



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

As Ditas Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos: uma revisão da aplicação do instituto à luz da Constitucionalização do Direito no cenário do Estado Democrático de Direito

JOSÉ TENÓRIO NUNES FILHO

MACEIÓ
2019

JOSÉ TENÓRIO NUNES FILHO

As Ditas Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos: uma revisão da aplicação do instituto à luz da Constitucionalização do Direito no cenário do Estado Democrático de Direito

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Bernardes de Mello

MACEIÓ
2019

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho

N972d Nunes Filho, José Tenório.

As ditas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos : uma revisão da aplicação do instituto à luz da constitucionalização do direito no cenário do estado democrático de direito / José Tenório Nunes Filho. – 2019.
165 f.

Orientador: Marcos Bernardes de Mello.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2019.

Bibliografia: f. 154-165.

1. Estado democrático de direito. 2. Direito administrativo. 3. Cláusula exorbitante. 4. Princípio da supremacia do interesse público. 4. Contrato administrativo. 5. Prerrogativa. I. Título.

CDU: 347.4/.47



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

JOSÉ TENÓRIO NUNES FILHO

"AS DITAS CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: uma revisão da aplicação do instituto à luz da Constitucionalização do Direito no cenário do Estado Democrático de Direito"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

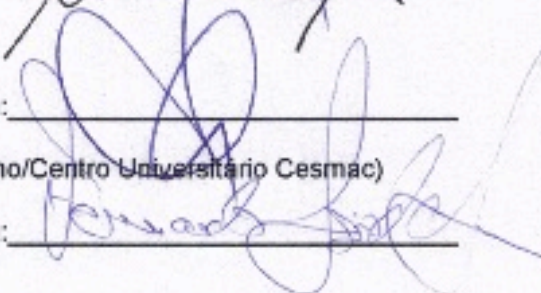
Orientador: Prof. Dr. MARCOS BERNARDES DE MELLO

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

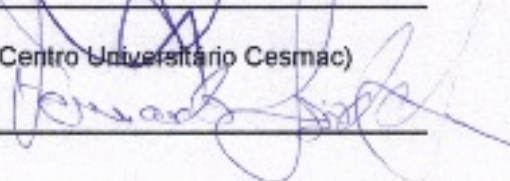
Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Jr. (UFAL)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Prof. Dr. Filipe Lôbo Gomes (UFAL)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Prof. Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim (convidado externo/Centro Universitário Cesmac)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Maceió, 14 de março de 2019.

Aos meus filhos, Vinícius José, Gustavo José e Maria Clara; à minha esposa Andressa; e aos meus pais, Rosimeire e José Tenório.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por todas as coisas incríveis que realiza em minha vida.

Aos meus pais, Rosimeire e José Tenório, que, com muito amor, me ensinaram a importância da educação e os melhores valores, os quais sempre buscarei honrar.

À minha amada esposa, Andressa, por apoiar meus projetos, sempre com muito carinho, otimismo e compreensão, promovendo inspiração e me fazendo acreditar que posso sempre algo a mais.

À minha filha, Maria Clara, pela constante inspiração que me traz, com um simples sorriso, e por seus abraços afetuosos, que me transmitem tranquilidade diariamente.

Aos meus filhos Gustavo José e Vinícius José, que, mesmo ainda tão pequenos, renovaram a minha alma, promovendo alegria nos meus dias.

Aos meus amigos e demais familiares, que torcem pelo meu sucesso pessoal e profissional.

Aos colegas da Turma 13, especialmente o grupo “pós-20”, pelos agradáveis momentos que compartilhamos na jornada.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFAL, em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Marcos Bernardes de Mello, pessoa ímpar, que tive o imenso prazer de conviver, pela contribuição à minha vida acadêmica, sempre com muita sabedoria e simplicidade.

RESUMO

A Administração Pública e o Direito Administrativo evoluem no sentido de concretizarem, no Brasil, o Estado Social e Democrático de Direito, resultando numa revisão de paradigmas. Buscando promover a satisfação de interesses caracterizados como públicos, amplia-se o campo de atuação do Estado, tendo como resultado uma maior aproximação entre sociedade e instituições públicas, num cenário de relativização da distinção entre o público e o privado, no qual, em decorrência do Estado Democrático de Direito e da Constitucionalização do Direito, não podem ser tratados como realidades opostas, discussão observada nos contratos da Administração. Os contratos da Administração, instrumento de realização do interesse público, costumeiramente, foram divididos em contratos administrativos e contratos privados da administração, sendo a especificação baseada em um critério de exorbitância (a cláusula exorbitante) existente no primeiro. Ainda, críticas vêm sendo feitas ao instituto das cláusulas exorbitantes, propondo-se sua superação e de seu fundamento, o princípio da supremacia do interesse público, ao argumento de serem incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Torna-se, portanto, necessário analisar o instituto e sua aplicação à luz do sistema jurídico vigente, averiguando-se: se as cláusulas exorbitantes constituem-se em critério adequado para sustentar a dicotomia contratual do Estado; a higidez do seu fundamento, no caso, o princípio da supremacia do interesse público; o cenário das cláusulas de prerrogativas e suas críticas; as cláusulas de prerrogativa e seus pontos de tensão no Estado Democrático de Direito; a consensualização na Administração Pública; e a solução de conflitos quando da aplicação de prerrogativas, chegando-se a um adequado tratamento da matéria na contemporaneidade.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Direito Administrativo; cláusula exorbitante; princípio da supremacia do interesse público; contrato administrativo; prerrogativa.

ABSTRACT

Public Administration and Administrative Law are evolving in order to concretize, in Brazil, the Social and Democratic State of Law, resulting in a paradigm review. In order to foment the satisfaction of interests characterized as public, the scope of the State is broadened, resulting in a closer approximation between society and public institutions, in a scenario of distinction's relativization between the public and the private, in which, as a result of the Democratic State of Law, and the constitutionalisation of the Law, can not be treated as opposing realities, a discussion observed in the Administration's contracts. The administration's contracts, as an instrument for the realization of the public interest, were customarily divided into administrative contracts and administration's private contracts, and the specification being based on an exorbitant standard (the exorbitant clause) existing in the first of them. Criticism has also been made to the institute of exorbitant clauses, proposing its overcoming and its foundation, the principle of supremacy of the public interest, to the argument of being incompatible with the Democratic State of Right. It is, therefore, necessary to analyze the institute and its application under the paradigm of the existing legal system, by examining whether exorbitant clauses are an adequate standard to support the contractual dichotomy of the State; the strength of its foundation, in this case, the principle of supremacy of the public interest; the scenario of prerogative clauses and their criticisms; the clauses of prerogative and its points of tension in the Democratic State of Law; the consensualization in the Public Administration; and the solution of conflicts when applying prerogatives, reaching an adequate treatment of the matter in the contemporaneity.

Keywords: Social and Democratic State of Law; Administrative Law; exorbitant clause; principle of supremacy of the public interest; administration's contracts; prerogatives.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	16
2.1	O Direito Administrativo no Contexto do Estado Democrático de Direito	16
2.1.1	O regime democrático e o Direito Administrativo	16
2.1.2	A constitucionalização do Direito Administrativo e a proporcionalidade no Estado Democrático de Direito.....	18
2.1.3	O regime jurídico da Administração Pública e o regime jurídico-administrativo clássico	26
2.2	Administração Pública, Direito Administrativo e sua Evolução.....	29
2.2.1	Da Administração patrimonial à Administração gerencial: a evolução da Administração Pública.....	29
2.2.2	As fases do Direito Administrativo brasileiro e as novas reflexões.....	32
2.3	A Noção de Interesse Público e seus Desdobramentos: a relação entre os interesses público e o privado; o interesse público primário e o interesse da Administração; e a formulação bipartite de interesse público.....	35
2.4	Os Ajustes da Administração Pública	45
2.4.1	Disciplina normativa dos contratos da Administração no Brasil	47
2.4.2	A doutrina clássica dos contratos da Administração brasileira.....	49
2.5	Administração Pública e sua Possibilidade de Firmar Contratos	51
2.5.1	O desenvolvimento da teoria clássica dos contratos administrativos.....	51
2.5.2	A crítica à denominação “contratos administrativos” e a teoria do ato unilateral	56
2.5.3	O contrato da administração como espécie de negócio jurídico	58
2.6	A Evolução da Teoria do Contrato Administrativo	61
2.7	Atividade Contratual da Administração no Estado Democrático de Direito	64
2.7.1	Contratos da administração e direitos fundamentais.....	65
2.7.2	Desenvolvimento, interesse público e contrato administrativo.....	67
2.7.3	Aplicação dos princípios da continuidade e eficiência	72
2.7.4	Aplicação do princípio da igualdade entre as partes	75
3	A DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO E O CRITÉRIO DA EXORBITÂNCIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	77

3.1 O Direito Público e o Direito Privado na Formação do Regime Jurídico Administrativo	77
3.1.1 A transposição de institutos do Direito Civil para o Direito Administrativo	80
3.1.2 O Direito Privado e sua influência sobre o Direito Público e vice-versa.....	81
3.1.3 Os limites de aplicação do Direito Administrativo na lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández.....	86
3.1.4 A concepção de finalidade pública como tentativa de convergência entre o público e o privado	89
3.2 Cláusulas Exorbitantes como Fator da Dicotomia Contratual Administrativa Clássica	91
3.2.1 Origem da dicotomia contratos administrativos e contratos privados da Administração.....	93
3.2.2 As cláusulas exorbitantes como critério da dicotomia contratos administrativos e contratos privados da Administração	96
3.2.3 A revisão da substantivação do contrato administrativo	97
3.2.4 A inexistência de contratos privados da Administração por um critério de exorbitância	103
3.3 A Inadequação da Expressão “Cláusula Exorbitante”	111
4 CLÁUSULA DE PRERROGATIVA E SUA COMPATIBILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	114
4.1 A Higiene do Fundamento das Prerrogativas da Administração: o princípio da supremacia do interesse público e a aplicação da proporcionalidade.....	115
4.1.1 Origem do princípio e sua aproximação à ideia de bem comum	115
4.1.2 O paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado	116
4.1.3 Interesse público prevalecente, proporcionalidade e a supremacia do interesse público	121
4.2 Premissas Acerca da Análise das Cláusulas de Prerrogativa: Para Uma Melhor Compreensão da Questão.....	125
4.3 As Cláusulas de Prerrogativa e seus Pontos de Tensão no Estado Democrático de Direito	128
4.3.1 Autonomia privada e cláusula de prerrogativa.....	128
4.3.2 A função social do contrato e a cláusula de prerrogativa.....	131
4.3.3 O princípio da proteção da confiança e a cláusula de prerrogativa.....	132
4.3.4 O princípio da igualdade e a cláusula de prerrogativa	134
4.3.5 O princípio da eficiência e a cláusula de prerrogativa	138
4.4 Cláusula de Prerrogativa Ante a Tendência de Consensualização na Administração Pública	141

4.5	Uma Abordagem À Doutrina da Flexibilização das Cláusulas de Prerrogativa	145
4.6	Os Direitos Fundamentais do Contratado e sua Conformidade com a Disciplina da Cláusula de Prerrogativa: aplicando a proporcionalidade	149
5	CONCLUSÃO.....	155
	REFERÊNCIAS.....	163

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública e o Direito Administrativo evoluem no sentido de concretizarem, no Brasil, o Estado Social e Democrático de Direito. Este, fator de legitimação formal e de defesa e proteção dos direitos fundamentais, que se propõe a equilibrar a autonomia privada e a ação estatal. Desse modo, busca-se promover a satisfação de interesses caracterizados como públicos, ampliando-se o campo de atuação do Estado, que passa a abarcar diversas atividades, cuja intervenção, em outrora, não se cogitava.

É para a satisfação desses interesses públicos que a Administração, na realização de suas funções, se vale da colaboração do setor privado, haja vista a dificuldade de o Estado atuar satisfatoriamente em diversos campos. Verifica-se, nesse sentido, uma maior aproximação entre sociedade e instituições públicas, ressurgindo o debate sobre o campo de atuação estatal e o seu modo de atuação, num cenário de relativização da distinção entre o público e o privado, a partir da qual, em decorrência do Estado Democrático de Direito, não podem ser tratados como realidades opostas, o que fica mais evidente com o fenômeno da Constitucionalização do Direito. É preciso ter em mente, por conseguinte, que a distinção entre Direito Público, relacionado ao Estado, e Direito Privado, relacionado aos interesses individuais, não significa a incomunicabilidade de ambos e a quebra da unidade do Direito.

A discussão é observada, também, no trato dos contratos administrativos, de inquestionável relevância socioeconômica, em decorrência da função estatal de promover a satisfação de direitos, o que requer contratações frequentes e uma maior circulação de riquezas. Por meio deles, passa, então, o Estado, a agir como indutor de práticas de mercado para a realização do interesse público.

Nessa linha, a aproximação entre o Estado e os particulares, por meio de contratos, tem despertado algumas discussões atuais, após anos de fixação da sua teoria iniciadora, chegando-se a questionar a relação travada em virtude da evolução da sociedade, que passou a reconhecer o Estado Social e Democrático de Direito e os direitos fundamentais, tendo como pilar central a dignidade da pessoa humana.

Por certo, a noção de contrato regido pelo Direito Público firmou-se apartada dos preceitos tradicionais da teoria do contrato privado, a exemplo da igualdade entre as partes e a intangibilidade da vontade inicial das mesmas. Essa formatação deu-se a partir de dois grandes blocos do Direito, aparentemente distantes (mas, em verdade, imbrincados), o Civil e o Administrativo.

Formou-se, conseqüentemente, na doutrina clássica, uma categoria de contrato na qual a Administração, no intuito de assegurar o atendimento ao interesse público, é detentora de certas prerrogativas, com base na ideia de supremacia do interesse público sobre o particular, seriam estes contratos administrativos. Por outro lado, existiriam também contratos em que a Administração participaria em relativo pé de igualdade com o particular, sem utilização de prerrogativas, os chamados contratos privados da Administração. Dessa forma, a diferenciação, segundo a doutrina, ocorreria por um critério de exorbitância daquelas prerrogativas em relação aos contratos de natureza privada.

Todavia, Fernando Dias Menezes de Almeida,¹ ao propor a sistematização das avenças da Administração em módulos convencionais, reconhece a seguinte estrutura: a) módulos convencionais de cooperação, no qual prevalece a ideia de atuação conjunta e finalidade única (v.g. convênios, consórcios públicos, contrato de gestão, termo de parceria); b) módulos convencionais de concessão (v.g. concessão e permissão de serviço público, concessão patrocinada e administrativa e concessão de uso ou exploração de bem público); c) módulos convencionais instrumentais, destacando-se o aspecto instrumental para a consecução da finalidade pública (v.g. contratos de obras, serviços, compras, locações e seguro).

É dessa sistematização que parte o presente estudo e se faz um corte sobre o objeto de análise, mais especificamente dos módulos convencionais instrumentais, praticados em maior volume pela Administração nas suas atividades cotidianas, uma vez que grande parte dos recursos públicos é dirigida às compras, obras e serviços com o setor privado, que veem nesses contratos uma grande oportunidade para a realização de negócios.

A Lei nº 8.666/1993, Lei Geral das Contratações Públicas, disciplina hipóteses nas quais o Estado teria uma posição diferenciada em relação ao contratante particular, situações aparentemente inexistentes numa relação estritamente privada, isso com a justificativa de promover o interesse público, recebendo o nome de cláusulas exorbitantes. De modo expresso, são previstas, no artigo 58 da Lei, as seguintes cláusulas: modificação unilateral do contrato; extinção unilateral; fiscalização; aplicação de sanções e de ocupação provisória de bens e utilização de pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato. Todavia, estas não são as únicas cláusulas de igual natureza que se encontram presentes na Lei Geral de Licitações. Podem-se indicar, como outros exemplos: a discricionariedade de exigência de garantia (art. 56); nos casos de rescisão unilateral, a assunção do objeto do contrato e a

¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

retenção de créditos do contratado (art. 80, inc. I e IV); e a inoponibilidade imediata da *exceptio non adimpleti contractus* (art. 78, inc. XV).

(i) A alteração unilateral é promovida pela Administração quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos ou quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos pela Lei, e sempre para atendimento do interesse público, que definirá seu real limite.² Logo, não se constitui em atividade arbitrária ou fonte de enriquecimento ilícito.³ Cabe frisar, o poder de proceder com essas alterações é adstrito às cláusulas regulamentares, sendo vedada a alteração do equilíbrio econômico-financeiro da avença (art. 58, §1º).

(ii) A rescisão poderá ser unilateral por parte da Administração (rescisão administrativa), nos casos previstos no artigo 79, inciso I, da Lei Geral de Licitações (ou seja, nas hipóteses enumeradas nos incisos I a XII e XVII do artigo 78), por razões de interesse público,⁴ observado o direito à indenização do contratado em caso de prejuízos. Assim, o fundamento da rescisão unilateral pela Administração é o interesse público envolvido na continuidade ou não do contrato na forma em que prestado.

(iii) A fiscalização do contrato é um poder de controle da Administração. Desse modo, a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição (art. 67 da Lei nº 8.666/93).

(iv) Nas relações contratuais regidas pelo Direito Privado, as sanções estipuladas para as partes, se não cumpridas espontaneamente, apenas serão exigidas por meio da tutela estatal. Todavia, nos contratos ditos administrativos, a Administração tem a faculdade de aplicar sanções e as executar diretamente, de modo motivado e garantindo a ampla defesa e o contraditório.

(v) Para a rescisão do contrato, especificamente de modo unilateral, é preciso processo administrativo, tendo como base o contraditório e a ampla defesa. Nesse período, a Administração, com fulcro no artigo 80, inciso I, da Lei Geral, pode retomar o objeto do

² FURTADO, Lucas Rocha Furtado. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 293.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 666.878/RJ, 1 T., rel. Min. Denise Arruda, j. em 12.06.2007, DJ de 29.06.2007.

⁴ Cabe mencionar que, nos contratos de concessão, regidos pela Lei nº 8.987 de 1995, as hipóteses de rescisão por interesse público e de rescisão por desobediência de cláusula contratual possuem a designação de encampação (art. 37) e extinção por caducidade (art. 38), respectivamente.

contrato, de modo direto e independente de tutela judicial para a garantia da continuidade, imprescindível à coletividade.

(vi) A Lei nº 8.666/1993 elenca três tipos de garantia: a de proposta (art. 31, III), agindo como condição de habilitação no certame; a garantia adicional (art. 48, §2º), representa um reforço de garantia para os casos de propostas apresentadas dentro de uma faixa de risco de inexequibilidade; e a garantia de execução do contrato (art. 56), prestada na ocasião da assinatura do contrato, sendo esta a que interessa neste ponto. Conforme a dicção do artigo 56 da Lei Geral de Licitações e Contratos, a exigência de garantia nas contratações de obras, serviços e compras é faculdade atribuída ao gestor público competente, devendo estar prevista no instrumento convocatório, cabendo, ao contratado, escolher a forma como irá prestar a garantia contratual, dentre as opções legais.

(vii) Em decorrência da execução do contrato, o contratado pode ter créditos a receber da Administração Pública. Todavia, nos casos de rescisão unilateral do contrato, quando insuficientes as garantias contratuais prestadas, esses créditos poderão ser retidos para o pagamento de prejuízos, indenizações e multas, até o limite dos prejuízos causados à Administração. Ademais, prevê, a Lei Geral de Licitações e Contratos, hipóteses de retenção de créditos do contratado para saldar multas aplicadas por atraso injustificado ou inexecução do contrato, desde que superiores ao valor da garantia prestada (art. 86, §3º, e art. 87, §1º). Todavia, deve a Administração, no caso de retenção, agir dentro do razoável e limitada aos respectivos prejuízos, sob pena de agir de modo ilegal.

(viii) A cláusula *exceptio non adimpleti contractus*, ou cláusula da exceção do contrato não cumprido, preconiza, conforme o artigo 476 do Código Civil de 2002, que nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da obrigação do outro. Nos contratos administrativos, é aplicável diante da inadimplência do contratado, todavia, em princípio, ela não irá ser aplicada nos casos em que a falta é da Administração. Atualmente, somente se pode falar em relativa ou temporária inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido. Isso porque a oposição, pelo particular, dessa cláusula implícita, passou a ser expressamente autorizada, quando o atraso do pagamento pela Administração seja superior a 90 (noventa) dias.⁵ Desse modo, existe dúvida se a *exceptio non adimpleti contractus* é realmente cláusula exorbitante. Tomada a perspectiva clássica de ser tal instituto provido por cláusulas que exorbitam as previstas nos contratos privados, ela não seria cláusula exorbitante, pois, atualmente, é de possível aplicação em todos os contratos privados

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 910.802/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03/06/2008, DJe 06/08/2008.

ou públicos. Todavia, sua previsão de modo diferenciado, com prazo estabelecido para sua aplicação, a torna uma prerrogativa da Administração, que se pode dizer exorbitante.

Diversas críticas vêm sendo feitas, por parte da doutrina, ao instituto das cláusulas exorbitantes, chegando-se a afirmar que essas cláusulas seriam desmotivadoras à contratação com o ente público e que serviriam para fins irregulares e imorais, ferindo, ainda, o princípio da confiança. Na aceção de alguns, essas prerrogativas implicam desrespeito ao princípio da igualdade das partes no contrato. Outrossim, questiona-se a própria existência de contratos administrativos sujeitos a regime jurídico de Direito Público.

Propõem, os críticos, a superação de traços característicos e paradigmas do Direito Administrativo, ao argumento de uma atuação arbitrária do Estado, em alguns casos, fundada no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Doutrinadores abalizados defendem uma desconstrução do referido princípio, fundamentando que o Estado Democrático de Direito não suporta o dogma da supremacia, devendo, em verdade, prevalecer os direitos fundamentais, quando em confronto com o dito princípio.

Dessa forma, ante a finalidade de promoção do desenvolvimento nacional das contratações públicas, a aplicação das ditas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e as críticas realizadas a essas cláusulas e ao seu fundamento, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, crescem os questionamentos e, conseqüentemente, as problemáticas epistemológicas em torno da relação contratual Estado-Particular.

É nessa linha de discussão que se faz a presente análise sobre as cláusulas exorbitantes à luz da constitucionalização do Direito, no cenário do Estado Democrático de Direito, não com um olhar individual sobre cada uma delas, atividade que não caberia neste objeto de estudo devido à sua extensão e diversidade, mas uma análise da aplicação do instituto como um todo, nos módulos convencionais instrumentais. Averiguar-se-á dois pontos centrais: a cláusula exorbitante como fator da dicotomia contratual na Administração Pública, em uma perspectiva de imbricação entre o público e o privado; e a cláusula exorbitante como prerrogativa da Administração Pública contemporânea. Para tanto, será vista a forma de construção do Direito Administrativo e sua relação com o Direito Civil; a disciplina dos contratos administrativos; o real caráter dessas ditas cláusulas exorbitantes; e sua consonância e aplicação no Estado Democrático de Direito.

A temática lançada é, por demais, importante ao desenvolvimento regular da sociedade, pois, sendo a contratação pública fator relevante para o desenvolvimento nacional, as relações travadas entre Estado e Particular devem ser analisadas e os pontos de conflito

explorados e dirimidos, tornando as decisões administrativas e judiciais mais seguras e legítimas.

Assim, torna-se necessário realizar uma pesquisa visando a oferecer um detalhamento maior ao tema e aplicando uma visão crítica acerca desses mecanismos, verificando sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional, bem como apontando soluções, garantindo o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1 O Direito Administrativo no Contexto do Estado Democrático de Direito

2.1.1 O regime democrático e o Direito Administrativo

A democracia como meio e instrumento de concretização de valores imprescindíveis para a convivência humana – valores estes traduzidos nos direitos fundamentais do homem – revela a vontade do povo, afirmada paulatinamente num processo de conquistas históricas, com respeito e tolerância entre os conviventes.⁶ Por isso, pode-se afirmar que o valor fundante da democracia é a igualdade (substancial), que torna efetiva a realização dos demais direitos fundamentais do homem, cuja liberdade é sua expressão maior.⁷

É importante destacar que democracia não se confunde com Estado Democrático de Direito. Este último destina-se a garantir valores supremos para uma sociedade. Esses valores estão presentes no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), sendo importante diretriz hermenêutica.⁸ Apesar de o Supremo Tribunal Federal afirmar que ele, o preâmbulo, não tem relevância jurídica,⁹ não sendo norma, ele consagra os valores subjacentes à Constituição e que a inspiraram.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 125-126.

