tendências do Direito Administrativo: A Flexibilidade No Direito Administrativo.** Revista de Direito Administrativo – RDA-FGV n. 202. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_. **O Direito Das Privatizações.** Revista dos Tribunais. Vol. 763. Mai. 1999, pp. 47-55

\_\_\_\_\_. **O Renascimento da Concessão e o Mercado de Capitais.** Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. Vol. 34. Editora Revista dos Tribunais, 2006.