⁷ *Ibid.*, p. 131-132.

⁸ “Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 [...]. Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]. E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que “O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico” [...]. Na esteira desses valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade. ADI 2.649, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-5-2008, P, *DJE* de 17-10-2008” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp#2>>. Acesso em 08 dez. de 2018).

⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 2076, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218. Voto vencedor.

Proclamado no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988),¹⁰ a enunciação do Estado Democrático de Direito impõe ao Estado brasileiro, segundo José Sérgio da Silva Cristóvam, um modelo “republicano, social e democrático de direito, em todas as suas dimensões substanciais (materiais) e procedimentais (organizacionais)”. Assim, para o Estado possuir uma atuação legítima, deve cumprir “uma série de obrigações negativas (direito de liberdade) e prestacionais (direitos sociais), os princípios relacionados à soberania popular, ao pluralismo, à cidadania e à participação política democrática”, ainda, impõe-se o “cumprimento de diversas regras procedimentais para o exercício legítimo do poder”.¹¹ Logo,

não restam dúvidas, portanto, que o princípio democrático e que a dimensão substancial e procedimental do Estado democrático de direito aponta na direção dos postulados da justiça material e da igualdade substancial, a funcionar não só como limites e fatores de legitimação formal à ação estatal mas também (e sobretudo) como mecanismo de defesa e promoção dos direitos fundamentais (individuais e sociais).¹²

É em decorrência dessa ordem constitucional que se admite existir um direito fundamental à boa administração,¹³ feixe de princípios e regras com relevante papel nas relações da Administração, tais como interesse público, eficiência, confiança e proporcionalidade. É com base nesse dever de boa administração que se impõe, ao Estado, uma adequada gestão dos recursos públicos e uma gestão aberta, num modelo de governança plural e democrática, cuja atuação deve ser transparente, proba e imparcial nas suas relações, a partir de uma dimensão ponderada de princípios.¹⁴

Assim, tendo em vista o agigantamento do Estado e a modernização pela qual passa, o seu papel deve balancear a autonomia privada frente ao poder público, respeitando o

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

¹¹ CRISTOVÁM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 285.

¹² Ibid., p. 286.

¹³ Trazendo o conceito de boa administração, Juarez Freitas afirma tratar-se de “direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22).

¹⁴ CRISTOVÁM, Op. Cit., p. 292-293.

cidadão e seus direitos. É nessa senda que a constitucionalização do Direito, em especial o Administrativo, representa instrumento de defesa do regime democrático.¹⁵

2.1.2 A constitucionalização do Direito Administrativo e a proporcionalidade no Estado Democrático de Direito

A partir de 1988, no Brasil, a Constituição deixa de possuir apenas supremacia formal e, com a força normativa de suas normas, passa a contar com uma supremacia material e axiológica, tornando-se o centro do sistema jurídico brasileiro e vetor de interpretação dos demais ramos do Direito, conduzindo a reinterpretação de institutos, agora sob a ótica dos valores constitucionais, em decorrência do que se convencionou chamar de *constitucionalização do Direito*.

Em escritos jurídicos, a expressão *constitucionalização do Direito* comporta sentidos diversos, cabendo, em seus limites, ideias como: supremacia da Constituição em um sistema jurídico; e incorporação formal de temas relacionados a diversos ramos do Direito, tais como o administrativo, o civil, o penal e o processual. Numa terceira acepção, a expressão se relaciona, segundo Luís Roberto Barroso, a um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”.¹⁶

Na mesma linha de Barroso, Virgílio Afonso traduz a expressão *constitucionalização do Direito* na ideia de “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”.¹⁷ Essa irradiação de efeitos caracteriza-se como um processo, revestido por diversas formas (a exemplo da reforma legislativa) e realizado por diversos atores (tais como o legislativo, o judiciário e a doutrina).¹⁸

Nesse sentido, o direito infraconstitucional é condicionado pelas normas constitucionais, por serem estas seu fundamento de validade, influenciando, ainda, na atuação legislativa, executiva e judiciária, além de refletir nas relações com e entre particulares.

¹⁵ REVOREDO, Luciana Alves. A constitucionalização do direito administrativo no cenário do Estado democrático de direito e o reflexo nos contratos administrativos. In: **Revista de Estudo de Direito Postal da ECT**, vol. 1, ano XIV, nº 04, Brasília, dez. de 2016. Disponível em: <<https://www.correios.com.br/sobre-os-correios/a-empresa/revista-de-estudo-de-direito-postal-da-ect/edicao-atual/pdf/2016/artigo4.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 395-396.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 18.

¹⁸ *Ibid.*, p. 38-45.

A ascensão de regras e princípios de um ramo jurídico ao rol constitucional tem por consequência uma alteração da sua forma de agir no sistema jurídico, haja vista seu novo caráter subordinante.¹⁹ No Direito Administrativo, como já apontado, essas transformações também são observadas.

Iniciada, no século XIX, a sistematização do Direito Administrativo, na busca de uma identidade própria para esse ramo, identificou-se, primordialmente, uma vinculação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, sendo o segundo o meio de concretização do primeiro, regulando a organização e o funcionamento dos poderes, estando numa nítida posição secundária.²⁰

Reconhecida a existência de um Direito Público,²¹ que compreenderia, além de outros, o ramo Administrativo, a partir do Século XX, este adquiriu sistemática própria, cuidando dos órgãos executores do Estado e deixando para o primeiro a regulação dos órgãos do Estado ligados às decisões políticas.

Atualmente, segundo Odete Medauar,

[...] o objetivo específico do direito constitucional encontra-se na Constituição, no duplo aspecto de norma constitutiva básica dos poderes públicos e de norma fundamental de todo o ordenamento; essa dupla dimensão leva a identificar alguns preceitos como objeto ao mesmo tempo do direito constitucional e de outros setores jurídicos. Por sua vez, o direito administrativo, por tratar primordialmente da organização, meios, formas e relações jurídicas da Administração pública, um dos campos de atuação estatal, mantém vínculos muito estreitos com o direito constitucional.²²

Em decorrência da vinculação estreita entre o Direito Administrativo e o Constitucional, aliada ao fenômeno da constitucionalização do Direito, temos uma evolução desse vínculo, a constitucionalização do Direito Administrativo, fundamento para a limitação da discricionariedade administrativa, imposição de deveres de atuação e validade de atos decorrentes da aplicação direta e imediata da Constituição, livremente da atuação do

¹⁹ BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 404. Em mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 184.

²¹ Sobre os ramos do Direito que compõem o Direito Público e o Direito Privado, utiliza-se, neste trabalho, a orientação de Luís Roberto Barroso para quem “são classicamente considerados ramos do direito público: o direito constitucional, o direito administrativo, o direito financeiro e tributário, o direito processual e o direito penal [...]. No Direito Privado, estão o Direito Civil, o Direito Comercial e o Direito do Trabalho” (*Direito Constitucional Contemporâneo*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 81). Desse modo, algumas vezes utilizaremos, ao longo do texto, a designação Direito Público em substituição à expressão Direito Administrativo e Direito Privado em substituição ao termo Direito Civil.

²²MEDAUAR, Op. Cit., p. 188.

legislador ordinário.²³ Em razão disso, “o Direito Administrativo deve sempre encontrar no Direito Constitucional não apenas seu alicerce principiológico, mas a própria lógica estruturante de seus institutos e organizações funcionais”²⁴.

Dessa forma, normas constitucionais, além de preverem disciplina da Administração Pública, passam a influenciar categorias do Direito Administrativo, como os contratos, não apenas com princípios específicos, mas também com os de caráter geral como: centralidade da dignidade da pessoa humana e preservação dos direitos fundamentais.²⁵ Nesse novo modelo de atuação, paradigmas do Direito, a exemplo da supremacia do interesse público sobre o privado, que fundamenta a quebra de isonomia em certas relações contratuais da Administração, passam a ser repensados ou mesmo superados (para alguns),²⁶ em busca de compatibilização com o Estado Democrático de Direito.

Essa ideia de repensamento ou superação dos paradigmas nasce da perspectiva de interpretação do Direito Administrativo à luz da Constituição e seus princípios interpretativos, em especial o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, com origem no Direito Administrativo,²⁷ ganhou espaço de aplicação no Direito Constitucional no fim do Século XX, a partir de ideias desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional alemão, com base na cláusula do Estado Democrático de Direito.

Esse Estado Democrático de Direito foi pautado pela sobreposição do princípio da legalidade, havendo limite e controle, consequentemente, dos atos e das atividades do legislativo. Em contrapartida, o Juiz ganha maior autonomia, atuando de modo mais livre, realizando um controle de aplicação das normas por meio do uso da Hermenêutica e de noções de conformidade e compatibilidade com a inserção da proporcionalidade, vista como ativismo judicial.

Essa limitação do legislador tem origem na supremacia da Constituição reproduzida pelo novo Estado de Direito, cujo sentido é encontrado na vinculação à liberdade, limitação dos poderes do Estado e guarda dos direitos fundamentais, todas essas características observadas a partir do princípio ou máxima da proporcionalidade. Portanto, a

²³ BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 396.

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 04.

²⁵ BARROSO, Op. Cit., p. 416-417.

²⁶ Ibid., p. 416-417.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 416-420.

proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, nasceu numa concepção de Estado de Direito, em cujo centro de gravidade do sistema, concentram-se os direitos fundamentais.²⁸

No contexto brasileiro, é importante registrar, a norma da proporcionalidade aparenta não existir de modo expresso ou escrito no texto constitucional, mas pode ser encontrada, de forma subjacente, em diversas passagens, como, por exemplo: no inciso V do artigo 5º,²⁹ no inciso V do artigo 7º,³⁰ e no parágrafo primeiro do artigo 45,³¹ todos da Constituição Federal de 1988. Assim, é na qualidade de princípio constitucional implícito que a proporcionalidade é reconhecida, sendo sua lesão causa de “dano irreparável à natureza e integridade do sistema constitucional”.³²

Vale dizer, mesmo desconsiderando a discussão de existir, ou não, diferença entre as ideias de razoabilidade – desenvolvida pela Suprema Corte americana e ligada ao devido processo legal substantivo – e de proporcionalidade³³, a fixação da terminologia *princípio da proporcionalidade* não é pacífica, ocorrendo a aplicação de termos como *dever de proporcionalidade*, *postulado da proporcionalidade*³⁴, *máxima da proporcionalidade*³⁵, *vedação de excesso*, *proibição de excesso*³⁶, *princípio da necessidade*³⁷, dentre outros, que,

²⁸ BONOVIDES, **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 407-409.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 5º [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem [...]”.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 7º [...] V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; [...]”.

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 45 [...] §1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”.

³² BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 445.

³³ As expressões proporcionalidade e razoabilidade foram cunhadas em sistemas jurídicos diversos. A primeira, como explicitado acima, teve origem no Direito da Alemanha, sendo considerada pertinente ao Estado Democrático de Direito. Já a razoabilidade tem origem no Direito norte-americano, desenvolvida pela Suprema Corte Americana com base no devido processo legal substantivo. Embora semelhantes e tratadas indistintamente por nosso Supremo Tribunal Federal e autores como Luís Roberto Barroso (BARROSO, **Direito Constitucional Contemporâneo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 293-300), não são expressões sinônimas, pois se diferenciam não só pela origem, mas também pela estrutura. A proporcionalidade, segundo entendimento de Virgílio Afonso da Silva, seria racionalmente mais bem estruturada, além de mais ampla, correspondendo a razoabilidade apenas ao primeiro subelemento da proporcionalidade, ou seja, a adequação (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 27-35).

³⁴ Tal aplicação é revelada por Humberto Bergmann Ávila em *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade* (**Revista de Direito Administrativo**, nº 215, 1999, pp. 151-179, Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>>. Acesso em: 24 de maio de 2018). Todavia, em obra mais recente Humberto Ávila proclama a expressão postulado da proporcionalidade (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016).

³⁵ Robert Alexy apresenta o uso da expressão máxima da proporcionalidade como sinônima de princípio da proporcionalidade, em decorrência das três máximas parciais que compõe o princípio (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 116).

³⁶ Sobre a designação *proibição de excessos* como sinônimo de princípio da proporcionalidade, Virgílio Afonso da Silva aponta existir uma impropriedade. Para ele, ainda que a proporcionalidade aja como instrumento de

posteriormente, se verificou tratar, por vezes, de conteúdo da própria proporcionalidade. Para o presente estudo, sem a pretensão de adotar um rigor doutrinário,³⁸ utilizaremos, indistintamente, as expressões princípio da proporcionalidade, postulado da proporcionalidade ou, por vezes, máxima da proporcionalidade, por entendermos existir similaridade entre as designações.

Pois bem, Robert Alexy esclarece que, no caso da proporcionalidade, a utilização do vocábulo *princípio* não se trata de aplicação com o sentido padrão por ele empregado, pois não há sopesamento contra algo, com ou sem precedência em relação a outro princípio. Nessa aplicação, o que se perquire é se os elementos parciais (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito) foram atendidos, acarretando uma resposta negativa em ilegalidade da medida. Logo, os conteúdos parciais da proporcionalidade, para Alexy, seriam regras.³⁹

Essa compreensão dos subelementos da proporcionalidade como regras em contraposição à noção de *princípio* é destacada por Virgílio Afonso da Silva, para quem o termo *princípio* não pode ser usado apenas como oposto à regra jurídica, pois aquele possuiria plurivocidade e, na prática jurídica brasileira, seria empregado como sinônimo de “disposição fundamental”⁴⁰, a exemplo da conceituação de princípio como “mandamento nuclear de um sistema”,⁴¹ realizado por Celso Antônio Bandeira de Mello.⁴²

controle de excessos do Estado, há também sua utilização como instrumento de combate a omissão ou ação insuficiente do Estado, a chamada de proibição de insuficiência (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 27).

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 412-416.

³⁸ Sobre a nomenclatura do princípio da proporcionalidade podemos encontrar na doutrina diversas formas de designar o mesmo, a exemplo das obras citadas de Robert Alexy, Humberto Ávila, Virgílio Afonso e Paulo Bonavides.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 117.

⁴⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 26.

⁴¹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito de princípio conforma a ideia de “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 54).

⁴² Em observação semelhante à realizada por Virgílio Afonso sobre a plurivocidade do vocábulo *princípio*, Celso Antônio escreve: “Anota-se que esta é uma das possíveis acepções da palavra *princípio*. É a mais tradicional delas, ou seja, aquela que vem sendo usada ao longo dos tempos pela doutrina. Sem embargo, como ninguém é dono das palavras, pode-se atribuir este mesmo rótulo a outros objetos mentáveis. O eminente Genaro Carrió, em seu *Principias Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Abeledo-Perrot, 1970, pp. 34 a 38, arrola onze significados para tal expressão. A partir da década de 70 começou a vulgarizar-se uma acepção de princípio baseada nas formulações de Alexy e Dworkin (que de resto não são idênticas, mas têm grandes pontos de similitude). Ocorre que estes eminentes juristas não expropriaram (até mesmo por impossível) o direito ao uso de tal expressão, de molde a tomar admissível apenas a acepção que lhe emprestam. Então, é possível que algo seja qualificado como princípio, de acordo com uma dada acepção de princípio, descoincidente com a que lhe irrogam estes

Dada essa diversidade conceitual, pode-se afirmar que a proporcionalidade é um princípio cujo conteúdo é mais fácil de compreender que definir. Com efeito, apenas em decisão datada de 16 de março de 1971, a Corte Constitucional alemã apresentou manifestação mais clara acerca da definição do princípio da proporcionalidade, cujo teor Paulo Bonavides traduziu da seguinte forma:

o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.⁴³

Notam-se, no trecho traduzido, elementos hoje reconhecidos pela doutrina⁴⁴ como subprincípios ou conteúdos parciais do princípio da proporcionalidade.

O primeiro, a adequação, também chamado de pertinência ou aptidão⁴⁵, nos diz se a medida apontada é o meio certo para atingir um fim baseado no interesse público, revelando uma faceta de conformação entre meio e fim.

A necessidade, apontada como segundo elemento da proporcionalidade, também reconhecida como a escolha do meio mais suave⁴⁶, estabelece que a medida a ser adotada não poderá exceder o limite do indispensável para o atingimento do fim almejado.

Por fim, acrescenta-se, à definição trazida acima, um terceiro subprincípio para a análise da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito (ou “mandamento do sopesamento propriamente dito”, nos termos de Robert Alexy⁴⁷). Segundo esse subprincípio, a escolha, dentre as medidas adequadas e necessárias, deve recair sobre a que melhor considere, no caso concreto, o conjunto de interesses em jogo.

Estabelecendo uma definição e função ao princípio da proporcionalidade, Humberto Bergmann Ávila o intitula como *postulado normativo aplicativo*, que decorreria da “estrutura principal das normas e da atributividade do Direito”, sendo “dependente do conflito de bens

mencionados autores. É óbvio, pois, que seria gravíssimo erro pretender *avaliar o objeto* dessarte identificado como princípio, para atribuir-lhe características distintas das que lhe foram irrogadas por quem dele se serviu, valendo-se de critério que estivesse assentado em *outra acepção de princípio*, qual a que lhe conferem Alexy e Dworkin. Isto implicaria falar de “A”, supondo-se referido a “B”. Quem cometer tal erro em obra teórica - e isto tem ocorrido ultimamente - sobre estar incurso em séria impropriedade, induzirá terceiros incautos a incidirem no mesmo deplorável equívoco” (MELLO, Op. Cit., p. 54).

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 419.

⁴⁴ Ibid., p. 405.

⁴⁵ Ibid., p. 405.

⁴⁶ Ibid., p. 406.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 117.

jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim”, tendo como função o estabelecimento de “medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados”.⁴⁸

É com base nessa definição, em especial na afirmativa de derivação do princípio da proporcionalidade da estrutura das normas e da atributividade do Direito, que Virgílio Afonso da Silva alerta ser “a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade uma busca fadada ao insucesso”, pois o princípio da proporcionalidade não decorreria de um dispositivo constitucional específico, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais.⁴⁹

Ainda, partindo-se das premissas de que (a) princípios são mandamentos de otimização; (b) que, nos casos de colisão entre princípios antagônicos, deve haver um sopesamento⁵⁰ para se chegar a uma decisão; (c) e que as normas de direitos fundamentais possuem um caráter principiológico, revelando-se a necessidade de sopesamento quando estiverem em conflito, pode-se concluir que a proporcionalidade em sentido estrito deduz-se da essência principiológica dos direitos fundamentais.

Desse modo, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵¹ decorrem da natureza dos princípios, sendo os dois primeiros derivados da ideia de princípios como mandamento de otimização em face das possibilidades fáticas; e o último derivado da ideia de princípio como mandamento de otimização em face das possibilidades jurídicas.⁵²

Dada sua importância e conteúdo, o princípio da proporcionalidade se torna mecanismo de proteção de direitos e liberdades, fornecendo critérios de limitação do Estado e mesmo de liberdades individuais, estando em consolidação, pela doutrina, como “regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito”, o que o torna “um princípio essencial da Constituição”⁵³, mesmo “não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito”.⁵⁴

⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, nº 215, 1999, p. 175. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

⁴⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 43.

⁵⁰ Sobre a lei de colisão entre princípios *vide* Robert Alexy (**Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 93-103).

⁵¹ Vale anotar, Virgílio Afonso identifica relacionamento subsidiário entre os três subelementos da proporcionalidade, na medida em que nem sempre haverá a análise dos todos (SILVA, Luís Op. Cit., p. 34-35).

⁵² ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 117-118.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 405.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 410.

Além disso, uma das aplicações para o princípio da proporcionalidade é o seu uso como instrumento de interpretação nos casos de antagonismo entre direitos fundamentais, quando se busca uma solução conciliatória, atividade que não o torna critério material de decisão, mas apenas um vetor procedimental⁵⁵ na busca da solução otimizada preconizada por Robert Alexy.⁵⁶

Nessa mesma linha, Virgílio Afonso da Silva conceitua a proporcionalidade como “regra de interpretação e aplicação do direito [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”.⁵⁷

Vale destacar que a utilização do princípio da proporcionalidade como critério interpretativo poderia resultar em um acentuado reforço dos poderes do juiz e uma consequente diminuição da atividade legislativa. Todavia, esse risco é atenuado com a necessidade de ser realizada, pelos juízes, uma interpretação conforme a Constituição, devendo prevalecer a interpretação que compatibilizar a norma com a Carta Maior, preservando a validade do conteúdo. Ademais, o aplicador do princípio não busca diminuir a atividade legislativa, mas fortalecê-la, buscando, assim, a validade do conteúdo conforme a Constituição.

Ainda com relação à interpretação constitucional, é possível estabelecer o princípio referendado como projetor do princípio da concordância prática⁵⁸ – segundo o qual, diante da colisão entre normas constitucionais, o intérprete deve coordenar os bens em conflito, realizando uma redução proporcional de cada um deles, evitando-se o sacrifício total de um para que o outro seja aplicado –,⁵⁹ na medida em que, por imperativo do ideal de unidade constitucional, não há hierarquia entre as normas constitucionais.

Segundo lição de Paulo Bonavides,

poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda ação ilimitada do poder do Estado

⁵⁵ BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 436.

⁵⁶ ALEXY, ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

⁵⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 24.

⁵⁸ BONAVIDES, Op. Cit., p. 435.

⁵⁹ Apesar de estritamente ligadas as ideias de concordância prática e proporcionalidade, Virgílio Afonso da Silva aponta para duas diferenças salutaras entre os institutos. Em primeiro lugar, destaca o autor a prévia estrutura definida na proporcionalidade (com suas três subregras) em contraposição à concordância prática. Em segundo lugar, a diferença mais marcante residiria na questão da exigibilidade de sopesamento (SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.127-128).

no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislador sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.⁶⁰

Proporcionalidade, dessarte, constitui-se em princípio geral do direito, condição de legalidade dos atos do Estado⁶¹, estendida a toda sua atividade (seja administrativa, legislativa ou jurisdicional). Todavia, é conceito em evolução, marcado pelo dinamismo da sua utilização, que deixa cada vez mais seu âmbito inicial, o Direito Administrativo, mas com larga aplicação, ainda, para se fazer presente em outros ramos.

Portanto, é clara a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo, cabendo analisar sua compatibilização com o paradigma da supremacia do interesse público no Estado Democrático de Direito e sua atuação nos contratos firmados pela Administração Pública.

2.1.3 O regime jurídico da Administração Pública e o regime jurídico-administrativo clássico

A identificação do regime jurídico (ou do plexo normativo) é pressuposto da determinação de qual disciplina jurídica incidirá sobre os fatos que têm relevância para o Direito. Logo, pode envolver diferentes ramos, inclusive o Público e o Privado, sendo a opção definida, em regra, pela Constituição ou pela Lei. Lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no que tange à Administração Pública, esta não pode, “por ato próprio, de natureza administrativa, optar por um regime jurídico não autorizado em lei; isto em decorrência da sua vinculação ao princípio da legalidade”.⁶² O regime jurídico aplicável à Administração Pública, por conseguinte, pode conter normas de Direito Público ou Privado, assim como o regime jurídico da contratação administrativa, que poderá envolver normas do Direito Civil, Comercial e Penal.⁶³

Por outro lado, quando falamos em *regime jurídico-administrativo*, como bem afirma Celso Antônio Bandeira de Mello,⁶⁴ tratamos da construção de uma disciplina jurídica autônoma, com a conjugação de princípios e regras de modo sistematizado, conferindo-lhe

⁶⁰ BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 446.

⁶¹ *Ibid.*, p. 407.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 48.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 53.

identidade própria. Essa expressão, afirma Di Pietro, “é reservada tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa”, resumindo-se a duas palavras: prerrogativas e sujeições.⁶⁵ Logo, regime jurídico da Administração Pública não se confunde com o regime jurídico-administrativo (ou o Direito Administrativo).

As características do Direito Administrativo, como regime jurídico específico do Estado, giram em torno da natureza dos sujeitos por ele regulamentados, dispondo de faculdades que extrapolam o direito comum, com poderes de atuação diversos dos sujeitos privados, em claro privilégio, com o objetivo de atingir o interesse geral. Todavia, ao lado dos privilégios da Administração, estão as garantias do cidadão, umas de caráter econômico (v. g. indenização), outras de caráter jurídico (v.g. procedimentos). Desse modo, o Direito Administrativo é formado por um equilíbrio entre privilégios e garantias, protegendo o interesse público, observando as garantias dos cidadãos, em última análise, radicadas nos direitos fundamentais.⁶⁶

É nessa linha que Di Pietro afirma:

o fato é que o direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a *proteção aos direitos individuais* diante do Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito (e a outros princípios que se sucederam com o objetivo de limitar a liberdade decisória da Administração Pública). De outro lado, a *necessidade de satisfação do interesse público*, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (pelo poder de polícia e intervenção), quer para conceder benefícios e utilidades para o cidadão (pelo fomento e prestação de serviços públicos).⁶⁷

Isso posto, o regime de Direito Administrativo clássico surge a partir da necessidade de disciplinar o funcionamento do Estado, baseado em duas ideias opostas: proteção aos direitos individuais frente ao poder do Estado, fundada na legalidade; e a necessidade de satisfação dos interesses coletivos, por meio de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública.⁶⁸

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 66-68.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

⁶⁸ DI PIETRO, Op. Cit., 2014, p. 62.

O conceito desse ramo jurídico evolui conforme a concepção das funções estatais e dos interesses a serem realizados, promovendo a limitação de liberdades individuais e a efetividade dos direitos fundamentais, baseada, ainda, em prerrogativas e sujeições, expressas, muitas vezes, na forma de princípios.

Nessa perspectiva, e partindo do pressuposto de entroncamento ao direito público, o regime jurídico-administrativo, consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, ao reproduzir características gerais do Direito Público, qual seja a “de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individual singularidade”, bosqueja-se na linha de dois princípios: supremacia do interesse público sobre o privado; e indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, ambos, verdadeiras “pedras de toque” do regime.⁶⁹ Além desses, outros princípios compõem o regime jurídico-administrativo,⁷⁰ mas, sem dúvidas, dentre eles, com raízes constitucionais explícitas ou implícitas, o da supremacia do interesse público sobre o particular nos revela uma primazia, por ser condição de existência de qualquer sociedade e pressuposto lógico do convívio social.⁷¹

Sobre o princípio da supremacia do interesse público, informa Luís Roberto Barroso:

sob a Constituição de 1988 estabeleceu-se uma discussão rica e importante acerca do *princípio da supremacia do interesse público*. De fato, sobretudo nos últimos anos, parte da doutrina tem questionado vigorosamente essa premissa metodológica tradicionalmente observada pela doutrina e pela jurisprudência. A controvérsia se estabeleceu tanto em relação à própria existência e à natureza da suposta norma que prescreveria a supremacia do interesse público sobre o privado, como a respeito de sua legitimidade constitucional.⁷²

Na linha do apontado, atualmente, parte da doutrina brasileira⁷³ vem discutindo alguns institutos abarcados e modificados pelo Direito Administrativo, propondo a superação de alguns de seus traços característicos e paradigmas, promovendo alteração no modo de

⁶⁹ Lembra, ainda, Celso Antônio que a referência a esses princípios não tem o propósito de conferi-lhes um valor absoluto, perene e imutável, mas reconhecer importância fundamental (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 55-57).

⁷⁰ Sobre os princípios da Administração Pública, Maria Sylvania Zanella Di Pietro informa: “os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo - liberdade do indivíduo e autoridade da Administração - são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais” (DI PIETRO, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64).

⁷¹ MELLO, Op. Cit., p. 90.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 95.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

aplicar o Direito Administrativo e uma maior proximidade entre a seara pública e a privada, discussão que será aprofundada mais à frente.

2.2 Administração Pública, Direito Administrativo e sua Evolução

2.2.1 Da Administração patrimonial à Administração gerencial: a evolução da Administração Pública

Basicamente, a evolução da Administração Pública apresenta três modelos de atuação. O primeiro modelo, o patrimonialista, remonta aos regimes absolutistas, época em que o patrimônio do Estado era tratado como particular, existindo uma confusão de propriedade, sem uma impessoalidade no tratamento da coisa pública.⁷⁴

Com a instauração do Estado de Direito, e a subordinação do soberano à lei, tem início a mudança para um novo modelo ou paradigma, a partir da segunda metade do Século XIX, época que coincide com um Direito Administrativo pautado na noção de verticalidade das relações entre Estado e sociedade e autoritarismo, pois ainda não concebido completamente o princípio da proporcionalidade.

Era um modelo burocrático, vigente no Estado Liberal, cujo objetivo era obter a impessoalidade do administrador e evitar o desvio de finalidade. Esse novo modelo foi baseado na vinculação da Administração a regulamentos gerais, evitando-se decisões casuísticas, além de impedir favorecimentos indevidos, marcas do patrimonialismo.⁷⁵

Nessa linha, o Estado vem-se comprometendo, cada vez mais, com a justiça social, passando a desenvolver novas atividades para atender ao cidadão, atuação baseada em um “novo olhar do Direito Administrativo, o qual centraliza sua construção e aplicação no cidadão, nos direitos e necessidades dos seres humanos”,⁷⁶ emanando, assim, novas ideias.

Esse novo Estado, ao executar e fomentar a prestação de serviços coletivos essenciais, inicialmente, revelou-se ineficiente com a rigidez de sua estrutura administrativa, baseada em um modelo burocrático, que, segundo Chiavenato⁷⁷, tomando as lições de Max Weber, compreende como atributos: a impessoalidade nas relações, hierarquia de autoridade, rotinas e procedimentos padronizados e completa previsibilidade do funcionamento.

⁷⁴ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 157-159.

⁷⁵ Ibid., p. 159.

⁷⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 315.

⁷⁷ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2004, p. 262.

O referido modelo, apesar de revelar diversas vantagens e um avanço em relação à administração patrimonialista, apresentou sérias disfunções, não conseguindo desnudar seu pressuposto de eficiência, característica essencial ao novo Estado em desenvolvimento. Isso ocorre porque, conforme João Batista Gomes Moreira, a Administração burocrática “confunde interesse público com o interesse do Estado em si mesmo”, destinando parte substancial de recursos para a realização da própria burocracia, em detrimento da realização de políticas públicas. Além disso, num universo de transformações contínuas, as modificações necessárias do Estado tornam-se difíceis.⁷⁸

no momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que não garantia nem rapidez, nem boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.⁷⁹

Postas as necessidades do Estado Social e suas novas ideias, surge, então, um modelo de administração gerencial (ou sistêmico), aproximando a ação estatal das administrações privadas, buscando atingir metas, introduzindo mecanismos de avaliação de desempenho, técnicas de controle orçamentário, descentralização política e delegação de autoridade.⁸⁰ Lembra Bruno Miragem que o novo perfil de Administração Pública estabelecido por esse modelo “vai propugnar a estruturação das atividades estatais a partir do destaque de técnicas de descentralização ou de delegação, sobretudo em vista de uma maior flexibilidade das normas estabelecidas”.⁸¹ Tal modelo é marcado pela busca de satisfação do “cidadão-usuário”, que passaria a participar do planejamento, execução e controle da Administração Pública, em uma relação, não mais vertical, agora horizontal entre a Administração Pública e a sociedade, sendo a estrutura burocrática meio auxiliar.⁸²

Cabe mencionar, no contexto brasileiro, com a reforma da Administração – promovida no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, por meio da Emenda

⁷⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 161.

⁷⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial, 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2015. p. 05.

⁸⁰ ABRÚCIO, Fernando Luiz. O Impacto do Modelo Gerencial na Administração Pública: Um Breve Estudo Sobre a Experiência Internacional Recente. **Cadernos ENAP**. Brasília, nº 10, 1997, p. 37-38. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/documents/52930/707328/cad10.pdf/c8e241fc-5d44-4f4f-9755-0fe73eacd341>>. Acesso em: 27 de maio de 2018.

⁸¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Administrativo aplicado**: A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 45.

⁸² MOREIRA, Op. Cit., p. 163.

Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998 –,⁸³ o Estado passa a ser orientado por valores como eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos, sem, todavia, substituir por completo o modelo burocrático, como afirma Aguirre de Castro⁸⁴. Cabe anotar, com base em doutrina de Luís Roberto Barroso,⁸⁵ o Brasil ainda não se libertou da herança patrimonialista, existindo uma má definição entre os espaços público e privado.

Todavia, por certo, o modelo de administração gerencial continua em evolução, passando da inicial visão de eficiência atrelada à redução de gastos para a busca de qualidade, descentralização de serviços e controle social.⁸⁶

Ainda, é parte da incorporação do modelo gerencial os objetivos traçados pela Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação,⁸⁷ retratada na Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015, e na Lei Federal nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004 (e suas alterações), com medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica em ambiente produtivo, a partir de uma maior aproximação entre os entes públicos e privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.

Logo, o Estado tem tido seu perfil redefinido, todavia, não está em processo de declínio, extinção ou de atuação secundária – nas palavras de Luís Roberto Barroso – “ainda é

⁸³ Lembra João Batista Gomes Moreira que “a reforma contida na Emenda Constitucional nº 19/98 é, no Brasil, a segunda reforma administrativa, ou a terceira, se considerada reforma a pretendida com o Decreto-Lei nº 200/67. A primeira aconteceu em 1936, instituindo princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica com a finalidade de substituir o sistema patrimonialista retratado no coronelismo, no nepotismo e no empreguismo [...] Daí em diante, nova tentativa de mudança substancial só veio a ocorrer em 1967, com o Decreto-Lei nº 200/67, por meio do qual se pretendeu superação da rigidez burocrática com a instituição dos princípios de racionalidade administrativa, organização em sistemas, planejamento, orçamento, descentralização, coordenação e controle de resultados. É considerado, por isso, a primeira manifestação do método sistêmico de administração no Brasil (**Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 166-167).

⁸⁴ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Sistema de Controle Interno: Perspectiva Gerencial e o Princípio da Eficiência. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 7, n. 30, p. 63-72, out./dez. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/635/462>>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

⁸⁵ Segundo o autor: “a Constituição de 1988, o mais bem-sucedido empreendimento institucional da história brasileira, demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial [...]. Seu esforço mais notável, contudo, é o de procurar resguardar o espaço público da apropriação privada, o que faz mediante normas que exigem concurso para ingresso em cargo ou emprego público, licitação para a celebração de contratos com a Administração Pública, prestação de contas dos que administram dinheiro público, bem como sancionam a improbidade administrativa. Proibição emblemática, que em si abriga mais de cem anos de uma República desvirtuada, é a do art. 37, §1º, que interdita autoridades e servidores de utilizarem verbas públicas para promoção pessoal” (BARROSO, ARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 94-95).

⁸⁶ MOREIRA, Op. Cit., p. 163.

⁸⁷ VERONESE, Alexandre. A busca de um novo modelo de gestão para a ciência, tecnologia e inovação na política do MCT (1995-2002). **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 1, p. 107-124, fev. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 fev. 2019.

a grande instituição do mundo moderno”, mesmo quando diante da centralidade dos direitos fundamentais.⁸⁸

2.2.2 As fases do Direito Administrativo brasileiro e as novas reflexões

Paralelamente ao cenário de evolução da Administração Pública, apresentado anteriormente, o Direito Administrativo⁸⁹ também se desenvolveu como resultado de uma intensa transição.

O desenvolvimento do Direito Administrativo brasileiro, seguindo o entendimento de Thiago Marrara,⁹⁰ pode ser repartido em quatro momentos históricos: o da fragmentação; o da efetiva formação; o da consolidação; e o da transição.

O primeiro momento, o de fragmentação, corresponde ao período entre a chegada dos colonizadores portugueses e o início do século XIX, caracterizado pela existência de normas esparsas, as Ordenações do Reino de Portugal, que continham, dentre outros assuntos, normas sobre bens públicos, gestão do patrimônio estatal, funções administrativas e agentes públicos.

A segunda fase é marcada pela formação do Direito Administrativo brasileiro, compreendendo o período entre o início do Século XIX e o ano de 1891, data da edição da primeira Constituição Republicana. Podem ser indicados como pressupostos dessa formação a chegada da família real e a transferência da Corte Portuguesa para o Brasil, gerando a criação de todo um aparato institucional administrativo. Outro pressuposto foi a outorga da primeira Constituição brasileira, em 1824, que abordou inúmeros aspectos do Direito Administrativo (v.g. controle, poder de polícia e organização administrativa). Por fim, os movimentos científico-acadêmicos, com forte influência estrangeira (em especial, francesa), também contribuíram para a formação do Direito Administrativo brasileiro.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 95-96.

⁸⁹ Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, o direito administrativo é um dos ramos mais importantes do Direito Público, cuja natureza é estatutária, pois está voltado para a “regulamentação das espécies singulares de sujeitos que se agrupam sob a denominação de Administrações Públicas, retirando tais sujeitos da esfera do Direito comum”. Seria, então, o direito administrativo o direito comum das Administrações Públicas, para os autores. Afirmam ainda que o direito administrativo “não é formado apenas de normas impositivas, mas também por princípios gerais, que servem para formular, interpretar e completar tais normas, às quais acompanham, formando em volta delas uma aura inseparável” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59-61).

⁹⁰ MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo brasileiro: transformações e tendências**. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

A etapa de consolidação do Direito Administrativo, iniciada no fim do Século XIX, por força da Constituição de 1891, contou com forte influência norte-americana nas características basilares do Estado, tais como o republicanismo e a unidade de jurisdição. Além disso, tal período foi marcado pela proliferação de obras doutrinárias (de autores como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Caio Tácito), a multiplicação de diplomas legislativos (como a criação de empresas estatais, legislação de tombamento e desapropriação) e criação de jurisprudências administrativas em decorrência da unidade jurisdicional, impulsionada pelo fortalecimento do papel dos juízes.

Em que pese toda essa evolução e consolidação do Direito Administrativo,

[...] as tensões e as dificuldades da Administração Pública não foram completamente superadas. Mesmo com a evolução gerencial obtida mediante o emprego crescente de técnicas burocráticas a partir da década de 1930, o patrimonialismo e a corrupção não cederam por completo. Não fosse isso, a própria burocracia, criada para adaptar a Administração a um Estado de fundamento racional, originou novos problemas, que passaram a conviver com aqueles que provinham da administração personalista. Ao longo dos anos, não obstante se notassem ganhos em termos de profissionalização e de procedimentalização da ação estatal, fortaleceu-se uma Administração Pública extremamente autocentrada, reduzidamente preocupada com o atendimento dos interesses da coletividade e com a efetiva concretização de interesses públicos primários e, pior, nada imune à corrupção e ao patrimonialismo que a estratégia burocrática deveria exterminar.⁹¹

Os fatores apontados - aliados ao endividamento público, à falência de alguns serviços públicos e ao déficit de infraestrutura - deflagraram a quarta fase do Direito Administrativo nacional, já em meados de 1980 e que prossegue até hoje, reconhecida, por Marrara, como uma transição. Aqui, há uma tentativa de transformação de certos institutos e embates doutrinários sobre os rumos do Direito Administrativo, evidenciados pela renovação legislativa que se opera a partir de 1990, com destaque para a Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/1992), a Lei de Licitações (nº 8.666/1993), a Lei de Concessões Públicas (nº 8.987/1995), a criação de Agências Reguladoras, o marco regulatório das Organizações Sociais (nº 9.637/1998) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (nº 9.790/1999).

Essa fase de transição apresenta algumas dificuldades relacionadas à estrutura normativa do Direito Administrativo, que não possui uma codificação única, especialmente pela estrutura federativa fragmentada de nosso País, gerando um sistema complexo, com leis de diferentes hierarquias, períodos e técnicas.

⁹¹ MARRARA, Thiago. Direito Administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 22-23.

Além dessa característica fragmentária, outro problema de maior destaque é – ainda segundo Thiago Marrara – “a renovação dos modelos de gestão pública e sua influência sobre o direito positivo e a doutrina”. Segundo o autor,

[...] o patrimonialismo, embora crescentemente combatido - inclusive com o apoio mais recente do judiciário -, ainda sobrevive e convive com inúmeras técnicas e leis concebidas sob a lógica burocrática. A isso se soma uma plêiade de políticas, leis e instrumentos legais que se proliferam a partir de 1995 com a adoção de um modelo gerencialista. Este, porém, dadas as mudanças político-partidárias, não é capaz de realizar totalmente sua aspiração inicial, qual seja: aprimorar o modelo burocrático e afastar certas concepções/institutos que não se mostraram bem sucedidos em sua aplicação - dentre os quais, a desconfiança extrema em relação à autoridade pública, bem como a formalidade excessiva de muitos procedimentos, como o de compras e de seleção e gestão de pessoal.⁹²

Logo, nesta quarta fase, há um conflito de ideologias e concepções, dentre as quais não se sabe qual prevalecerá, mas se podem apontar caminhos, seguindo alguns movimentos ou tendências. O próprio Thiago Marrara indica algumas destas, mas sem a pretensão de exaurir o tema ou mesmo de afirmar a sua definitividade.⁹³ Na mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro também reconhece a existência de tendências.⁹⁴ Dentre as tendências apontadas por Marrara e Di Pietro,⁹⁵ em que pese o reconhecimento da importância das demais, ganha destaque nesta pesquisa duas delas. A primeira refere-se a discussão sobre a privatização do Direito Administrativo, com reflexo no regime jurídico público, em contraponto ao fenômeno da publicização do espaço privado. A partir disso, observa-se um duplo movimento: “redução do espaço do Estado em benefício do mercado; e redução do espaço deste em benefício dos cidadãos”, num fenômeno de transformação das modalidades de intervenção pública. O resultado é uma maior aproximação entre sociedade e instituições públicas, fomentando a concretização do princípio democrático e a valorização da responsabilidade social dos cidadãos.⁹⁶ Ressurge, dessa forma, o debate sobre o campo de atuação estatal e o campo de atuação privada,⁹⁷ contribuindo para transformações na Administração Pública e em seu regime jurídico. A segunda tendência que se mostra importante ao estudo é a discussão acerca de paradigmas do Direito Administrativo, em

⁹² MARRARA, Thiago. Direito Administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 25.

⁹³ *Ibid.*, p. 25-26.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27-40.

⁹⁵ Além da tendência apontada, Thiago Marrara descreve outras tendências gerais para o direito administrativo: a consensualização, a globalização, a regionalização e a federalização; a democratização e a processualidade; a desburocratização e a automação; e o renascimento da igualdade e o direito administrativo inclusivo (MARRARA, *Op. Cit.*, p. 26-44).

⁹⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 127.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 127.

especial, a supremacia do interesse público sobre o privado, diante da existência de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Ambas as tendências são observadas nos contratos administrativos, discutindo-se, em particular, o instituto das cláusulas exorbitantes, o que veremos melhor adiante.

2.3 A Noção de Interesse Público e seus Desdobramentos: a relação entre os interesses público e o privado; o interesse público primário e o interesse da Administração; e a formulação bipartite de interesse público

Habitualmente, a noção de interesse público é fornecida como contraposta à de interesse privado, individual. Todavia, nem de longe essa é a melhor explicação.

A noção de interesse público está intimamente ligada ao Direito Administrativo e suas instituições, sendo encontrada em diversos dispositivos constitucionais e legais. Porém sem um conceito unívoco e por expressar certa fluidez e imprecisão, vem sendo atacada, atitude que deve ser rebatida. É óbvio, como adverte Andreas J. Krell, o fato de o conceito ser utilizado como recurso retórico por instituições políticas, na tentativa de promover “interesses grupais”, não o torna supérfluo ou contraproducente.⁹⁸ Por essa razão, é imperioso demonstrar em qual sentido ele é empregado para se afirmar sua primazia frente a outros interesses.

Todavia, é imperioso lembrar que o Direito Administrativo, a partir do Estado Democrático de Direito e de sua constitucionalização, possui a necessidade de se repensar dogmas e princípios, não se trata de destruir elementos essenciais, mas repensar à luz da ordem constitucional. O interesse público como alma do Direito Administrativo, sendo a razão de ser da Administração Pública, conectado a toda atuação administrativa, não está isento dessa meditação à luz da Constituição e da Cláusula do Estado Democrático de Direito.

Atualmente, segundo lição de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz,⁹⁹ o Estado Social e Democrático de Direito possui papel central na definição do interesse público. É nessa linha que a expressão interesse geral passa a ser conceito mais amplo que o de interesse público, abarcando o interesse social, correspondente a todos e a cada um dos cidadãos. Dessa forma, no marco atual do Direito Administrativo, quando se refere ao interesse público estar-se-á,

⁹⁸ KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 126.

⁹⁹ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. p. 105-130. In: BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coord.). **Direito Administrativo e Integração Regional: anais do V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

indubitavelmente, falando de interesse geral, por essa razão não faremos, neste estudo, uma distinção quanto ao uso das expressões.

Tendo o interesse geral uma conotação humana, por visar à promoção e efetivação dos direitos fundamentais, conforme o mesmo autor, as normas, assim como os atos administrativos, devem expressar o interesse geral. Não por outro motivo, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942) utiliza-se dessa expressão, em seu artigo 26, para guiar a aplicação do Direito Público, além de fazer uso da expressão *fins sociais* (art. 5º) para direcionar a aplicação da lei pelos juizes. Ainda, afirma Muñoz:

hoje, em minha opinião, a garantia do interesse geral é a principal tarefa do Estado e, por isso, o Direito Administrativo há de ter em mente esta realidade devendo se adequar, institucionalmente, aos novos tempos, pois, do contrário, perderá a oportunidade de cumprir a função que o justifica, que é a melhor ordenação e gestão da atividade pública com amparo na legalidade. Interesse geral [...] é fácil de identificar, mas muito difícil de definir (traduziu-se).¹⁰⁰

Por certo, a indeterminação de conceitos jurídicos é técnica de que se vale o legislador, mas que não impede a aplicação da norma. No caso do interesse público, como bem expõe Carlos Vinícius Alves Ribeiro, a expressão pode ser tomada como “noção quadro que, por mais que inicialmente, em abstrato, diretamente, não seja possível dizer, precisar, esquadrinhar o que seja, é possível, sem grandes dificuldades, chegar-se a um consenso do que não é”.¹⁰¹

De todo modo, para resolver os problemas gerados pela inexatidão do conceito de interesse público, a saída, segundo Daniel Wunder Hachem, não é negar-lhe normatividade, situação que fragilizaria o cidadão perante o Estado, mas procurar atribuir-lhe sentido quando a ele recorre o Direito Administrativo.¹⁰²

Calcando-se nas ideias de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o interesse público “se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social” e que ele “não

¹⁰⁰ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. p. 105-130. In: BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coord.). Direito Administrativo e Integração Regional: anais do V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 115.

¹⁰¹ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um conceito jurídico indeterminável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 118.

¹⁰² HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153-155.

se confunde com a somatória dos interesses individuais”,¹⁰³ pode-se afirmar que os interesses dos cidadãos apresentam duas dimensões: (i) uma particular; e outra (ii) pública. A primeira, traduz conveniências pessoais dos indivíduos, ou seja, no interesse privado. A segunda, ao considerar o indivíduo como membro da coletividade, traduz o interesse público.

Segundo Bandeira de Mello, o interesse do conjunto social é “a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade”,¹⁰⁴ sendo exemplo dessa doutrina a desapropriação, situação jurídica na qual o indivíduo, pessoalmente, pode ter o interesse de não ser afastado da propriedade de um bem originariamente seu (interesse particular), todavia, não pode ter o interesse, pessoal, de extirpar o instituto da desapropriação cuja finalidade é de interesse de cada indivíduo do conjunto social.

Assim sendo, o interesse público é um interesse do todo, não constituído autonomamente, sendo uma faceta dos interesses dos indivíduos considerados membros de um corpo social, daí a conceituação de interesse público proposta por Bandeira de Mello: “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.¹⁰⁵ Por essa razão, complementa o autor, que o interesse público não será “autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo”.¹⁰⁶ Noutra giro, é importante dizer, a proteção dos interesses individuais, na forma estabelecida pelo ordenamento, também se constitui em interesse público, haja vista ser de interesse coletivo a defesa desses interesses, não existindo antagonismo entre eles.¹⁰⁷

É necessário desmistificar, outrossim, o equívoco em relacionar o interesse público com todo e qualquer interesse do Estado. Considerando que o Estado também é dotado de interesses particulares e que o interesse público corresponde à dimensão pública dos interesses individuais, não se verifica, de plano, uma coincidência exata entre ambos. É dessa dissociação que advêm, do direito italiano, os conceitos de *interesse primário do Estado* (os propriamente públicos) e *interesse secundário do Estado*, o qual só pode ser buscado quando coincidir com o primeiro.¹⁰⁸

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 59-60.

¹⁰⁴ Ibid., p. 60-61.

¹⁰⁵ Ibid., p. 62.

¹⁰⁶ Ibid., p. 60.

¹⁰⁷ Ibid., p. 69.

¹⁰⁸ Ibid., p. 65-67.

A diferenciação dessas expressões é realizada de modo irretocável por Irene Nohara, para quem,

[...] enquanto os interesses públicos primários são aqueles que a Administração deve perseguir no desempenho genuíno da função administrativa, uma vez que abarcam interesses da coletividade como um todo, isto é, o bem-estar geral ou comum; os interesses públicos secundários são interesses imediatos do aparato administrativo, independentemente dos interesses da coletividade, ou seja, são interesses fazendários, geralmente relacionados com o incremento do erário.¹⁰⁹

Essa questão da diferenciação do interesse primário e do interesse secundário é elucidada nas palavras de Marçal Justen Filho para quem “nenhum *interesse público* configura-se como *conveniência egoística da administração pública*. O chamado *interesse secundário* (Alessi) ou *interesse da Administração Pública* não é público”.¹¹⁰

Desse modo, o interesse primário do Estado é sua razão de ser; em sentido diverso, o seu interesse secundário é decorrente de uma determinada relação jurídica, não sendo, segundo Luís Roberto Barroso, em nenhuma hipótese, legítimo sacrificar o primeiro com o objetivo de satisfazer o segundo – “a inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la”.¹¹¹

Por certo, esses conceitos não estabelecem uma individualização perfeitamente apta a qualificar um interesse como público. Só no Direito Positivo, segundo Celso Antônio, é que poderemos identificar um interesse com a qualificação de público, pois não basta a estima de uma pessoa ou grupo, mas a qualificação do sistema normativo a partir da Constituição e, posteriormente, pelos Poderes Legislativos e Executivos, na consecução de suas missões em consonância com a Lei Fundamental.¹¹²

Ainda, dentro da temática do interesse público, revela-se essencial averiguar a sua relação com os interesses privados, permitindo-se uma adequada compreensão da atribuição

¹⁰⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 131.

¹¹⁰ Sobre a questão da diferenciação do interesse primário e do interesse secundário, são elucidativas as palavras de Marçal Justen Filho para quem “nenhum ‘interesse público’ configura-se como ‘conveniência egoística da administração pública’. O chamado ‘interesse secundário’ (Alessi) ou ‘interesse da Administração Pública’ não é público”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 56).

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In.: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. xiii-xv

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 68-69.

de prevalência de um sobre o outro. Na análise dessa relação, Daniel Wunder Hachem¹¹³ apresenta o critério da *imanência ou transcendência dos interesses públicos em relação aos particulares*, de Alejandro Nieto, a partir de três vertentes distintas,¹¹⁴ cuja opção resulta em expressivas consequências jurídicas, em especial, sobre a supremacia do interesse público.

No entanto, a expressão interesse público, em razão de sua indeterminação conceitual, “admite diferentes entendimentos em função do módulo constitucional em que nos encontremos”, não sendo igual “o conceito que se pode manejar de Direito Administrativo no Estado Liberal de Direito, à versão que pode apresentar o modelo de Estado Social e Democrático de Direito”, conforme observado por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.¹¹⁵ Desse modo, na análise da relação entre ambos os interesses, é imprescindível verificar os fundamentos políticos que alicerçam a relação de supremacia do interesse público sobre o privado,¹¹⁶ afastando-se concepções autoritárias e mecânicas. Nessa linha, Hachem arquiteta três modelos de interlocução entre os interesses público e privado.¹¹⁷

O primeiro é marcado por uma inexistência de hierarquia entre interesses público e privado, presumindo-se uma coincidência entre ambos, correspondendo ao bem comum transcendental do período medieval, com forte conotação moral e religiosa e anterior à formação dos Estados Nacionais modernos.

Em seu segundo modelo, Hachem destaca a concepção individualista de interesse geral forjada sob a égide do Estado Liberal, época na qual a realização do interesse público estava intimamente vinculada à proteção do indivíduo e concretização da lei identificada como a vontade geral.

Por fim, o terceiro módulo de observação da relação verifica a prevalência do interesse público sobre o privado no Estado Social e Democrático de Direito, a partir da qual extraímos o princípio da supremacia do interesse público na atualidade. Esse modelo possui

¹¹³ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 73-107.

¹¹⁴ De acordo com a primeira vertente, (a) interesses públicos se identificam com os interesses particulares, concepção adotada pelo absolutismo monárquico e pelo liberalismo radical, quando se confunde a realização do interesse particular com o interesse geral. A segunda vertente preconiza que (b) interesses públicos são distintos e completamente independentes dos interesses privados, bastando uma simples invocação de um genérico interesse do Estado ou da comunidade para se operar a supremacia do interesse público, o que por certo não retrata tal princípio e daria razão aos seus críticos. Por fim, para o terceiro modelo (c) interesses públicos são distintos dos interesses particulares, mas dependentes deles. É essa última noção que é encontrada no cerne do princípio da supremacia do interesse público (HACHEM, Op. Cit., p. 73-75)

¹¹⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, nº 23, Belo Horizonte: Fórum, p. 127-144, jan./mar. 2006. p. 13-14. Disponível em: <<http://www.revistaacc.com/index.php/revistaacc/article/download/536/83>>. Acesso em 30 out. 2018.

¹¹⁶ HACHEM, Op. Cit.

¹¹⁷ Ibid., p. 76-107.

como pressuposto a busca da igualdade entre os indivíduos como objetivo do Estado, possuindo, a Administração Pública, um papel diferenciado e voltado à satisfação dos cidadãos, para isso, interferindo, inclusive, na seara privada. Desse modo, o “conceito de interesse público se torna mais plural e heterogêneo”,¹¹⁸ num Estado pluriclassista, fazendo emergir a dificuldade de especificar o interesse público, formado de parcelas do todo social.

Com uma postura mais intervencionista do Estado, há uma aproximação entre a Administração Pública e os particulares, gerando “a necessidade de a máquina estatal harmonizar os variados interesses particulares, reduzindo-se, então, a distância que, no modelo liberal, se reconhecia entre os interesses privados e o interesse geral”.¹¹⁹ Passa, portanto, a Administração, a se imiscuir nas relações privadas, protegendo determinados interesses particulares e que passam a ter a conotação de públicos. Logo, reconhece-se que o interesse público pode ser realizado a partir da satisfação de um interesse particular, por parte do Estado, na busca do bem-estar geral. Explica Hachem:

[...] a proteção do interesse público, muitas vezes operada através da restrição das liberdades, irrompe como uma condição para o exercício dessas. As restrições em nome do interesse público têm como própria justificativa os direitos fundamentais, o que representa inexoravelmente uma proteção do cidadão.¹²⁰

Nessa linha, identifica-se existir interesse geral na satisfação de direitos fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito, em observância à dignidade da pessoa humana. Abandona-se, assim, uma visão puramente individualista e constrói-se um caráter solidário nas relações, que estabelece uma prevalência do interesse público sobre o interesse privado.

Esse assunto, pela complexidade e fluidez, merece outro conjunto de considerações. É nessa linha que se torna interessante a classificação ofertada por Daniel Wunder Hachem acerca do sentido da expressão *interesse público*, quando utilizado no Direito Administrativo como fundamento e limite do poder estatal (prerrogativas e sujeições).

Partindo da noção de interesse público ensinada por Celso Antônio Bandeira de Mello (e aqui já exposta) – da qual Hachem conclui que a “qualificação de determinado interesse como público é promovida, inicialmente, pela Constituição e, com base nela, pelo legislador e pela Administração Pública”¹²¹ (esta no limite da sua discricionariedade

¹¹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 100.

¹¹⁹ HACHEM, Op. Cit., p. 101.

¹²⁰ Ibid., p. 105.

¹²¹ Ibid., p. 159.

assinalada pela lei) – identificou, o autor paranaense, uma categoria jurídica, inicialmente, despida de conteúdo objetivo, mas que, num segundo momento, quando inserida na ordem jurídica sob exame, ganha conteúdo concreto. Ainda, conclui Hachem, o conceito de interesse público seria utilizado de formas distintas no Direito Administrativo, em duas noções diferentes: a de *interesse público em sentido amplo* e *interesse público em sentido estrito*. Logo, haveria uma compreensão bipartida do conceito de interesse público. Sobre essas noções, explica Hachem de forma irretocável:

(2.2.2) Interesse público em sentido amplo: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), quando albergados pelo Direito Positivo. Consiste num pressuposto negativo de validade da atuação administrativa, pois proíbe a prática de qualquer ato que contrariar tais interesses, bem como a expedição de um ato com o fito de atender a uma finalidade diversa daquela que o ordenamento jurídico prevê;

(2.2.3) interesse público em sentido estrito: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num pressuposto positivo de validade da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (interesses específicos) também protegidos pelo sistema normativo.¹²²

O mesmo autor ainda detalha,

[...] quando as normas constitucionais, legais e regulamentares estipularem de forma objetiva quais interesses estão sendo por ela protegidos, que vincularão a atividade administrativa na sua efetivação, está-se diante do *interesse público em sentido amplo*; interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico. Quando tais normas capacitarem a Administração a detectar qual é o interesse no caso concreto, mediante a atribuição de competências discricionárias ou o recurso ao interesse público como conceito legal, aí estará presente o *interesse público em sentido estrito*, desde que a presença desse interesse público especial seja um pressuposto para autorizar a atividade administrativa, permitindo-lhe fazer preponderar o *interesse geral* (da coletividade) sobre um *interesse específico* (individuais ou coletivos), quando ambos estiverem resguardados pelo Direito positivo.¹²³

Delineadas as noções gerais sobre a dúplici noção de interesse público apresentada por Daniel Wunder Hachem, é imperioso elucidar seu conteúdo detalhado, ou melhor, as

¹²² HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 162.

¹²³ Ibid., p. 169-170.

espécies de interesses englobados.¹²⁴ Nessa formulação, ele reconhece quatro categorias importantes de interesses: (a) direitos subjetivos (individuais, coletivos ou difusos); (b) interesses legítimos (geral ou específico); (c) interesses puros e simples; e (d) interesses ilícitos.¹²⁵

Os direitos subjetivos geram para o seu titular uma faculdade de exigir a satisfação de um interesse protegido pela Lei de modo direto e imediato, ao contrário dos interesses legítimos.

Por outro lado, conquanto direitos subjetivos e interesses legítimos possuam proteção jurídica imediata contra condutas que os contrariem, os interesses legítimos se caracterizam por não dotar seu titular do poder de exigir uma satisfação de modo direto (v.g. função social da propriedade e a expectativa de nomeação em concurso público quando classificado fora do

¹²⁴ Sobre a compreensão do termo interesse, é necessário dizer que Daniel Wunder Hachem parte uma proposição sobre interesses e direitos desenvolvida por François Ost (Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt em droit privé. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dir.). *Droit et intérêt*. v. 2. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990). Ost explicaria “os níveis de proteção jurídica que podem ser outorgados à diversas modalidades de interesses”, dessa forma, existiriam diversos interesses, por vezes, reconhecidos como pretensão a um direito, podendo, ocasionalmente, transformar-se em direito subjetivo. Ainda, alertar Daniel Hachem, “deve-se tomar cuidado com afirmações taxativas em matéria de “interesses”, pois é possível que aquilo que um autor denomina de “interesse privado” diga respeito a uma acepção diversa daquela empregada por outro autor que utiliza a mesma expressão”. De todo modo, afirma o autor, com base em Emerson Gabardo (**Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 305), não se pode confundir interesses com direito, ao passo que alguns interesses são protegidos pelo ordenamento jurídico e outros não, logo, apenas “um conjunto mais restrito de interesses seria elevado à dignidade de direitos subjetivos (HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 172-176). Todavia, não se descuida aqui da concepção de Rudolf von Ihering, apresentada por Marcos Bernardes de Mello (**Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia parte II. Disponibilizado pelo autor), para quem o direito subjetivo seria o interesse juridicamente protegido, conceito considerado de grande prestígio no mundo jurídico, mas insuficiente, segundo Bernardes de Mello. Nas precisas palavras desse autor “o *interesse*, em regra, constitui, tão somente, elemento de fato que entra como dado determinante e estimulante do processo de construção normativa, sendo, assim, o *objeto* da proteção jurídica expressada na norma jurídica. Quando o legislador entende ser relevante o interesse *cria-lhe*, por meio de norma jurídica, instrumento para protegê-lo que tanto pode ser um *direito*, que se pode subjetivar ou que não é passível de subjetivação ou configurar outra categoria eficaz pertinente, como apenas pretensão, ou ação, ou mesmo somente exceção (todas de direito material)”. Desse modo, o que Hachem nomeia como interesses legítimos, seriam direitos assubjetivados. Cabe frisar, o mesmo Daniel Hachem reconhece existir refutação, por parte de alguns autores, da distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, não devendo se falar no segundo. Seria o caso de Emerson Gabardo, para quem, “a partir do surgimento da ideia de garantia dos ‘direitos públicos subjetivos’, sobrou pouco espaço para a existência de um ‘interesse juridicamente protegido’ que não implique titularidade subjetiva alguma (pois no mínimo a sociedade seria titular de tais interesses e poderia cobrar do Estado sua proteção) (**Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 305). A partir desta lição, Hachem reconhece concordar com a posição parcialmente e que tal distinção é relevante em outros países, todavia, ressalta que o importante para os fins de seu estudo é o reconhecimento de que todo interesse juridicamente protegido deve ser considerado um interesse público em sentido amplo (HACHEM, Op. Cit., p. 175-176).

¹²⁵ Em seu livro, Hachem utiliza imagem sugerida por François Ost para identificar a vasta gama de interesses existente. Tal imagem é formada por um grande círculo, no centro do qual figura um núcleo composto por direitos subjetivos. Em uma segunda camada, externa ao núcleo, estariam os interesses legítimos. Em seguida, viriam os interesses puros e simples compondo uma terceira camada. Por fim, os interesses ilícitos retratariam a quarta camada da esfera. Cabe-nos dizer que tal representação nos parece equivocada, pois se assim fosse os direitos subjetivos, os interesses legítimos e os interesses puros e simples seriam todos espécies de interesses ilícitos, o que, por certo, não são (HACHEM, Op. Cit., p. 177).

número de vagas, inicialmente, ofertadas). Cabe anotar que os interesses legítimos são compostos por interesses gerais, que se referem à coletividade considerada em si mesma (difusos); e interesses específicos de indivíduos (individuais) ou de grupos determinados (coletivos).

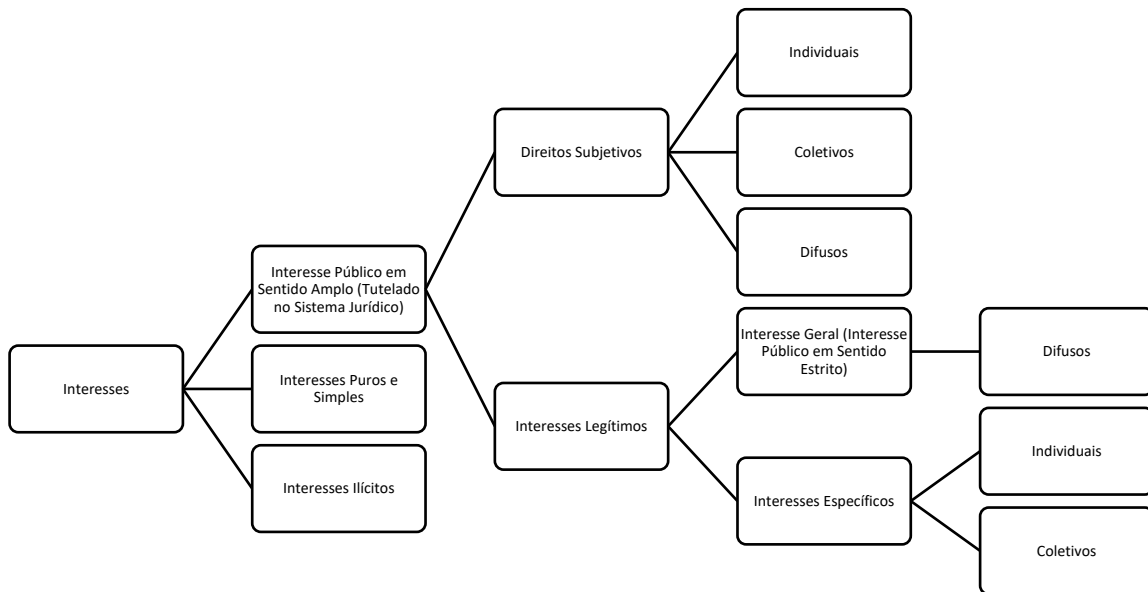
Os interesses puros e simples não são tutelados pelo ordenamento jurídico, nem mesmo proibidos, podendo ser realizados desde que não conflitem com o sistema jurídico.

Noutra via, os interesses ilícitos têm efeito proibido, se realizados, serão apenados pelo sistema jurídico em âmbito civil, penal e administrativo.

A concepção de interesse público em sentido amplo engloba tanto os direitos subjetivos (individuais, coletivos e difusos), quanto os interesses legítimos (interesse geral e específico), todos protegidos pelo ordenamento jurídico, com satisfação assegurada pelo Estado, sendo, nessa ótica, o interesse público, considerado sua finalidade e instrumento de controle da atividade administrativa. Desse modo, a busca pela satisfação do interesse público, em sentido amplo, constitui-se em condição negativa de validade de um ato administrativo.

Noutro giro, o interesse público em sentido estrito é formado por interesses tutelados pelo sistema jurídico e que se referem à coletividade considerada em si mesma (interesse geral), sendo sua identificação realizada no caso concreto pelo Estado, o qual avalia se esse interesse identificado justifica a sua atuação.

Podemos, então, traçar o seguinte esquema:



O sistema jurídico pode estabelecer a tarefa de apreciação do interesse público em sentido estrito de duas maneiras. A primeira forma é utilizando, de modo explícito, a expressão como conceito legal, a exemplo da previsão de autorização para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (art. 5º, XXIV, da CRFB/1988); a colaboração de interesse público entre o Estado e associações religiosas (art. 19, I, da CRFB/1988); e, dentre outros, da contratação temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CRFB/1988). De modo implícito, a apreciação do interesse público em sentido estrito pode ser realizada, ainda, por meio de atribuição de competência discricionária ao agente público, sendo o interesse público um pressuposto necessário para a atuação da Administração. Essa segunda forma de apreciação é, comumente, encontrada na discricionariedade no exercício do poder de polícia como, por exemplo, nos casos de: autorização para exploração dos serviços de telecomunicações (art. 21, XI, CRFB/1988); e de outorga e renovação da concessão, permissão e autorização do serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 223, caput, da CRFB/1988).

Assim, a noção de interesse público em sentido estrito é utilizada como disposição para autorizar a atuação estatal em situações nas quais esteja presente um interesse geral,

agindo como condição positiva de legitimidade da motivação do ato administrativo.¹²⁶ Essa atuação do Estado estará pautada em prerrogativas atribuídas pela norma jurídica para assegurar a prevalência do interesse geral (difuso) sobre interesses específicos (individuais e coletivos), mesmo que também tutelados pelo ordenamento jurídico.

Note-se que a motivação do ato é essencial à Administração Pública ao invocar interesse público em sentido estrito, devendo ser demonstradas as circunstâncias fáticas que fundamentam a realização do interesse coletivo. A motivação deve ser realizada, então, sob pena de nulidade do ato, com possibilidade de controle jurisdicional, que verificará se as circunstâncias fáticas se coadunam às exigências normativas, com base no núcleo de certeza positiva e na zona de certeza negativa do conceito de interesse coletivo, em que se localizam situações fáticas que, incontestavelmente, correspondem a tal interesse e hipóteses que, indubitavelmente, não se enquadram como tal, respectivamente.¹²⁷

Desse modo, o interesse público pode ser usado em um sentido amplo, ou seja, abarcando todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico (direitos subjetivos e interesses legítimos), atuando como limite legal à atuação administrativa (sentido negativo). Por outro prisma, existirá o interesse público em sentido estrito, exigência validante do agir da Administração Pública em determinadas situações (sentido positivo). Em ambos os sentidos, a função de limitação jurídica do Estado, exercida pelo Direito Administrativo, é observada, ora autorizando condutas, ora negando condutas.

2.4 Os Ajustes da Administração Pública

A Administração Pública, no desenvolvimento de sua função, ao lado de declarações unilaterais, chamadas de atos administrativos, declara sua vontade por meio de ajustes cuja formação é completa com a declaração concomitante de outra vontade. Seguindo a lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, esses ajustes podem ser provenientes de uma relação entre a Administração e ela própria, sendo denominados de interadministrativos; quando originados de uma relação entre Administração e Administrado, serão designados de Administração-administrados. Os primeiros podem conter finalidade semelhante aos realizados entre Administração-administrado (ex. concessão, acordo de

¹²⁶ Segundo Hachem, a atuação como pressuposto de validade do ato administrativo tornaria esse interesse contido na acepção estrita em um “interesse público qualificado” (HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 182).

¹²⁷ *Ibid.*, p. 190-192.

desapropriação, convênio fiscal), todavia, os demais ajustes daquela modalidade serão específicos do Direito da organização.¹²⁸

Os ajustes entre Administração e administrados, a partir do modelo francês, podem ser de três tipos: contratos administrativos *stricto sensu*; contratos de direito privado; e, por fim, os atos concertados.

Os chamados atos concertados, além de não encontrarem figuras paralelas no direito contratual privado, não supõem uma relação econômica cliente-prestador, mas um “simples acordo sobre a medida de uma obrigação, ou de uma vantagem, típicas de uma relação de submissão jurídico-pública” entre os pactuantes (ex.: acordo de desapropriação), guardando maior similitude com uma técnica de administrar por acordos (concertações da Administração, como conhecido na Espanha, segundo Enterría) do que propriamente com um contrato.¹²⁹

Por outro lado, os dois primeiros são formalizados por instrumento contratual, atuando, a Administração, como cliente do setor privado. Segundo García de Enterría e Fernández,

a distinção dentro desse âmbito comum de duas subespécies, contratos administrativos e contratos privados, é, conforme podemos verificar mais adiante, uma distinção perfeitamente ocasional, própria do nosso Direito [espanhol] e do francês, mas desconhecida, dentro da própria família jurídica do sistema francês, no Direito italiano e, obviamente, nos sistemas menos arbitrários ou independentes do Direito francês, como são os anglo-saxões e germânicos, todos os quais incluem os que aqui são chamados de contratos administrativos dentro da utilização, pela Administração, dos esquemas jurídicos-privados, sem prejuízo de alguma peculiaridade não essencial de regime.¹³⁰

Sustentam, os mesmos autores,¹³¹ observando a realidade espanhola (não muito diferente do Brasil no que tange aos tipos de contratos, mas bastante diferente no que diz respeito ao sistema dual de jurisdição ao possuir um contencioso-administrativo), que os diferentes contratos administrativos possuem equivalentes exatos no Direito Privado, mas afetados por “certas modulações de regime mais ou menos significativas”, em decorrência da participação da Administração Pública, todavia, sem implicação no fundo estrutural comum a ambos. García de Enterría e Fernández, ao contrário de outros autores, não acreditam que

¹²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 669.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 670-671.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 670.

¹³¹ *Ibid.*, p. 670.

essas modulações realizadas de acordo com regime utilizado resultem em uma substantividade de tais contratos, conforme será tratado.

2.4.1 Disciplina normativa dos contratos da Administração no Brasil

A Constituição brasileira vigente, em decorrência da autonomia dos entes federativos, estrutura um sistema de competências legislativas norteado pelo princípio da predominância de interesse (nacional, regional ou local), tentando estabelecer um equilíbrio federativo. Desse modo, estipula, em seu artigo 22, competências legislativas privativas da União, cabendo, aos Estados e Municípios, as observarem obrigatoriamente.

Dentre as matérias privativas da União, note-se que não está presente o Direito Administrativo (em especial no inciso I), em razão, por certo, de estar ele intimamente ligado à regulamentação e organização dos entes componentes da República, todos autônomos, nos termos da Constituição (art. 18), fato que deve ser norteador na atividade licitatória e de contratação, possibilitando uma maior atividade legislativa fora do âmbito da União. Todavia, não parece ter sido essa a intenção do Constituinte, que procurou uniformizar a matéria.

Estabelece, a Constituição, no inciso XXVII do artigo 22 (redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998), a competência da União para editar normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.¹³²

Por sua vez, o citado inciso XXI do artigo 37 da Constituição dispõe sobre a contratação de obras, serviços, compras (além de alienações) de bens, preconizando a realização de procedimento licitatório, ressalvados os casos especificados na legislação, assegurada a igualdade de condições de participação e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Analisando os dispositivos sobre a perspectiva desta pesquisa, observa-se que a Constituição é clara ao informar que as normas gerais serão sobre *contratação*, expressão que

¹³² Neste ponto parece haver uma impropriedade estrutural no texto constitucional. Numa leitura sistemática do texto, é possível compreender que a Constituição trata de normas gerais em seu artigo 24, quando oportunamente estabelece caber aos Estados a possibilidade de suplementar a norma com disciplinamento específico (§2º), situação extensiva aos Municípios (art. 30, II).

difere de *contrato*, pois representa o seu ato ou efeito, não o instrumento propriamente dito.¹³³ No entanto, tal distinção parece ser ignorada pela doutrina, como bem afirma Fernando Dias Menezes de Almeida.¹³⁴ Atualmente, não se apresentam discussões sobre questão tão relevante e que impactaria demasiadamente no estudo dos contratos firmados pela Administração, haja vista sua disciplina, para as três esferas federativas, estar contida em texto editado pela União, e classificado como norma geral, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamentadora do dispositivo constitucional e que desce às miúdes dos contratos.

Deixa-se de lado, então, aqui, essa discussão, haja vista a sedimentação doutrinária da Lei nº 8.666/1993 como estipuladora de normas gerais sobre contratos, inclusive, com reconhecimento do Supremo Tribunal Federal.¹³⁵

Desse modo, cabe mencionar, esse diploma, segundo seu próprio artigo 1º, estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive, de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tais disposições são aplicáveis, além dos órgãos da administração direta, aos fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Para tanto, considera contrato, para os seus fins, todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (art. 2º, p. ú.).

Além da Lei Geral de Licitações e Contratos (8.666/1993), principal diploma legal sobre contratos firmados pela Administração, outras normas de âmbito nacional também regulam esses mesmos contratos, no âmbito da Administração Pública.¹³⁶ Todavia, para esta

¹³³ MICHAELIS. **Moderno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Melhoramentos, 2015 Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

¹³⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contratos administrativos*. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio (Coord.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 201.

¹³⁵ COMPETÊNCIA – LICITAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RESCISÃO – INDENIZAÇÃO – DISCIPLINA. A teor do disposto no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, compete à União a regulação de normas gerais sobre licitação e contratação públicas, abrangidas a rescisão de contrato administrativo e a indenização cabível. CONCESSÃO – SANEAMENTO BÁSICO – MUNICÍPIOS – ORGANIZAÇÃO AUTÔNOMA DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO – ROMPIMENTO DO AJUSTE – INDENIZAÇÃO – PROJEÇÃO NO TEMPO. Implica ofensa aos princípios ligados à concessão, ao ajuste administrativo, a projeção, no tempo, de pagamento de indenização considerado o rompimento de contrato administrativo, ante a organização, pelo próprio Município, de serviços de água e esgoto. (Supremo Tribunal Federal. **ADI 1746**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, acórdão eletrônico dje-223 divulg 12-11-2014 public 13-11-2014).

¹³⁶ Outras leis que regulam matéria contratual, no âmbito da Administração Pública: a de concessão e permissão de serviços públicos, nº 8.987/1995; a de concessão em matéria de telecomunicações, nº 9.472/1997; a de

análise, elege-se como referência a primeira, por ter aplicação mais ampla, sem prejuízo de destaques a outros diplomas normativos.

2.4.2 A doutrina clássica dos contratos da Administração brasileira

A doutrina francesa da teoria do contrato administrativo espalhou-se pela América-Latina¹³⁷, inclusive no Brasil, onde foi desenvolvida com aceitação praticamente unânime dos estudiosos. Embora tipicamente pertencente ao Direito Privado, o contrato, em nosso sistema jurídico, é utilizado no seio da Administração Pública em decorrência das transposições de institutos do Direito Privado para o Público, mas com as devidas adaptações, haja vista ser categoria jurídica com raiz na Teoria Geral do Direito.¹³⁸ No entanto, os contratos públicos são regidos por normas e princípios do Direito Público, aplicando-se as diretrizes do Direito Privado de modo supletivo.¹³⁹

Hely Lopes Meirelles define o contrato público como acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, com o intuito de criar obrigações e direitos recíprocos, sendo, em princípio, bilateral e comutativo, pressupondo liberdade e capacidade jurídica das partes, com objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei.¹⁴⁰

O mesmo autor aborda a temática reconhecendo a existência dos “contratos públicos” dos quais são espécie os acordos internacionais e os contratos administrativos. Este último abrangeria os chamados “contratos privados realizados pela administração” e os

concessão para atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, nº 9.478/1997; a Lei de Parcerias Público-Privadas, nº 11.079/2004; a de consórcios públicos, nº 11.107/2005; a de contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestadas por intermédio de agências de propaganda, nº 12.232/2010; a Lei que estipula o Regime Diferenciado de Contratações, nº 12.462/2011; o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, nº 13.303/2016.

¹³⁷ Cabe mencionar o destaque de Jorge Corviello, autor argentino: *utilizo la locución “contrato administrativo”, la tomo como sinónima de la más moderna de “contrato público”², común en los ordenamientos europeos, en el Derecho norteamericano y en los modelos de contratos de organismo internacionales. Se trata de una expresión que no solo comprende los típicos contratos administrativos, sino también aquellos que se rotulaban de “Derecho privado de la administración” (en realidad, la denominación correcta sería “contratos regidos parcialmente por el Derecho privado”, porque el componente iuspublicístico nunca dejará de estar presente)* (JORGE COVIELLO, Pedro José. El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius vivandi?. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 66, p. 170, jan. 2011. ISSN 2305-2546. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3135>>. Acesso: 30 nov. 2017).

¹³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 214.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 214

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 214.

“contratos administrativos propriamente ditos”, sendo os últimos divididos nas seguintes categorias: colaboração, atribuição e de consórcios públicos.¹⁴¹

Em sentido semelhante, Rafael Carvalho Rezende Oliveira afirma a existência de “contratos da Administração” como gênero. Como espécie, existiriam os “contratos privados da Administração” (ou “contratos semipúblicos”); e os “contratos administrativos”, abrangendo a concessão de serviços públicos, obras e concessão de uso de bens públicos.¹⁴²

143

Diferenciando um pouco das posições acima, Marçal Justen Filho explica existir os “contratos administrativos em sentido amplo”, do qual são espécies os acordos de vontade da Administração (ex.: convênios, contratos de consórcio público, contrato de rateio, contrato de gestão, contrato de fomento e outros), os contratos de Direito Privado e os contratos administrativos em sentido estrito (de delegação e de colaboração)¹⁴⁴.

Quanto aos tipos de cláusulas compreendidas nesse contrato, a doutrina parece não discordar da existência de cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras não têm natureza tipicamente contratual, pois decorrem do poder regulamentar, podendo ser alteradas unilateralmente pela Administração Pública, desde que recomposto o equilíbrio econômico-financeiro eventualmente rompido. Por outro lado, as cláusulas financeiras, de natureza tipicamente contratual e correspondente ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não podem ser alteradas unilateralmente.¹⁴⁵ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as regulamentares seriam cláusulas de interesse público.¹⁴⁶

Por certo, analisadas as classificações apresentadas, não se pode dizer qual a mais adequada, mas se pode concluir como inequívoca, por parte da doutrina clássica brasileira, a existência de uma organização mínima dos Contratos da Administração em: *contratos de direito privado da Administração*; e *contratos administrativos*, divisão que, hodiernamente,

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 214-216.

¹⁴² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 243-244.

¹⁴³ Em posição semelhante a de Oliveira, Celso Antônio Bandeira de Mello denomina os “contratos privados da administração” como “contratos de direito privado da Administração” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 636-637).

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 301-323.

¹⁴⁵ Nesse sentido são as doutrinas de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (Ainda existem contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 402-403) e Márcia Walquiria Batista dos Santos (Cláusulas exorbitantes: da teoria à prática. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 386).

¹⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook.

passa ser questionada e que não se coaduna com um modelo contratual conformado no Estado Democrático de Direito.

2.5 Administração Pública e sua Possibilidade de Firmar Contratos

2.5.1 O desenvolvimento da teoria clássica dos contratos administrativos

A teoria do contrato administrativo foi desenvolvida pela doutrina francesa, especialmente embasada nas decisões do Conselho de Estado da França, decorrente do regime de partição de competências do país. O Conselho de Estado francês, ao verificar o impasse para harmonizar o interesse público perseguido pela Administração Pública e os contratos por ela firmados com terceiros, se debruçou sobre os seguintes problemas: (a) qual o regime dos contratos administrativos; e (b) quando se deve classificar um contrato como administrativo.¹⁴⁷

O primeiro ponto gira em torno da supremacia do interesse público sobre o particular, possibilitando, ao Estado, usufruir de cláusulas exorbitantes no regime estritamente privado. No que tange ao segundo ponto, concluiu o Conselho francês pela necessidade de cumprimento de um dentre três requisitos: qualificação legal; o objeto do contrato corresponder à execução de um serviço público; e a existência de cláusulas exorbitantes.¹⁴⁸

Nessa linha, o Conselho de Estado francês classificou como contrato administrativo os de execução direta de obra pública, prestação de serviço público e obtenção de bens, ou seja, contratos que se constituem em meio imediato e contínuo para o Estado realizar suas atividades finalísticas. Ainda, seria contrato administrativo o que assim fosse legalmente classificado ou quando estabelecido no próprio ajuste em contraponto ao regime jurídico adotado, exorbitando do direito comum (ou privado).¹⁴⁹

Enquanto na França era dominante essa orientação, que se alastrou pela América Latina¹⁵⁰, na Alemanha e na Itália, a matéria suscitava divergências, ensejando a criação de

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 639.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 639.

¹⁴⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Contrato de direito público ou administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 88, p. 20, jul. 1967. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/29858>>. Acesso em: 10 Dez. 2017.

¹⁵⁰ Cabe mencionar o destaque do autor argentino Jorge Corviello: *utilizo la locución “contrato administrativo”, la tomo como sinónima de la más moderna de “contrato público”², común en los ordenamientos europeos, en el Derecho norteamericano y en los modelos de contratos de organismo internacionales. Se trata de una expresión que no solo comprende los típicos contratos administrativos, sino también aquellos que se rotulaban de “Derecho privado de la administración” (en realidad, la denominación correcta sería “contratos regidos*

uma tese negativista ou anticontratalista. Toda essa divergência era baseada na teoria geral contratual predominante no século XIX, centrando a essência do contrato na ideia de autonomia privada.

Analisando as orientações daqueles três países, Oswaldo Aranha sustentou existir dúvidas e controvérsias sobre: (a) a possibilidade de a Administração Pública ser parte em instrumento contratual, em virtude de sempre buscar atender ao interesse público e de sua posição de supremacia em relação ao particular; (b) qual seria o objeto do contrato, uma vez que suas obras e serviços estariam fora do comércio; e (c) qual seria a natureza da avença.¹⁵¹

Respondendo bem às duas primeiras objeções, a doutrina contratualista, conforme Oswaldo Aranha, afirmou que a Administração Pública descia de sua posição de superioridade ficando no mesmo plano do administrado contratado. Além disso, afirma que o objeto do acordo versaria sobre matéria estranha às relações jurídicas privadas (com bens fora do comércio), dizendo respeito ao interesse público, assim, devendo ser considerado de Direito Público.¹⁵² Todavia, persistia o problema quanto à natureza da avença, que exigiria autonomia da vontade e vinculação entre as partes.

Relatou, Oswaldo Aranha, que, para os autores alemães, o contrato de Direito Público teria um regime diferente do direito privado, devendo seguir as regras legais, sendo suscetível de alteração para atendimento do interesse coletivo. Logo, constituía-se em “contrato de submissão”, ato bilateral, mas não contratual, “em que há liberdade só na formação, pois o regime jurídico é unilateralmente disposto pelo Estado-Poder ou quem lhe faça as suas vezes”.¹⁵³

Sustentava a tese anticontratalista alemã, então, que não existiria contrato nessa relação, por não haver igualdade jurídica entre as partes, mas existiria verdadeiro ato administrativo por submissão, ato administrativo unilateral, que possuiria, como condição essencial de legalidade, o consentimento do interessado.¹⁵⁴ Segundo essa doutrina, avenças como, por exemplo, concessão de obra ou de serviço público, não constituiriam contrato de

parcialmente por el Derecho privado”, porque el componente iuspublicístico nunca dejará de estar presente) (JORGE COVIELLO, Pedro José. El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius vivandi?. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 66, p. 170, jan. 2011. ISSN 2305-2546. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3135>>. Acesso: 30 nov. 2017).

¹⁵¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Contrato de direito público ou administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 88, p. 16, jul. 1967. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/29858>>. Acesso em: 10 Dez. 2017.

¹⁵² *Ibid.*, p. 16.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 17-18.

¹⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 258-259.

Direito Público, perfazendo-se em: (i) ato unilateral da Administração, sendo a manifestação da vontade do administrado simples condição de eficácia; ou (ii) ato bilateral distinto do contrato, por ser o acordo de vontades mero requisito de formação do ato.¹⁵⁵

Na Itália, segundo Oswaldo Aranha, adotavam-se duas posições sobre a natureza das avenças firmadas pelo Poder Público com o particular: (i) possibilidade de existir contrato de Direito Público, se assim qualificado pelo Direito positivo; e a da (ii) não admissão de relação contratual entre a Administração e terceiros, mesmo qualificados pelo Direito positivo, afirmando-se que a natureza das coisas não poderia ser alterada pelo nome ofertado.¹⁵⁶

Confrontando as nuances das teorias francesa, alemã e italiana, Oswaldo Aranha conclui não coincidir o contrato administrativo francês com o contrato de Direito Público alemão e italiano. Para ele, os contratos de Direito Público dos juristas alemães, e defendido por alguns italianos (concessão de obra ou de serviço público e os atos administrativos unilaterais), têm por objeto matéria fora do campo do Direito Privado, mas própria do Direito Público e da atividade administrativa. Por outro lado, o que a doutrina francesa entende como contrato administrativo não possuiria objeto próprio do Direito Administrativo, correspondendo a contratos similares aos de Direito Privado, tomando o nome de contratos públicos pela participação da Administração Pública, por especificação legal ou por escolha do regime pelas partes.¹⁵⁷

Tomadas essas ideias iniciais, é preciso destacar que as teorias dos contratos da Administração surgem de circunstâncias históricas diversas. No entanto, a maior controvérsia parece residir na própria noção de contrato apresentada na Teoria Geral do Direito. Ainda, considerando serem os contratos firmados pela Administração originados da Teoria Geral do Direito, manifesta-se Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

os autores que negam que o contrato administrativo seja verdadeiramente um contrato, [...] incidem no erro de somente considerar esses institutos à luz do direito civil, como se os conceitos neles formulados fossem compreensivos de toda a realidade que constitui objeto de estudo do direito. Eles colocam o superconceito no direito civil e não na teoria geral do direito. É o que fazem aqueles que pretendem enquadrar, por exemplo, o contrato administrativo no conceito de contrato formulado pelo direito civil, com a consequência inevitável de lhe negarem a existência como tal.¹⁵⁸

¹⁵⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Contrato de direito público ou administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 88, p. 19, jul. 1967. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/29858>>. Acesso em: 10 Dez. 2017.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 19.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 24-25.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 04.

Da incidência de regra jurídica sobre um fato ou um plexo de fatos (o suporte fático), resultará um fato jurídico, do qual decorrerão (ou não) efeitos jurídicos.¹⁵⁹ Dentre os fatos jurídicos, ganha destaque, aqui, a espécie ato jurídico *lato sensu* (subdividida em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico). Essa modalidade engloba os fatos jurídicos nos quais o cerne do suporte fático é ocupado pela vontade “dirigida à obtenção de um resultado possível, protegido ou não proibido pelo ordenamento jurídico”.¹⁶⁰

Esclarecendo a noção de ato jurídico *lato sensu*, o professor Marcos Bernardes de Mello, no primeiro tomo de sua obra, propõe um estudo acerca das espécies desse ato, o negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu*.¹⁶¹ Abordando essas espécies, o citado professor revela não haver “substância científica” na afirmação de diferenciação de ambos (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*) pelo modo de exteriorização da vontade. É, para Bernardes de Mello, a declaração de vontade ou manifestação apenas elemento completante do núcleo daqueles atos, existindo situações em que o negócio jurídico se faz com mera manifestação (até mesmo tácita) e casos em que há concretização do ato jurídico *stricto sensu* por meio de declaração de vontade. Estaria, dessarte, a exigência de exteriorização de vontade (seja por meio de declaração ou manifestação), na estrutura do suporte fático estabelecido pelas normas jurídicas para cada espécie de ato jurídico *lato sensu*.¹⁶²

Em outra abordagem das espécies de ato jurídico *lato sensu*, agora em relação ao caráter volitivo dos efeitos, Bernardes de Mello afirma que a manifestação de vontade no ato jurídico *stricto sensu* não escolhe a categoria jurídica, produzindo apenas efeitos inalteráveis e invariáveis, preestabelecidos pelas normas jurídicas. Todavia, diferentemente do anterior, na espécie dos negócios jurídicos, a vontade, componente do suporte fático de certa categoria jurídica, é manifestada visando a obter efeitos predeterminados pelo sistema ou deixados a cada um livremente.¹⁶³

¹⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 171-173.

¹⁶⁰ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos sobre a teoria do fato jurídico. In. BESERRA, Karoline Mafra Sarmiento Beserra; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; e SILVA, Jéssica Aline Caparica da (Org.). **Estudos sobre a teoria do fato jurídico na contemporaneidade: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. Aracajú: EdUnit, 2016, p. 25.

¹⁶¹ MELLO, Marcos, Op. Cit., p. 255-258.

¹⁶² Como exemplo de negócio jurídico firmado por mera manifestação Marcos Bernardes de Mello indica a hipótese de consumo de uma mercadoria daquele que a recebe para exame na venda a contento, realizando, assim, o contrato de compra e venda. Exemplificando a hipótese de ato jurídico *stricto sensu* realizado por declaração de vontade, o autor, aponta o reconhecimento voluntário de paternidade fora do casamento (ato enunciativo), que só poderá ser efetivado por meio de declaração (**Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 227-228 e 255-256).

¹⁶³ MELLO, Marcos, Op. Cit., p. 227-231.

Nessa linha de abordagem, afirma-se que, à exceção dos atos de natureza normativa,¹⁶⁴ o ato praticado no plano do direito público é considerado um ato jurídico *lato sensu*, não diferindo em essência dos demais atos jurídicos, mesmo os decorrentes do Direito Privado.¹⁶⁵

Por certo, os atos jurídicos de natureza pública possuem características próprias em relação aos de natureza estritamente privada, em especial pela predominância do interesse público envolvido, refletindo peculiaridades como: prevalência do conteúdo da declaração conforme expressada; e regência pelo princípio da legalidade. Todavia, tais circunstâncias não desconfiguram sua essência, constituindo-se em elementos completantes (ou complementares) do suporte fático dos atos jurídicos.¹⁶⁶

Outro ponto de análise do fato jurídico diz respeito à ideia de relação. Essa ideia se constitui da observação do modo de ser de “a” frente a “b”, aplicável a qualquer área do conhecimento, seja nas ciências sociais, exatas ou humanas.¹⁶⁷

Na seara das relações inter-humanas, a incidência da norma jurídica sobre os fatos dessas relações revela um interesse do Direito e acaba por tornar jurídica uma relação capaz de gerar direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções.¹⁶⁸

Nessa linha, a relação jurídica se apresenta como efeito de fato jurídico, decorrente da incidência da norma jurídica sobre o suporte fático, sendo a norma jurídica a definidora da eficácia jurídica. Desse modo, segundo lição do professor Marcos Bernardes de Mello, imputado um determinado efeito a um fato jurídico pela norma jurídica, “nenhum outro fator ou circunstância poderá ampliá-lo, reduzi-lo ou eliminá-lo; se, ao contrário, nega-lhe certa eficácia, a ninguém é dado o poder de considerá-la possível de ocorrer”.¹⁶⁹ Todavia, é válido ressaltar, não é a norma jurídica a fonte dos efeitos jurídicos, por apenas fixá-los, a fonte desses efeitos é o fato jurídico gerador da relação jurídica.

Considerando as premissas lançadas, Bernardes de Mello afirma ser possível definir relação jurídica como “toda relação intersubjetiva sobre a qual a norma jurídica incidiu,

¹⁶⁴Sobre o ato-norma administrativo *vide* escrito de Eurico Marcos Diniz de Santi em obra publicada em homenagem a Marcos Bernardes de Mello (SANTI, Eurico Diniz de. Ato administrativo e sua estrutura: do ato-fato ao ato-norma. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010).

¹⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 220.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 221-222.

¹⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. **Teoria do fato jurídico**: parte geral, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 199.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 199.

¹⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 237.

juridicizando-a, bem como aquela que nasce, já dentro do mundo do direito, como decorrência de fato jurídico”.¹⁷⁰

A relação jurídica, então, como espécie de categoria eficaz de uma situação jurídica intersubjetiva multilateral, exige essencialmente para existir um relacionamento entre, ao menos, dois sujeitos de direito (“intersubjetividade jurídica”), com correspectividade entre direito e dever^{171 172} e demais elementos de seu conteúdo típico, definido pelas normas jurídicas.¹⁷³

2.5.2 A crítica à denominação “contratos administrativos” e a teoria do ato unilateral

Considerando ser instituto da Teoria Geral do Direito, com conceito próprio da Ciência Jurídica e mesmo efeito para as ordens jurídicas de Direito Público ou Privado, Oswaldo Aranha conceitua contrato do seguinte modo:

acôrdo de vontades, perfazendo ato jurídico único, entre as partes correlatas e contrapostas, sobre objeto jurídico diverso, relativo a direitos e obrigações das que nêle participam. Esses direitos e obrigações são livremente dispostos pelas partes, ou uma adere livremente ao prefixado pela outra. Estabelecem vínculos entre elas, como se fossem leis, a que se sujeitam às suas vontades, por todo o prazo estabelecido para a respectiva vigência.¹⁷⁴ (*sic*)

Dessa forma, segundo o autor, para a caracterização de um contrato, seriam necessários os seguintes elementos: autonomia das vontades e vinculação entre as partes.

Ainda, entende Oswaldo Aranha, o simples acordo de vontade não se define como contrato, quando esse acordo decorre de mera coincidência sobre determinado objeto, dando como exemplo o ato coletivo ou unilateral plural.¹⁷⁵ Com efeito, afirma, o autor, a

¹⁷⁰ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia 1ª parte, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 193.

¹⁷¹ Sobre correspectividade entre direito e deveres *vide* as lições de Pontes de Miranda no **Tratado de direito privado**: parte geral, Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 501-502.

¹⁷² Em seu Tratado de Direito Privado, Pontes de Miranda afirma a possibilidade de existirem conexões, choques ou dependência entre direitos e deveres provenientes de uma mesma relação jurídica, não se caracterizando essas relações como jurídicas, sendo fáticas ou de simples causalidade, a exemplo do direito de retenção (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 209 e 215).

¹⁷³ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 239-246.

¹⁷⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Contrato de direito público ou administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 88, p. 25, jul. 1967. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/29858>>. Acesso em: 10 Dez. 2017.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 25-26.

possibilidade de existir acordo de vontade para, tão somente, aplicar regime legal a determinadas pessoas, não configura contrato, mas, sim, convenção por ato bilateral.

Com base nas lições de Oswaldo Aranha e numa concepção voluntarista de negócio jurídico¹⁷⁶, Celso Antônio Bandeira de Mello critica a doutrina brasileira por fazer uso da expressão “contrato administrativo” para se referir às relações convencionais firmadas pela Administração, pois nestas existiriam situações jurídicas díspares aos contratos clássicos.

as palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas. Seria desejável que às realidades distintas fossem dadas titulações diferentes, para evitar confusões e extrapolações indevidas, como ocorre no caso. Seria preferível evitar terminologia que afilia à matriz contratual alguns destes vínculos cuja índole não se compatibiliza com a ascendência que se lhes quer inculcar. Entretanto, parecem fadados ao insucesso quaisquer esforços para demonstrar a inconveniência desta rotulação.¹⁷⁷

Na linha do pensamento de Oswaldo Aranha e Celso Antônio Bandeira de Mello, a tese arquitetada pelos doutrinadores alemães e italianos (exposta no item anterior) sobre o contrato de Direito Público – formado pelo livre acordo de vontade, mas com disciplinamento unilateral do Estado – não reconheceria as relações convencionais firmadas pela Administração como de natureza contratual, sendo ato jurídico bilateral, pois não se formariam novos direitos e deveres entre as partes, apenas se disciplinaria o modo de satisfação de obrigações unilateralmente criadas. Todavia, no que tange à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, poderia haver o reconhecimento de contrato de modo complementar nesses atos bilaterais.¹⁷⁸

Com relação ao contrato administrativo de origem francesa, outra não foi a crítica apresentada por Oswaldo Aranha sobre a sua natureza. Afirmou, o autor, a inexistência de um contrato administrativo. Em verdade, existiriam atos administrativos, que se complementariam por um contrato instituído para dispor apenas sobre a manutenção da equação econômico-financeira entre as partes, isso nos casos de concessão de obra ou de

¹⁷⁶ O conceito clássico de negócio jurídico, constituído por inspiração do Estado Liberal ao reconhecer a liberdade individual como principal característica, traz em seu seio a ideia de realização da vontade individual, que se queria praticamente sem limites (autonomia da vontade). Nessa concepção, o negócio jurídico nasceria da vontade declarada das pessoas, sendo seus efeitos jurídicos uma decorrência dessa vontade negocial (MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 231-234).

¹⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 33ª. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 642.

¹⁷⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Contrato de direito público ou administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 88, p. 26-27, jul. 1967. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/29858>>. Acesso em: 10 Dez. 2017.

serviço público. As demais avenças seriam contratos privados, dotados de um regime especial decorrente da lei, aderidos pelo administrado.¹⁷⁹

Concluiu, Oswaldo Aranha, então, inexistir contrato de Direito Público ou contrato administrativo com regime jurídico diferenciado da seara privada. Logo, existiria, nas relações entre o Estado e o particular, instrumento contratual apenas de modo complementar e no que tange à disciplina da manutenção da equação econômico-financeira entre as partes, que teria como precedente ato administrativo unilateral disciplinador das demais obrigações.¹⁸⁰

Em mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que os poderes reconhecidos ao Poder Público adviriam da Lei e não das cláusulas estabelecidas; e os poderes de instabilização da relação jurídica existiriam independente de previsão contratual. Logo, os poderes reconhecidos nada teriam de contratual, mas de típicos atos unilaterais, à margem da influência da vontade do contratante, sendo contratual, apenas, a parte econômica convencionada.

Critica, ainda, o autor:

é de notar que as prerrogativas em pauta colocam o “contrato” à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular. Daí que subvertem profundamente a noção de contrato encontrada na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualificação “administrativo” aposta à palavra “contrato” parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo.¹⁸¹

Explicitadas as bases das críticas à natureza contratual das avenças firmadas pela Administração Pública, constata-se que elas giram em torno de uma perspectiva equivocada da teoria contratual, que se tentará demonstrar com base na teoria do fato jurídico, apresentada por Marcos Bernardes de Mello, a qual parece mais acertada.

2.5.3 O contrato da administração como espécie de negócio jurídico

Ao reconhecer a concepção voluntarista como incorreta para explicar o fenômeno contratual, Marcos Bernardes de Mello conceitua negócio jurídico como:

¹⁷⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Contrato de direito público ou administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 88, p. 31, jul. 1967. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/29858>>. Acesso em: 10 Dez. 2017.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 32-33.

¹⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 33ª. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 638.

[...] o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.¹⁸²

Vontade, portanto, é apenas componente do suporte fático sobre o qual incidirá a norma, não podendo ser confundida com o negócio jurídico, nem criar efeitos, estes serão definidos pelo ordenamento. Desse modo, o sistema jurídico, ao estabelecer o conteúdo das relações jurídicas, pode fazê-lo de modo exaustivo, não deixando margem à vontade; ou pode permitir que a vontade exerça, dentro de uma amplitude variável definida pelas normas jurídicas, certo poder de escolha na estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica. O que não é possível, por certo, é a criação exclusivamente voluntária de efeitos sem admissão ou previsão pelo sistema.¹⁸³

Nessa linha, reconhece-se, segundo Bernardes de Mello, existirem negócios jurídicos que, “em razão da cogência e da absoluta determinação das normas jurídicas, não permitem aos figurantes outra escolha senão optar pelas categorias predeterminadas nas normas jurídicas”.¹⁸⁴ É com essa lição que podemos entender os contratos administrativos.

Observa-se que o fato de os efeitos do contrato administrativo estarem previstos na lei, ao contrário do que afirmam Celso Antônio Bandeira de Mello e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (como exposto acima), não configura a hipótese de expedição de ato unilateral, ou mesmo bilateral. A lei apenas prevê os efeitos, mas eles decorrem do fato jurídico resultante da relação jurídica contratual.

A limitação à livre manifestação da vontade (também existente no Direito Privado), de fato, existe no contrato administrativo, ao possuir como finalidade a satisfação do bem comum, tornando seu conteúdo limitado.

Liberdade de escolha no contrato administrativo se caracteriza na possibilidade de aceitar ou não a oferta com suas regras estabelecidas para atendimento do interesse público, em decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que põe o Estado em posição diferenciada.

¹⁸² MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 246-247.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 247.

Isso, no entanto, não elimina a dupla manifestação de vontade existente na relação contratual do Estado com o terceiro particular. O primeiro, pautado em seus atos normativos legais e infralegais, princípios e, especialmente, na necessidade de atendimento ao interesse coletivo, manifesta a sua oferta/necessidade de contratação; enquanto o segundo manifesta sua vontade de contratar segundo as condições da proposta apresentada.

Por certo, verifica-se, como decorrência da avença, a criação de diversos direitos e deveres correspectivos, sempre fundados na manutenção da equação econômico-financeira¹⁸⁵, que, aliás, não pode ser reconhecida como a única hipótese de formação de contrato na relação estudada, como creem Celso Antônio e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Segundo Marçal Justen Filho, “em princípio, a equação econômico-financeira se aperfeiçoa simultaneamente com o próprio contrato administrativo, no sentido de que, sem existir contratação, não há que se cogitar da questão”.¹⁸⁶

O contrato cria, por conseguinte, direitos e deveres correspectivos na medida de uma lei autorizativa, ou seja, nas palavras de Marçal Justen Filho, “a normatividade do contrato é, portanto, um reflexo de sua vinculação a uma norma legal autorizativa”.¹⁸⁷ Assim, completa Justen Filho, “o contrato vincula as partes, mas apenas dentro dos limites do poder jurídico atribuído pelo direito”.¹⁸⁸ ¹⁸⁹ Dessa forma, os contratos administrativos nunca retratariam exceção ao princípio da legalidade, sendo a Lei a única definidora da eficácia do fato jurídico.¹⁹⁰

Ressalte-se, ainda, segundo informa Soto Kloss, utilizada a técnica contratual, o contrato celebrado pelo Estado estará igualmente marcado pela finalidade pública, mas nem

¹⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Art. 54 [...] § 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

¹⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 388.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 302.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 303.

¹⁸⁹ Cabe lembrar a teoria normativista de Hans Kelsen, segundo a qual o negócio jurídico possui natureza normativa, sendo suas disposições normas jurídicas individuais. Todavia, segundo Marcos Bernardes de Mello, as normas jurídicas incidem sobre o suporte fático para gerar um fato jurídico, característica não encontrada nas demais normas comportamentais da sociedade, a exemplo dos negócios jurídicos (fato jurídico), situação que nega caráter normativa ao negócio jurídico (MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 251-523).

¹⁹⁰ É digna de nota a passagem escrita por Marçal Justen Filho (**Curso de direito administrativo**, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 302) onde se afirma “reservar-se à lei a condição de fonte única da obrigatoriedade de qualquer conduta”. Como dito linhas acima e reproduzido no texto referenciado, segundo a doutrina de Marcos Bernardes de Mello, a norma jurídica não é fonte dos efeitos, ela define qual a eficácia do fato jurídico, ou seja, define seus efeitos.

por isso deixará de ser contrato, nem o Estado deixará de ser Estado, nem se despojará de sua posição de supremacia para a consecução do interesse público.¹⁹¹

2.6 A Evolução da Teoria do Contrato Administrativo

Em exposição sobre o contrato administrativo e sua evolução, Odete Medauar¹⁹² aduz que a noção de contrato regido pelo Direito Público firmou-se apartada de preceitos tradicionais da teoria do contrato privado, a exemplo da igualdade entre as partes e a intangibilidade da vontade inicial das mesmas. Formou-se, então, uma categoria de contrato na qual a Administração, no intuito de assegurar o atendimento do interesse público, é detentora de certas prerrogativas, todavia, sem sacrificar o interesse remuneratório do contratado. Tal teoria difundiu-se na Europa Ocidental, na América Latina, inclusive no Brasil.

Afirma, Medauar, que, a partir dos anos 70, renovaram-se os debates sobre essa espécie de contrato. Num primeiro ângulo, diz, a autora, elementos da teoria clássica passaram a ser questionados. Sob um segundo ângulo, com o surgimento da consensualização na Administração, ganha espaço técnicas de ação baseadas em concordância entre a Administração e a pessoa privada, em substituição à ideia de autoridade. Desse modo, paralelamente aos típicos contratos administrativos, desenvolvem-se acordos entre a Administração e grupos ou entidades representativas de interesses com base na compatibilização de interesses.¹⁹³

Esse novo modo de atuar é propiciado por um conjunto de fatores: a multiplicidade de interesses existentes na sociedade, cada vez mais plural; a crescente aproximação entre Administração e sociedade; a proliferação de mecanismos democráticos de participação social nas decisões das diversas esferas da Administração que se propõe a debater, por exemplo, por meio de conselhos, comissões e grupos de trabalho; adiciona-se a “crise da lei formal como ordenadora de interesses”; por fim, relaciona-se essa atuação ao processo de simplificação da atividade administrativa na tentativa de promover maior eficiência e produtividade.

¹⁹¹ KLOSS, Eduardo Soto. La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato. In **Revista de Administración Pública**, n° 86, mai/ago 1978, p. 570-577. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=86&IDA=23062>>. Acesso em 27 de nov. 2017.

¹⁹² MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 258-272.

¹⁹³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 259-261.

Até o ano de 1990, novos tipos de ajustes entre a Administração e particulares surgiram, inclusive sem previsão na legislação, havendo grande liberdade de forma, tais como protocolos de intenção, acordos de colaboração e pactos administrativos, repercutindo na concepção clássica do Direito Administrativo. Afirma, Medauar, que “a atividade de consenso-negociação entre poder público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração”.¹⁹⁴ Logo, passa, a Administração, a ter mediação na resolução de conflitos por meio do consenso. Com esse novo modo de atuar da Administração Pública, discussões surgiram sobre o contrato administrativo, indagando-se se tais acordos, pactos, protocolos se enquadram na categoria clássica.

Posteriormente a 1990, essas tendências ganharam força, segundo Medauar, de forma tão significativa que novas expressões foram cunhadas: “governo por contratos, direito administrativo pactualista, direito administrativo cooperativo, administração por acordos, contratualização das políticas públicas, parcerias”.¹⁹⁵ Nessa linha, difundiram-se, no Brasil, convênios, consórcios e contratos de gestão.

No início do Século XXI, aumentou a discordância sobre os elementos caracterizadores da teoria clássica do contrato administrativo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto expõe críticas às cláusulas exorbitantes,¹⁹⁶ inclusive sugerindo a permuta da nomenclatura para *cláusulas discricionárias*.

Noutra linha, Floriano de Azevedo Marques Neto relata existir a “maldição do regime único”, problema decorrente da pretensão de submissão de cada segmento do Direito Administrativo a um único regime, com tratamento uniforme, impedindo a modulação do regime em virtude da finalidade da ação administrativa, situação que recairia sobre os contratos administrativos.¹⁹⁷

Fernando Dias Menezes de Almeida informa ser insuficiente a teoria clássica para explicar “o fenômeno convencional da Administração, dado seu aumento de complexidade

¹⁹⁴ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 263.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 264.

¹⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. p. 545-563. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹⁹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. In: **Revista do Advogado**: contratos com o poder público, n. 107, ano XXIX, dez./2009, p. 77-79. Disponível em: <https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/211972/mod_resource/content/1/Do%20Contrato%20Administrativo%20%C3%A0%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Contratual%20-%20Floriano%20de%20Azevedo%20Marques%20Neto.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.

nos dias atuais”.¹⁹⁸ Ressaltando a necessidade de alteração, afirma, ainda, que as prerrogativas tradicionais sequer servem para assegurar a realização da atividade administrativa.

Na literatura estrangeira, os ataques não são diferentes, com críticas às prerrogativas da Administração como a rescisão unilateral, a *exceptio non adimpleti contractus*, e o não reconhecimento do *jus variandi*.¹⁹⁹

Em contrapartida, nessa época, ampliou-se, na Administração Pública, a utilização de contratos, dando azo ao surgimento de novos tipos e da denominação contratualização para se referir às tendências Do direito Administrativo nessa seara.

Ainda, após o ano de 2003, contratos novos ou renovados emergiram, sendo exemplos, no Brasil, segundo Medauar,

parcerias público-privadas, a concessão patrocinada e a concessão administrativa; o contrato de consórcio público; concessão florestal; contrato de programa; contrato de rateio; contrato de repasse; acordos regulatórios; no âmbito do RDC, contrato de eficiência, contrato de remuneração variável; termo de colaboração; termo de fomento.²⁰⁰

Por certo, a grande quantidade de figuras heterogêneas dificulta a sistematização de uma teoria unitária. Por essa razão, Fernando Dias Menezes de Almeida,²⁰¹ abordando o tema dos contratos celebrados pela Administração pela perspectiva da teoria do contrato administrativo, propõe sua evolução a partir do tratamento do Direito positivo à matéria. Para tanto, analisou os contratos de modo agrupado, por módulos, com certos pontos em comum, confrontando com uma análise de modelos abstratos de tratamento legal da matéria, o que resultou na formulação de sete situações principais de tratamento legal da matéria.²⁰² Por conseguinte, estipulou que a teoria do contrato administrativo acolhe toda a possibilidade de gradação de situações objetivas e subjetivas, coexistindo em uma mesma relação estruturalmente convencional, como aventou, não considerando a incidência automática das prerrogativas da Administração.

A referência mais genérica, assim, seria o contrato como categoria geral do Direito, enquanto as especificações consideram todas as gradações possíveis de incidência do regime público até se chegar a um regime privado, ante a ausência de prerrogativas públicas. Esse

¹⁹⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

¹⁹⁹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 267.

²⁰⁰ Ibid., p. 271.

²⁰¹ ALMEIDA, Op. Cit., 2012.

²⁰² Para uma melhor compreensão do pensamento de Fernando Dias Menezes de Almeida, dada a extensão de sua tese, remetemos o leitor ao texto da obra do autor (Op. Cit., p. 376-382)

modelo afasta a visão do gênero *contratos da Administração* cujas espécies seriam os *contratos administrativos* e os *contratos de direito privado da Administração*.

Em suma, nesse sentido teórico, o contrato administrativo: (a) é genericamente contrato porque comunga da mesma essência do contrato enquanto categoria jurídica geral; (b) é especificamente administrativo porque sofre, potencialmente, a incidência do regime de direito público autoexecutório inerente a toda a ação Administrativa, acompanhando, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral.²⁰³

Desse modo, propõe uma sistematização em “módulos convencionais”, da seguinte forma: a) “módulos convencionais de cooperação”, no qual prevalece a ideia de atuação conjunta e finalidade única (v.g. convênios, consórcios públicos, contrato de gestão, termo de parceria); b) “módulos convencionais de concessão” (v.g. concessão e permissão de serviço público, concessão patrocinada e administrativa e concessão de uso ou exploração de bem público); c) “módulos convencionais instrumentais”, destacando-se o aspecto instrumental para a consecução da finalidade pública (v.g. contratos de obras, serviços, compras, locações e seguro).

É dessa sistematização de Menezes de Almeida que parte o presente estudo e se faz um corte sobre o objeto de análise, mais especificamente, dos módulos convencionais instrumentais, praticados em maior volume pela Administração nas suas atividades cotidianas, uma vez que grande parte dos recursos públicos é dirigida às compras, obras e serviços com o setor privado, que veem nestes contratos uma grande oportunidade para a realização de negócios.

Assim, demonstrada a evolução no tratamento dos contratos firmados pela Administração, todavia, ainda persiste na grande doutrina (anteriormente vista) a típica divisão dos contratos da Administração seguindo a dicotomia público-privado, baseada no critério da existência de cláusulas exorbitantes nos contratos, descuidando-se de elementos trazidos pela nova perspectiva da Administração Pública, pautada em um Estado Democrático de Direito.

2.7 Atividade Contratual da Administração no Estado Democrático de Direito

²⁰³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio (Coord.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 246.

Alterações sociais e políticas, expostas acima, impuseram reflexões sobre o Direito Administrativo e seus paradigmas, reverberando suas consequências em instrumentos da atividade administrativa, como o contrato.

Historicamente, imaginavam-se concebidas as relações contratuais, em que o Estado figurasse como parte, sob a premissa de uma atuação autoritária da Administração, baseada em uma supremacia de poder em relação ao contratado, e que só assim poderia, a Administração, realizar o interesse público. Seria, então, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado baliza dos contratos da Administração.

Todavia, numa perspectiva pós-positivista, em que a norma não deve ser apenas retirada do texto formal, mas também dos seus valores integrantes e dos princípios, é preciso repensar a atividade contratual da Administração, na tentativa de adequação ao Estado Democrático de Direito, que reclama por concretização dos direitos fundamentais, satisfação do interesse público, igualdade e eficiência.

2.7.1 Contratos da administração e direitos fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), considerada expansiva, segundo Raul Machado Horta²⁰⁴ – em função dos temas novos e da ampliação conferida a temas permanentes, como os Direitos e Garantias Fundamentais –, registra a dilação da matéria constitucional e a evolução das Constituições brasileiras no tempo, destacando-se o reconhecimento de direitos fundamentais, estes, nas palavras de Bonavides, “o norte do Constitucionalismo, de sua legitimidade, de sua ética, de sua axiologia, de sua positividade”.²⁰⁵

O Estado constitucional dos direitos fundamentais é sustentado, inicialmente, pelo binômio justiça-liberdade, mas aqui não se encerra. Com a ideia constitucional de um Estado social, a legitimidade passou a ser o fundamento da Teoria da Norma Constitucional e, por conseguinte, passou a ter como componente os direitos fundamentais. Estes não possuiriam eficácia em função da Lei, mas a Lei teria eficácia em função dos direitos fundamentais.²⁰⁶

Pode-se afirmar que o ponto de ligação entre todos os direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana, por isso que eles têm um caráter sistemático e unitário, logo, todos os direitos fundamentais decorrem de um núcleo comum. Os direitos fundamentais

²⁰⁴ HORTA, Raul Machado. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 207.

²⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 57.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 52-56.

surgiram, então, para proteger e promover a dignidade da pessoa humana, em uma relação íntima, limitando os poderes públicos. Esses direitos destinam-se, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos, sendo universais.

No entanto, existem direitos fundamentais que podem ser limitados por lei (pelo Estado), constituindo uma relação paradoxal.²⁰⁷ Para que as demarcações estabelecidas pelos poderes públicos para limitar os direitos fundamentais sejam legítimas, elas também precisam ser limitadas, essa é a base da Teoria dos Limites dos Limites.²⁰⁸ Na Constituição brasileira vigente, esses limites podem ser deduzidos dos princípios do Estado de Direito, da legalidade, da segurança jurídica e da proporcionalidade. Não se descuida, todavia, que existem requisitos a serem observados nessa atuação: o princípio da reserva legal, a não retroatividade, a generalidade e abstração do ato limitador e, ainda, a proporcionalidade da medida.

O que existe, em verdade, é que, quando um direito fundamental se concretiza como regra, ele tem que ser aplicado na medida exata de seu texto em sentido restrito; quando ele se exterioriza como um princípio, poderá ser ponderado.

Logo, não há dúvidas de que a Constitucionalização do Direito colocou os direitos fundamentais em posição de maior proteção, visando à sua concretização. Essa orientação é verificada, também, na Administração Pública, que passa a ter sua atividade orientada pela mesma finalidade.

A função do Estado, comparando-se o regime jurídico público dos dias atuais ao de séculos atrás, vem-se transformando, passando toda a sua atenção para o cidadão, detentor do real poder (segundo o art. 1º, parágrafo único, da Constituição)²⁰⁹, numa perspectiva de proteção e preservação de seus direitos e interesses legítimos, sem a permissão de imposição de prerrogativas estatais desproporcionais. É nesse sentido que Lucas Rocha Furtado afirma que, “na conformação do moderno Direito Administrativo, o limite e o fundamento para toda ação ou abstenção estatal deve ser a realização dos direitos fundamentais, que passam a constituir o verdadeiro interesse público primário”.²¹⁰

²⁰⁷ Bobbio, no livro *A Era dos Direitos*,²⁰⁷ afirma, ainda que, em regra, os direitos fundamentais sejam limitados, existem pouquíssimos casos em que eles são absolutos, esses seriam o direito a não ser escravizado e o direito a não ser torturado (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Calos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 24).

²⁰⁸ Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, a expressão limites dos limites (*schraken-schraken*) foi utilizada pela primeira vez por K. H. Wernick (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 209).

²⁰⁹ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

²¹⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 34.

Com a evolução para o Estado Social, a Administração Pública tem ampliada a sua atividade, o que lhe demanda um novo modo de atuar, contando com o auxílio de terceiros, na concretização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, na consecução do interesse público primário. Sobre essa evolução, constata Lucas Rocha Furtado:

o Estado brasileiro, conforme o modelo definido pela Constituição Federal, é democrático, de direito, cooperativo e social.

É democrático, em primeiro lugar, porque nascido da vontade do povo; de direito, porque se submete ao ordenamento jurídico previamente estabelecido, conforme definido na Constituição; cooperativo, porque, em inúmeras situações, necessita da participação de segmentos do setor privado para desempenhar suas atribuições; e social porque atua de modo a realizar o bem comum, visando à satisfação dos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana – saúde, educação, cultura, segurança etc.

Diante desse novo Estado, torna-se necessário redefinir os termos em que se desenvolvem as relações jurídicas entre ele e os particulares.²¹¹

Por certo, é, a partir do processo administrativo licitatório, também, que direitos fundamentais importantes no Estado Democrático de Direito (a exemplo da isonomia, impessoalidade, motivação e transparência) são erigidos a um patamar alto de relevância na concretização de direitos fundamentais, obtendo-se a proposta mais vantajosa e que realizará o interesse público primário. Todavia, a obtenção desse resultado não fica adstrita àquele instrumento, devendo ser analisada pelo viés contratual.

Logo, reconhece-se que os contratos firmados pela Administração conformam meio apto à realização dos direitos fundamentais, como afirmam Luciana Duarte e Márcio Ibrahim Júnior, por “garantir o livre desenvolvimento da personalidade dos seus administrados”.²¹²

2.7.2 Desenvolvimento, interesse público e contrato administrativo

A Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, em seu artigo 2º, consagra a pessoa humana como sujeito central do desenvolvimento, afirmando seu caráter de direito humano inalienável,²¹³ cabendo, aos Estados, formularem políticas nacionais adequadas, visando ao constante aprimoramento do

²¹¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 34.

²¹² DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; IBRAHIM JÚNIOR, Márcio Antônio Deotti. **A exorbitância nos contratos administrativos e direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2907d2584b4215ec>>. Acesso em: 16 de nov. de 2018.

²¹³ *Article 1. 1. The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized* (ONU. *The General Assembly*. 41/128 **Declaration on the Right to Development, 1986**. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/41/128>. Acesso em: 07 dez. 2018).

bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos,²¹⁴ podendo ser classificado como direito fundamental supraestatal. Nessa esteira, afirma Flávia Piovesan,²¹⁵ a Declaração de Viena, de 1993 – reiterando a Declaração Universal, de 1948 – traz a ideia de interdependência entre os valores dos Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento.

Por conseguinte, o direito ao desenvolvimento – integrante da terceira geração de direitos fundamentais²¹⁶ ou, como prefere Ingo Sarlet,²¹⁷ terceira dimensão, sendo espécie do direito de solidariedade e estatuído como direito humano inalienável,²¹⁸ de titularidade individual ou coletiva –, influencia não apenas na qualidade de vida, mas, também, nas habilidades produtivas das pessoas e, conseqüentemente, sobre o crescimento econômico da comunidade.²¹⁹ Segundo Amartya Sen, tal direito deve “estar relacionado com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”.²²⁰ Essa elevação da qualidade de vida promove, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

Constituindo-se em obrigação do Estado, de ordem positiva e negativa,²²¹ o direito fundamental ao desenvolvimento é referenciado em nosso ordenamento jurídico a partir do preâmbulo da Constituição da República de 1988, sendo reiterado em outras passagens, em especial no artigo terceiro ao ser erigido ao status de objetivo fundamental da República. Ainda, a Carta de 1988 não somente estabeleceu a promoção do desenvolvimento como um dos objetivos da República do Brasil, mas também a reconheceu em seu rol de direitos fundamentais.²²²

²¹⁴ Article 2. 3. *States have the right and the duty to formulate appropriate national development policies that aim at the constant improvement of the well-being of the entire population and of all individuals, on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of the benefits resulting therefrom* (ONU. *The General Assembly*. 41/128 **Declaration on the Right to Development, 1986**. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/41/128>. Acesso em: 07 dez. 2018).

²¹⁵ PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direito ao Desenvolvimento**. In: **II Colóqui Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_direito_ao_desenvolvimento.pdf>. Acesso em 26 nov. 2016. p. 04.

²¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 584.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55.

²¹⁸ PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao Desenvolvimento Como Direito Fundamental**. In: **Congresso Nacional do CONPEDI (16: 2007: Belo Horizonte, MG) Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, pp. 6952-6973. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em 15 nov. 2016.

²¹⁹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 p. 171.

²²⁰ *Ibid.*, p. 29.

²²¹ FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 225.

²²² OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988**. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito

Sendo a Constituição vigente definida como programática, ressalta-se que seus objetivos devem nortear toda a ação legislativa e atos dos órgãos públicos,²²³ e, mais, devem perseguir determinados fins, objetivos, diretrizes e caminhos, logo, tais normas são sempre dotadas de impositividade.²²⁴ ²²⁵ Verifica-se, dessa forma, que o desenvolvimento nacional, deve nortear a interpretação das demais normas constitucionais e infralegais, vinculando a ação dos poderes constituídos, inclusive quando da intervenção na ordem econômica, para o “fim de assegurar a todos existência digna” (art. 170, *caput*, Constituição da República de 1988). Nesse contexto, o Estado exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, *caput*, CR/1988), com o fito de gerar o desenvolvimento nacional não somente em seu viés econômico, mas, também, em todas as “dimensões federativas”.²²⁶

É nessa linha que a Lei Federal nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, modificou o estatuto das contratações públicas brasileiras (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), passando, a redação do artigo terceiro, a mencionar a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades da licitação (art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993)²²⁷. Aqui, cabe uma observação, não é finalidade da licitação o desenvolvimento nacional sustentável, mas da contratação administrativa, sendo a pretensão do legislador determinar que a contratação pública fosse concebida como um instrumento de intervenção do Estado para alcançar resultado diverso à simples contratação de bens e serviços, ou seja, atingindo finalidade mediata e promovendo políticas públicas mais amplas.²²⁸ No mesmo

Público, nº 16, nov./dez./jan., 2009. p. 02. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 24 nov. 2016.

²²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941, p. 217.

²²⁴ SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2005. p. 08. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

²²⁵ Sobre o tema, é importante a observação de Andreas Krell: Outros autores não aceitam a expressão normas “programáticas”, visto que, no passado, essa foi utilizada para enfatizar um pretense caráter não jurídico e meramente político das mesmas, com a finalidade de criar um bloqueio para sua efetividade (KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 20).

²²⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, nov./dez./jan., 2009. p. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 24 nov. 2016.

²²⁷ Lei nº 8.666/1993. Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

²²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 62-63.

sentido, é a posição de Daniel Ferreira, que identifica a proximidade entre a finalidade material da licitação e a finalidade material da contratação administrativa, tendo a primeira a marca da abstração e a segunda a da concretude.²²⁹

Corroborando com o exposto, destaca-se que a exposição de motivos da Medida Provisória nº 495/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.349/2010, também contemplou a referida argumentação.

6. A modificação do caput do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional. Com efeito, a medida consigna em lei a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país. É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (i) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii) incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (iv) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.²³⁰

Essa finalidade decorre do fato de ser o contrato um instrumento de progresso social e de o Poder Público ser um dos grandes impulsionadores da economia, haja vista o volume de recursos desembolsados para a realização finalística dos direitos fundamentais, em especial o núcleo da dignidade da pessoa humana.

Nesse mesmo sentido, Marçal Justen Filho afirma ser inquestionável a relevância socioeconômica da contratação pública, tendo, o Estado, uma função promocional de satisfação de direitos, necessita realizar contratações frequentes, tornando-se o maior contratante na economia, como é em todos os países capitalistas. Assim, se o Estado cessasse repentinamente a realização de contratações, haveria um caos pelo ócio do setor produtivo.²³¹ É nessa linha que as contratações públicas possuem um papel destacado na sociedade brasileira, uma vez que uma grande parte dos recursos públicos é dirigida às compras, obras e

²²⁹ FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e Sua Nova Finalidade: A promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 34.

²³⁰ BRASIL. **Exposição de Motivos Interministerial (E.M.I.) nº 104/MP/MF/MEC/MCT**, de 18 de junho de 2010. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

²³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela lei 12.349. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 50, abril 2011. p. 02. Disponível em <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=50&artigo=1077>>. Acesso em 24 nov. 2016.

serviços com o setor privado, que veem nestes contratos uma grande oportunidade para a realização de negócios.²³²

É nesse sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello veicula o conceito de contratos administrativos ao de interesse público. Vejamos:

[...] é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo do objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas **assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público**, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.²³³ (grifou-se)

Atenta-se ser obrigação do Estado efetivar os direitos fundamentais, que não podem ser relegados pela prática de ato teoricamente mais econômico ou vantajoso. Logo, as contratações realizadas pela administração possuem função social, agindo como mecanismo de indução de práticas de mercado para a introdução de efeitos sociais desejáveis, promovendo o interesse público.²³⁴

Nos contratos firmados pela Administração, o interesse público primário deve sempre constituir seu objetivo, visando a beneficiar a coletividade. É com essa ideia que Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pinto de Campos afirmam que, até mesmo quando a Administração se depara na execução de um contrato com um problema no projeto, a alteração desse projeto “se impõe como mecanismo apto a garantir a satisfação do interesse público”.²³⁵

Todavia, a diversidade sobre a noção de interesse público deve ser ponto de atenção no âmbito dos contratos firmados pela Administração, evitando-se a sua manipulação para a satisfação de interesses secundários, relacionados aos cofres públicos.

²³² CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **O princípio da impessoalidade nas licitações**. Maceió: Edufal, 2005, p. 89-91.

²³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 642-643.

²³⁴ FERRAZ, Luciano. Função Regulatória da Licitação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, ago./set./out., 2009. p. 02. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

²³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Contratos administrativos de obras e o problema de sua alteração. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 24, nov./dez./jan., 2011. p. 04. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1788153/mod_resource/content/1/carlos%20ari%20sundfeld%20e%20rodrigo%20pinto%20de%20campos%20-%20contratos%20administrativos%20de%20obras%20e%20o%20problema%20de%20sua%20altera%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

2.7.3 Aplicação dos princípios da continuidade e eficiência

Demonstrada a capacidade de a Administração Pública promover o desenvolvimento por meio de suas contratações, é cristalino o fato de a descontinuidade desses contratos interferirem no desenvolvimento nacional. Dessa forma, estando, a Administração, sujeita ao dever de continuidade no desempenho de sua ação, sendo esta oriunda do princípio fundamental da indisponibilidade do interesse público,²³⁶ destaca-se a discussão quanto à aplicação do princípio da continuidade aos seus contratos.

O princípio da continuidade, no Direito Administrativo, pressupõe que as atividades do Estado são legalmente definidas e a ele cometidas, sendo necessárias à satisfação dos interesses coletivos.²³⁷

Na linha desse pensamento, mesmo o princípio da continuidade estando essencialmente relacionado aos serviços públicos, sua aplicação abrange toda atividade administrativa, tendo em vista não guardar, o interesse público, relação com a descontinuidade.²³⁸

Essa também é a posição de Alexandre Santos de Aragão, que, nomeando o referido princípio como “continuidade das atividades administrativas”, explica:

o princípio da continuidade das atividades administrativas não abrange apenas os serviços públicos, apesar de muitas vezes ser denominado “princípio da continuidade dos serviços públicos”; todas as demais funções administrativas, em maior ou menor grau, também devem ser prestadas de modo ininterrupto. A sua aplicação na Administração Pública é comum a todas as atividades estatais, e não apenas aos serviços públicos, pelo menos em um conceito deles que não seja tão amplo que os equivalha a todas as atividades do Estado.²³⁹

Com base nessa aplicação ampla, passa, o princípio da continuidade, a ter incidência direta nos contratos administrativos, trazendo como consequências, segundo Di Pietro: prazos rigorosos voltados ao contratante; a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato para permitir sua continuidade; a inaplicabilidade da teoria da *exceptio non adimpleti*

²³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 84.

²³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook.

²³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 34.

²³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Ebook.

contractus contra a administração; e o reconhecimento de privilégios, a exemplo da encampação.²⁴⁰

Não é demais afirmar que a continuidade administrativa está intimamente ligada ao princípio da eficiência, explicitado na CRFB/1988, em seu artigo 37, por meio da Emenda Constitucional n° 19, de 04 de junho de 1998. Tal inserção elevou, ao status de direito fundamental dos cidadãos, a ideia de eficiência na atuação do Poder Público como um todo.²⁴¹

Segundo Bruno Miragem,²⁴² a eficiência é o modo de realização das finalidades da Administração (o interesse público), destacando-se seu aspecto instrumental na redefinição das relações entre Estado e Sociedade.

Ressalte-se que tal princípio, por disposição constitucional, deve ser observado – segundo o conceito de Administração Pública, ofertado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁴³ – por todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) constituídos na realização de suas atividades, em prol da satisfação do interesse público. Além disso, a busca da eficiência deve também se concretizar na organização administrativa dos entes federados.²⁴⁴

Hely Lopes Meirelles,²⁴⁵ antes mesmo da EC n° 19/1998, ao identificar o dever de eficiência entre os deveres do administrador público, afirmava ser, o princípio da eficiência, o mais moderno da função administrativa, não podendo esta pautar-se apenas na legalidade, exige resultados satisfatórios, atingindo aspectos quantitativo e qualitativo do serviço e da função pública.

Nesse mesmo sentido, mas atribuindo um contorno mais estrutural ao princípio da eficiência, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴⁶ afirma que ele traz duas orientações: a primeira, quanto ao modo de atuação do agente público, esperando o melhor desempenho possível de suas atribuições, com a finalidade de se obter os melhores resultados; e o segundo, quanto ao modo de organizar, disciplinar e estruturar a Administração Pública, com o mesmo objetivo anterior.

²⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

²⁴¹ CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos. O princípio da eficiência administrativa. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Coord.). **Direito Administrativo Inovador**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 85.

²⁴² MIRAGEM, Bruno. **Direito administrativo aplicado: a nova administração pública e o direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 48.

²⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook.

²⁴⁴ Sobre o tema indica-se a leitura do tópico 5 do artigo “A eficiência da administração pública e a efetivação dos direitos fundamentais” de Fábio Lins Lessa de Carvalho (In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Coord.). **Direito Administrativo Inovador**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 175-178).

²⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 93.

²⁴⁶ DI PIETRO, Op. Cit., 2014. p. 84.

Logo, o princípio da eficiência é autônomo e completo em seu sentido, fornecendo parâmetros à atuação da Administração Pública. Sendo essa atuação deveras ampla, percebe-se o caráter multiforme do referido princípio, variando de acordo com os fins a se atingir e em relação ao tempo.

Em que pese tratar-se de conceito jurídico indeterminado, que permite sua precisão apenas no momento de sua aplicação aos casos concretos, o mandamento da eficiência é determinável, impondo à Administração uma atuação na busca do bem comum, atendendo à ideia de atividade eficiente,²⁴⁷ envolvendo múltiplos aspectos. Dentre esses aspectos, destacam-se a eficácia e a eficiência *stricto sensu*. A primeira tem a ver com o alcance dos fins; a segunda com a melhor utilização dos recursos disponíveis, ou seja, com os meios.

Entende-se, dessa forma, que a eficiência não pode ser compreendida apenas em um viés econômico, mas como um instrumento de alcance do interesse público coletivo, obtendo a maior realização prática possível, com o menor ônus para o Estado e o cidadão.

Considerando essa dupla dimensão, mas indo um pouco mais além em sua análise, Bruno Miragem expõe elucidativas palavras sobre o conteúdo do conceito jurídico de eficiência da Administração Pública, afirmando abranger

[...] a organização da estrutura administrativa, assim, como a conduta concreta dos agentes públicos, vinculados à promoção das finalidades da Administração Pública em favor dos administrados, devendo para tanto coordenar os esforços relativos aos custos financeiros da atuação administrativa com os interesses legítimos das partes envolvidas e de toda a coletividade, de modo a realizar tais fins da forma mais satisfatória possível. Implica, naturalmente, no dever de atualização da Administração em relação a métodos e conhecimentos técnico-científicos acreditados, visando ao oferecimento dos melhores esforços com vistas à realização do interesse público, em acordo com a juridicidade da ação administrativa.²⁴⁸

Ademais, cabe destacar o entendimento doutrinário segundo o qual o status de princípio constitucional provoca uma restrição à discricionariedade administrativa, deixando o juízo de conveniência e oportunidade mais tolhido, podendo ser reconhecida a antijuridicidade da ação administrativa ineficiente.²⁴⁹

Assim, entende-se que, para a promoção do desenvolvimento, se faz necessária uma atuação, além de contínua, eficiente do Estado, com a eliminação de desperdícios, atualizando

²⁴⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 174.

²⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito administrativo aplicado: a nova administração pública e o direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 47-48.

²⁴⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia: Impacto da Eficiência na Configuração do Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 188.

seus métodos e conhecimentos técnico-científicos, proporcionando o bem-estar que a sociedade realmente necessita para um desenvolvimento econômico e social amplo.

Desse modo, o contrato administrativo, com relação ao princípio da eficiência, possui dois eixos. O primeiro como instrumento (meio) eficiente para a realização do interesse público. Noutra via, deve ele conter mecanismos que tornem a atividade administrativa eficiente, também, para promover o interesse público.

2.7.4 Aplicação do princípio da igualdade entre as partes

Conforme exposto linhas acima, determinados valores supremos devem ser assegurados pelo Estado Democrático de Direito. É nessa linha que o preâmbulo da Constituição de 1988²⁵⁰ é importante diretriz hermenêutica, pois nele estão valores supremos da nossa sociedade e que inspiram toda a criação do texto constitucional, os direitos fundamentais, dentre eles, a igualdade. Esta, a igualdade, derivação da dignidade da pessoa humana.

Sendo dirigida a todos os poderes públicos e, em razão da eficácia dos direitos fundamentais, também dirigida aos particulares, nesse caso ponderada com a autonomia da vontade, o princípio da igualdade é reconhecido de modo formal (aplicado a seres de uma mesma categoria) e de modo material (com uma substanciação do indivíduo em situações de desigualdade).

Nessa perspectiva, a Administração Pública e o particular estão em relativo pé de igualdade, estão em relativa igualdade jurídica. Obviamente que relativa igualdade nunca vai ser uma igualdade absoluta. Isso se reflete, também, nos contratos firmados pela Administração.

Consideram-se, no contrato administrativo, os interesses envolvidos (o bem comum), logo existe uma regulação diferente peculiar da autonomia contratual, mas que não elimina o caráter negocial, mesmo havendo uma suposta desigualdade contratual.²⁵¹

²⁵⁰ Preâmbulo. “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 dez. 2018.

²⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 261.

A arguição dessa suposta desigualdade, traduzidas em cláusulas denominadas exorbitantes, por não serem típicas do Direito Civil, é a base de uma distinção doutrinária secular, que dividiu os contratos firmados pela Administração, segundo a doutrina clássica, em contratos administrativos e contratos privados da Administração.

Desse modo, considerando que o sistema jurídico brasileiro, com base na supremacia do interesse público, reconhece a existência de tais cláusulas ou prerrogativas, é preciso interpretá-las segundo o atual contexto constitucional brasileiro, fundado num Estado Democrático de Direito.

3 A DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO E O CRITÉRIO DA EXORBITÂNCIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 O Direito Público e o Direito Privado na Formação do Regime Jurídico Administrativo

Uma divisão histórica possui relevo na discussão e análise da atuação estatal: o espaço público e o espaço privado;²⁵² divisão, primordialmente, atrelada à concepção de separação entre o Estado e a sociedade, que se reflete no sistema jurídico por meio da divisão entre Direito Público e Direito Privado, cuja dinâmica produz efeitos na configuração do Direito Administrativo.²⁵³

Com base no jurista romano Ulpiano – que afirmou dizer respeito o Direito Público ao estado da coisa romana e o Direito Privado à utilidade dos particulares –, Tercio Sampaio Ferraz Jr. atribui essa grande dicotomia, público-privado, ao Direito romano, sendo a esfera pública “lugar da ação, do encontro dos homens livres que se governam” e a esfera privada “lugar do labor, da casa, das atividades voltadas à sobrevivência”.²⁵⁴

Todavia, Luís Roberto Barroso afirma remontar à antiguidade grega, com o advento da *pólis*, a percepção da divisão entre espaço privado e público na vida do homem, tendo sua configuração alterada, no tempo e no espaço, desde então. Com base nessa percepção evolutiva, segundo o mesmo autor, no Estado Estamental, o público e o privado passam a se confundir, não havendo distinção entre o poder político e os direitos decorrentes da propriedade. Porém, no Estado absolutista, caracterizado pela centralização do poder no monarca, a partir dos ideais iluministas e racionalistas, é que a distinção entre público e privado é retomada, havendo a separação entre o patrimônio do príncipe e do Estado, fato que vem a se consumir na chegada do Estado liberal. Ressurge, então, o espaço público da luta pela liberdade, a ampliação da participação política, e a consagração da livre iniciativa, num dualismo entre Estado e sociedade civil.²⁵⁵

²⁵² Para Luís Roberto Barroso “o espaço estritamente privado compreende o indivíduo consigo próprio, abrigado em sua consciência (intimidade) ou com sua família, protegido por seu domicílio (privacidade). O espaço privado, mas não reservado, é o indivíduo em relação com a sociedade, na busca da realização de seus interesses privados, individuais e coletivos. E, por fim, o espaço público é o da relação dos indivíduos com o Estado, com o poder político, mediante o controle crítico, a deliberação pública e a participação política” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 89).

²⁵³ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 129-130.

²⁵⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**, 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 101-103.

²⁵⁵ BARROSO, Op. Cit., p. 87-91.

Em que pese a disseminação do liberalismo na Europa ao longo do Século XIX, a partir da I Guerra Mundial, no Século XX, o Estado passa a intervir mais na sociedade, inaugurando uma era de combate à injustiça social, rompendo a divisão entre público e privado.

Ampliou-se, significativamente, o espaço público, com o exercício, pelo Estado, de atividades econômicas, atuação em segmentos estratégicos e intensa produção legislativa e regulamentar. No entanto, tal modelo chegou ao final do Século XX desgastado em decorrência do questionamento de sua eficiência. Passou-se, então, o discurso, a ser o da volta do modelo liberal, um neoliberalismo, buscando a desestatização e desregulamentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho e a abertura de mercado,²⁵⁶ em um movimento de privatização do espaço público. Por outro lado, há também uma tendência contraposta de publicizar institutos originalmente privados.

A aplicação dessa divisão de espaços também é observada no Direito e torna-se importante na decidibilidade de conflitos, determinando os efeitos apropriados e quais os princípios regedores da situação formada.²⁵⁷

Conforme a doutrina de Marçal Justen Filho,²⁵⁸ é possível afirmar que o Direito Público é caracterizado pelo conjunto de normas jurídicas relacionadas com a “satisfação de interesses indisponíveis e com a realização de direitos fundamentais”, fundado na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público; por outro lado, o Direito Privado, é caracterizado pela aplicação da “autonomia da vontade na escolha dos valores a realizar e na disponibilidade dos interesses em conflito”.²⁵⁹

Seguindo a lição de André Hauriou, guardadas algumas exceções (v.g. a organização familiar), no Direito Privado, encontra-se uma única categoria de sujeitos com os mesmos direitos, estando os mesmos sujeitos subordinados ao Direito objetivo, que é aplicado do mesmo modo para todos, independentemente de poder econômico ou político, em decorrência de possuírem o mesmo poder jurídico. Assim, pode-se dizer que o Direito Privado “se dedica a manter a balança igual entre as partes”. Por outro lado, o Direito Público, nas palavras do mesmo autor, “não mantém a balança igual entre as partes”. Aqui, encontram-se duas

²⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 92-93.

²⁵⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**, 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 108 e 111.

²⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed. ver. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 48-49.

²⁵⁹ É importante destacar que, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, possibilidade de aplicação do direito público e privado à Administração Pública é designada como regime jurídico da Administração Pública (**Direito Administrativo**, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61).

categorias diferentes de partes: os administrados e as numerosas pessoas jurídicas administrativas, ambos com direitos e poderes diversos. Diferentemente dos administrados, existem, para essas pessoas jurídicas administrativas, prerrogativas que exorbitam do direito comum, com o intuito de cumprirem suas finalidades.²⁶⁰

Ainda, é possível distinguir tais ramos jurídicos, segundo Barroso,²⁶¹ utilizando três características presentes na relação jurídica. A primeira diz respeito aos sujeitos da relação, que, se estabelecida entre particulares (pessoas físicas ou jurídicas), será regida pelo Direito Privado; ao contrário, se, em um dos polos da relação, figurar o Estado (ou pessoa jurídica de Direito Público), essa relação será de Direito Público. A segunda característica distintiva é relacionada ao objeto da relação, que deve considerar o interesse preponderantemente tutelado: sendo ele coletivo ou de interesse social, constituirá Direito Público; se particular ou individual, constituirá Direito Privado. Finalmente, a terceira característica relaciona-se à natureza da relação: se exercida por império, com subordinação jurídica e imposição independente da vontade, caso de Direito Público; ou se pautada na igualdade entre as partes e no consenso.

Por fim, outra distinção acerca do Direito Privado e do Direito Público são os caracteres comutativo e distributivo, respectivamente. O primeiro pressupõe uma justiça entre partes iguais, sem preocupação com um direito superior atribuído a qualquer das partes. O segundo associa-se a um determinado grupo, não se preocupando com a igualdade entre as partes, caso do Direito Administrativo, que é essencialmente pertencente à instituição administrativa e impregnado de finalidade pública, razão e medida dos poderes.²⁶²

Nota-se, daí, a formação de dois grandes blocos no Direito, aparentemente distantes, mas, em verdade, imbricados, que, em face da supremacia e unidade da Constituição como norma fundante da validade e legitimidade da ordem jurídica, passam a ser compreendidos como intimamente ligados, no contexto de um sistema jurídico unitário.²⁶³

²⁶⁰ HAURIOU, Andre. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 466, abr. 1945. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8416/7165>>. Acesso em: 10 Dez. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v1.1945.8416>.

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 80-81.

²⁶² HAURIOU, Op. Cit., p. 467-468.

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 29, p. 53-93, jan-mar. 2007. p. 55-56. Em mesmo sentido, Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder afirma: “[...] a metodologia civil-constitucional opõe-se à clássica *summa divisio* do ordenamento, cindido em direito público e direito privado, sobre a qual se constroem, na sociedade moderna, as rígidas separações entre autoridade e liberdade, política e economia, Estado e sociedade, direito e moral, e, dentro do direito, a dicotomia entre direito público e direito privado” (**Revista Brasileira de Direito**

3.1.1 A transposição de institutos do Direito Civil para o Direito Administrativo

Conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁶⁴ o Direito Administrativo começou a se formar em 1872, quando o Conselho de Estado francês, ao exercer função jurisdicional, valeu-se de institutos do Direito Civil (v.g. contrato, nulidade, responsabilidade) – esse o direito comum a todos os homens, com preceitos enquadrados na Teoria Geral do Direito, espalhando-se por toda ciência jurídica – para a criação de institutos próprios a partir de pura transposição, não sendo espantoso encontrar normas ou princípios civilistas adaptados ou utilizados diretamente.²⁶⁵

Em virtude dessa transposição de institutos, alguns estudiosos questionaram a real existência deles no âmbito publicista com características próprias, a exemplo dos contratos administrativos, propriedade pública e fundações públicas, negando autonomia ao Direito Administrativo. Em posição intermediária, outros estudiosos firmaram a possibilidade de estudo do Direito Administrativo partindo-se da noção de categorias jurídicas, observando o instituto jurídico por meio da Teoria Geral do Direito.²⁶⁶ É nesse sentido que Di Pietro afirma:

com essa metodologia, reconhece-se que cada ramo do direito tem, como objeto de estudo, a sua própria realidade, o conjunto de situações, fatos e coisas que, apresentando homogeneidade, permitem a formulação de conceitos gerais, referentes às várias formas do mesmo instituto. Se o direito civil elabora um conceito de contrato que abrange as suas várias modalidades, o mesmo pode ser feito pelo direito do trabalho, pelo direito comercial, pelo direito internacional, pelo direito administrativo. O mesmo se diga com relação às pessoas jurídicas, aos atos jurídicos, aos bens.²⁶⁷

Em decorrência disso, conclui, a autora, que se constrói “uma noção categorial de contrato, de propriedade, de bens, de direito real, de fundação, de empresa, de responsabilidade, não comprometida nem com o Direito Público, nem com o Direito

Civil: RBDCivil, Belo Horizonte, n. 10, p. 9-27, out./dez. 2016. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/42/36>>. Acesso em: 16 fev. 2019. p. 12).

²⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 01-20.

²⁶⁵ HAURIOU, Andre. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 469, abr. 1945. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8416/7165>>. Acesso em: 10 Dez. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v1.1945.8416>.

²⁶⁶ DI PIETRO, Op. Cit., 2013, p. 03-04.

²⁶⁷ Ibid., p. 04

Privado”.²⁶⁸ Então, a partir dessa noção, características próprias vão sendo acrescentadas pelos diversos ramos do Direito e, paulatinamente, aqueles institutos pura e simplesmente transpostos do Direito Civil passam a ser alterados por disposições de Direito Público.

Todavia, alerta, André Hauriou, que a utilização de institutos civis em âmbito administrativo nem sempre é uma ação consciente e voluntária, e nem mesmo se opera de um só golpe.²⁶⁹ Considerando que os Direitos Administrativo e Civil, individualmente, conformam um sistema autônomo, o processo de transposição, muitas vezes, é longo e seu desenvolvimento tem a colaboração da prática, da doutrina e da jurisprudência. Podem-se identificar, nesse processo, três fases: (i) transferência pura e simples para o Direito Administrativo de uma teoria ou de uma regra de Direito Privado; (ii) movimento de reação provocado por uma consciência mais nítida das necessidades administrativas; e (iii) adaptações da regra de Direito Privado, fazendo-a experimentar as transposições necessárias. Como exemplo dessa observação, André Hauriou indica a aplicação da teoria do mandato às delegações em Direito Público, quando, até o Século XIX, se delegava o próprio poder ao mandatário (primeira fase). Posteriormente (na segunda fase), houve manifestação de juristas acerca da impossibilidade de delegação de poder por parte de órgão constituído. Por fim, na terceira fase, realizaram-se as adaptações necessárias ao funcionamento do instituto, chegando-se à conclusão de impossibilidade de delegação de poder.²⁷⁰

Logo, consideradas essas premissas, é preciso ter em mente que a distinção entre Direito Público, relacionado ao Estado, e Direito Privado, relacionado aos interesses individuais, jamais significou a incomunicabilidade de ambos e a quebra da unidade do Direito.²⁷¹

3.1.2 O Direito Privado e sua influência sobre o Direito Público e vice-versa

Conforme Odete Medauar, “as transformações no modo de atuar do Estado e na estrutura da sociedade acarretam a diluição dos limites entre Estado e sociedade, agora interdependentes, vinculados e condicionados por número crescente de inter-relações”.

²⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 03-04.

²⁶⁹ HAURIOU, Andre. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 469-470, abr. 1945. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8416/7165>>. Acesso em: 10 Dez. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v1.1945.8416>.

²⁷⁰ Ibid., p. 470-473.

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 79.

Todavia, explica, a autora, que “a maior proximidade e influência recíproca de ambos não significa, no entanto, fusão ou equiparação”.²⁷² Com as novas demandas da sociedade e sua crescente conscientização social na formação do Estado Democrático, promoveu-se uma superposição entre o público e o privado, caracterizada pela Constitucionalização do Direito, gerando uma fase de duplo movimento: uma via marcada pela publicização do Direito Privado e outra pela privatização do Direito Público.

A privatização do Direito Administrativo decorre de novas tendências doutrinárias, em especial o modelo de administração gerencial, em virtude da tomada de métodos de gestão privada e sua inclusão na Administração Pública. Em contrapartida, paralelamente ao movimento anterior, ocorre a publicização do Direito Privado com a constitucionalização do Direito Civil, fazendo com que este perdesse a centralidade de outrora e dispositivos antes inerentes apenas a esse ramo passassem a ter “leitura pelas lentes da Constituição”.²⁷³

Todavia, os dois movimentos, aparentemente, contraditórios, convergem para um ponto comum: a perseguição do interesse da coletividade, inspirado pela ideia de supremacia do interesse público. Isso, a convergência do público e do privado, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “realça a universalidade do direito, a sua indivisibilidade em partes estanques, a comunicabilidade de normas, princípios e institutos”.²⁷⁴

Sobre essa questão, interessante é a constatação de Perlingieri, que, ao analisar os principais pressupostos teóricos da doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional, verifica como consequência da natureza normativa da Constituição, do caráter unitário do ordenamento jurídico e de uma renovada teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos, o enfraquecimento da contraposição de privado-público, determinando “uma nova composição dos institutos e das instituições reavivados pela igualdade e pela diferenciação, mas sobretudo pela solidariedade como função primária de um Estado moderno”.²⁷⁵

Historicamente, o Direito Privado, em especial o ramo civil, foi pautado pela autonomia da vontade e a livre-iniciativa, quadro que se altera, a partir do Século XX, com o paulatino crescimento do intervencionismo estatal sobre o liberalismo. Assim, em movimento

²⁷² MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 127-128.

²⁷³ FACHIN, Luiz Edson. O direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 179, p. 207-217, jul./set. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160748/Direito_privado.pdf?sequence=1>. Acesso em 15 fev. 2018. p. 209

²⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 07-08.

²⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-5.

inverso, em decorrência do crescimento do Direito Público e a dinâmica intervencionista estatal, institutos elaborados sob a influência do individualismo, até então prevalecente, foram alterados. Passou, o Estado, a atuar em atividades antes apontadas como da autonomia privada, em especial no setor econômico e social. O Direito passou, logo, a ser visto como meio para obtenção da justiça social, contrapondo a ideia de mero instrumento de garantia dos direitos individuais, em expressão da supremacia do interesse público sobre o privado.²⁷⁶

Nesse sentido, os indivíduos passaram a exigir do Estado a prestação de serviços públicos essenciais ao desenvolvimento individual. Por outro lado, essa nova atuação do Estado trouxe a prerrogativa de limitação dos direitos individuais, sob o argumento de promover o bem-estar coletivo. Ou seja, em parte, a atuação administrativa consagra uma liberdade individual, por meio de restrições impostas ao próprio Estado; por outra via, limita essa mesma liberdade, utilizando-se de suas prerrogativas para o atendimento do interesse público.

Nessa perspectiva, diversos institutos do Direito Civil foram modificados, gerando o que se chama de *publicização do direito privado*, culminado, posteriormente, na constitucionalização do Direito Civil,²⁷⁷ operando-se a despatrimonialização do Direito Civil, com a implantação do dirigismo contratual e de relativização do direito de propriedade.²⁷⁸ O direito de propriedade foi submetido à função social que a propriedade desempenha. Nos contratos, a autonomia da vontade, a relatividade das convenções e o princípio da força obrigatória ganharam novos contornos. A responsabilidade civil passa a ser reconhecida na

²⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 08-09.

²⁷⁷ Sobre a publicização do direito privado, Paulo Lôbo afirma que essa não se confunde com o fenômeno da constitucionalização dos direitos. Para o autor, a publicização “[...] é entendida como supressão de matérias tradicionais de direito privado trasladadas para o âmbito do direito público. A velha dicotomia direito público e direito privado tem sido objeto de críticas que prognosticaram seu desaparecimento, mas permanece exercendo função prestante de classificação prática das matérias, à falta de outro critério mais adequado. Não é a cogência da norma ou o maior grau de intervenção legislativa que torna pública uma relação jurídica, pois é justamente da natureza do Estado social essas características. Apenas durante o liberalismo jurídico é que se podia cogitar da autonomia – no sentido de espaço de não intervenção – como elemento de discrimine. A falta ou substancial redução de autonomia, a exemplo do direito de família ou do direito de consumidor, não torna pública a relação entre privados, que continua assim. O critério do interesse também perdeu consistência, uma vez que há interesse público na regulação das relações privadas materialmente desiguais, quando uma das partes é considerada juridicamente vulnerável, o que no Estado liberal era considerado domínio exclusivo do mercado ou da vida privada. Portanto, é pública a relação jurídica na qual a desigualdade é predeterminada pelo necessário império do Estado, de um lado, e da submissão do cidadão, no outro (direito financeiro, direito administrativo, direito penal, direito processual etc.). Mas as relações entre familiares e parentes, entre contratantes, entre titular de domínio e o alter, entre o causador do dano e a vítima, entre herdeiros, por mais que sejam constitucionalizadas não perdem sua natureza estritamente civil (Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 13 out. 2013).

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 85-86.

modalidade culposa. O Direito de Família e de Sucessões sofre alteração com a ampliação a pessoas anteriormente preteridas. Desse modo, o Direito Público derogou parte de postulados básicos do individualismo.²⁷⁹

Em contraponto a esse movimento, lembra Odete Medauar, organizações e grupos privados passaram a intervir na atividade estatal por meio de pressão sobre o Estado, colaboração nas atividades de interesse geral, solucionando problemas mediante acordos e negociações, em um movimento de *privatização do público*.²⁸⁰

Como visto, o Direito Civil, desde a origem e na evolução do Direito Administrativo, sempre esteve presente, retomando grande espaço por meio das discussões atuais, influenciando o âmbito da Administração Pública, em um movimento assemelhado à privatização, ao argumento de superar os efeitos nocivos do modelo administrativo burocrático, em especial o seu alto grau de rigidez e a inflexibilidade, que dificultam a solução eficiente pelo Poder Público, fato que abre questionamentos acerca de princípios e institutos do Direito Administrativo clássico.

Tais questionamentos visam a elucidar qual a medida de aplicação dos poderes e sujeições do Estado às suas mais variadas ações e qual seria o critério para determinar a incidência do regime jurídico-administrativo. É aqui que encontramos a discussão sobre a privatização do Direito Administrativo e a aplicação do regime de prerrogativas e sujeições sempre que o Estado é parte de uma relação, atingindo, por exemplo, a teoria dos contratos firmados pela Administração Pública, a gestão dos bens públicos e a forma de responsabilização civil do Estado.

A privatização do Direito Administrativo revela-se em movimento visto, em grande parte, do sistema europeu continental, não sendo tendência restrita ao Brasil.²⁸¹ Aqui, no Brasil, com a reforma do Estado na década de 90, influenciada pelo sistema da *common law* e o Direito comunitário europeu, intensificou-se a busca no Direito Privado de institutos próprios da iniciativa privada que conferissem maior eficiência e flexibilidade à

²⁷⁹ Para maior aprofundamento, sugere-se a leitura dos textos de Luiz Edson Fachin, O direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste (**Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 179, p. 207-217, jul./set. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160748/Direito_privado.pdf?sequence=1>. Acesso em 15 fev. 2018), e de Paulo Lôbo, Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil (**Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 13 out. 2013).

²⁸⁰ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 130.

²⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

Administração Pública, movimento que acabou sendo denominado de *fuga para o direito privado*.²⁸²

Cabe anotar que Thiago Marrara critica o uso da expressão *fuga para o direito privado*. Para o autor, fugir induz a ideia de “evitar indevidamente sua aplicação aos casos concretos”, atitude ocasionada por um desvio de poder, conotação que “suja a discussão”. E, ainda segundo Marrara, “prejudica a reflexão eficaz a respeito de institutos e princípios jus-administrativos – como o da supremacia do interesse público”.²⁸³

De todo modo, independente da expressão utilizada, como medidas adotadas em consequência desse movimento, Di Pietro aponta: a quebra do monopólio; a venda de ações de empresas estatais ao setor privado; adoção de formas privadas de gestão, como a concessão de serviços públicos, as parcerias público-privadas, a concessão de obras públicas e as várias formas de parceria com entidades privadas sem finalidade lucrativa; ampliação da terceirização; e introdução de formas consensuais na solução de conflitos.²⁸⁴

Em resposta àquele movimento, o Estado passa a intervir de modo indireto na economia. Informa Marrara,²⁸⁵ essas intervenções passaram a ser sobre a forma de regulação e da agencificação, formas compensativas da privatização. A primeira, regulação, engloba “técnicas capazes de promover o equilíbrio de mercados específicos, os quais abrangem quer segmentos de atividades privadas [...], quer bens de interesse econômico [...] ou serviços públicos privatizados”. Em outra via, a agencificação decorre da regulação, sendo caracterizado pela criação de entidades que realizam os ajustes de mercado com base em ferramentas legais, agindo com tecnicidade e eficiência.

Então, como resultado desses movimentos, cria-se uma “flexibilização das relações público-privado; enfraquecimento da separação entre setor público e setor privado; e o intercâmbio e conexão entre público e privado”. Assim, conclui Medauar, “a atenção se desloca dos critérios de diferenciação entre público e privado para os critérios de coexistência e de imbricação entre ambos”,²⁸⁶ não podendo, no contexto do Estado Democrático de Direito, o público e o privado serem tratados como realidades opostas.

²⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

²⁸³ MARRARA, Thiago. Direito Administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 31.

²⁸⁴ DI PIETRO, Op. Cit., 2013. p. 13.

²⁸⁵ MARRARA, Op. Cit., p. 33-34.

²⁸⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 130-131.

3.1.3 Os limites de aplicação do Direito Administrativo na lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, autores espanhóis, discorrem acerca dos limites de aplicação do Direito Administrativo, melhor dizendo, do problema de quando deverá ser aplicado o Direito Administrativo e quando serão aplicados outros Direitos. Afirmam que, em virtude da natureza estatutária do Direito Administrativo, que não o permite cobrir todas as atividades dos sujeitos que regulamenta, fez-se necessário, no tempo, enfrentar a questão da aplicação do Direito Público (Administrativo) e do Direito Privado (Civil) na atuação da Administração Pública.²⁸⁷

Na primeira e grande sistematização do Direito Administrativo, que ocorreu no Século XIX, entendia-se ser aplicado, à Administração Pública, esse Direito sempre que houvesse atuação de *imperium*, via poder ou autoridade. Logo, havia uma distinção dos atos praticados pela Administração em: atos de autoridade, com *imperium*; e atos de gestão, com atuação semelhante ao particular, sendo o Direito Administrativo aplicável ao primeiro. Pretendia-se especificar a natureza de alguns institutos, como o contrato, o qual, se firmado pela Administração Pública, atuando como poder, seria contrato administrativo; do contrário, se firmado como pessoa jurídica privada, seria contrato civil, com repercussão sobre o órgão judiciário que conheceria da matéria (civil ordinária ou contencioso-administrativo, na França).²⁸⁸

No final do Século XIX, com a descoberta da hipótese de gestão pública diferenciada da gestão privada, cuja inexistência de caráter autoritário na primeira não a exclui do enquadramento no Direito Administrativo, iniciou-se uma crise da teoria dos atos de gestão e autoridade. Surge, por conseguinte, o critério do serviço público, base do desenvolvimento da Escola de Bordeaux (cujos principais expoentes foram Léon Duguit, Jèze e Bonnard), para determinar a aplicação do Direito Administrativo quando a Administração Pública gerencia serviços públicos, independentemente de atuar com ou sem autoridade.²⁸⁹

O critério do serviço público, afirmam García de Enterría e Fernández, entrou em crise no segundo terço do Século XX, pois, devido especialmente à onda de nacionalizações, entre os anos de 1936 e 1945, se verificou a existência de serviços públicos não mais geridos pela Administração Pública, mas por empresas privadas (v. g. telefonia e bancos oficiais); por

²⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 68.

²⁸⁸ Ibid., p. 68-69.

²⁸⁹ Ibid., p. 69-70.

outro lado, ainda existiam atividades, não caracterizadas como serviço público, geridas por entidade pública, com aplicação de elementos publicistas (v. g. fabricação de automóveis, de barcos ou de aviões). Desse modo, parece impossível separar de maneira cristalina grandes blocos de atividades de acordo com o Direito aplicável (Administrativo ou Privado). Em muitas atividades da Administração, os Direitos se cruzam, de modo que alguns elementos de um ato podem ser submetidos ao Direito Administrativo e outros elementos ao Direito Privado.²⁹⁰

Dada a crise do critério do serviço público, outro foi formulado, por Maurice Hauriou, segundo os mesmos autores, para aplicação do Direito Administrativo, agora baseado na atuação administrativa dotada de prerrogativa. Essas prerrogativas seriam, nas palavras de Enterría e Fernández, “mecanismos jurídicos excepcionais ou extraordinários em relação aos próprios do Direito Civil”. O critério da prerrogativa expressa, então, uma revalorização da antiga dicotomia de atos de gestão e de autoridade.

Todavia, Enterría e Fernández afirmam ser suscetível de reparos a tese de Hauriou, pois o problema não estaria propriamente na delimitação da aplicação do Direito Administrativo, mas no inverso: na aplicação dos direitos gerais à Administração. Segundo os autores, há Direitos gerais, em especial o Civil, que regulam as mesmas matérias que aquelas que são objeto do Direito Administrativo, sem, contudo, existir um paralelismo total, havendo áreas em que, por regra, não há atrito (a família e a organização municipal, por exemplo). Todavia, existiria uma zona secante, na qual o Direito Administrativo e o Civil se confundem, as zonas organizacional e patrimonial.²⁹¹

No que tange à zona organizacional, observam, os autores espanhóis, que formas organizacionais do Direito Privado (como, por exemplo, a sociedade anônima) podem ser utilizadas pelos entes públicos de forma puramente instrumental. No entanto, sempre encontramos um núcleo público na utilização de tais formas, uma decisão prévia de caráter público ou um ato de natureza pública, como a autorização legal para a constituição da organização de Direito Privado. Cabendo, então, à Administração escolher o meio e as formas, “a eventual utilização de formas privadas é, pois, uma decisão meramente instrumental, prática”. Com relação ao Direito Patrimonial, a solução é semelhante, todavia, os autores esclarecem que, apesar da aparência de apresentação dos institutos do Direito Administrativo como uma transformação ou adaptação dos institutos do Direito Privado (a

²⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 69-71

²⁹¹ Ibid., p. 70-71.

contratação civil corresponderia à contratação administrativa, por exemplo), em verdade, esses institutos administrativos formar-se-iam por acaso, na medida em que os institutos de Direito Civil não eram suficientes para atender às necessidades da Administração Pública, concretizando-se no seio do Direito Administrativo.²⁹²

Nessa linha, com base em Enterría e Fernández,²⁹³ pode-se afirmar que o fato de haver distinção entre institutos administrativos e civis não os colocam em “radical oposição”, pois, no caso dos contratos, se adota um instituto jurídico geral (ou categoria jurídica), que passa a ser formatado de acordo com o ramo jurídico aplicável, não surgindo em oposição aos demais, sendo todos uma variação de um supraconceito da Teoria Geral do Direito.

Dessa maneira, também no âmbito do Direito Patrimonial, encontramos o mesmo caráter instrumental das formas e técnicas de Direito Privado, existindo “um último núcleo irreduzível de caráter público (a decisão de celebrar um contrato privado, a escolha do contratado)”, todavia, não com liberdade, mas se submetendo, em regra, a uma norma jurídica de natureza pública ou uma de caráter privado. Assim, a *fuga do Direito Administrativo*, ou sua privatização, já referenciada anteriormente, não seria totalmente possível, devendo, por certo, observar regras e princípios constitucionais.

É por essa razão que os referidos autores asseveram:

a existência deste fundo ou núcleo constante e irreduzível de caráter público [...] demonstra o erro daquelas correntes doutrinárias para as quais a aplicação de técnicas de Direito Público ou de Direito Privado não possui atualmente conteúdo substancial, sendo algo totalmente acidental [...]

Estas afirmações contêm, no mínimo, um grave equívoco, uma vez que entre umas e outras técnicas existe uma fundamental diferença, que consiste precisamente no fato de que esse primeiro núcleo irreduzível de Direito Público [...] é a expressão do centro subjetivo último da Administração, [...] de forma que, quando da aplicação do Direito Administrativo, podemos e devemos falar em verdadeiro limite substancial. Por outro lado, o Direito Administrativo é o Direito necessário para a atuação do “poder público” que é a Administração e que, como tal, somente pode se justificar na Lei e não na decisão de qualquer outra pessoa, individualmente, além de todas as demais regras que a Constituição impõe à atuação destes poderes [...] regras que somente o Direito Público pode formular de forma efetiva.²⁹⁴

Logo, no desenvolvimento da atividade administrativa pela Administração Pública, deve-se utilizar “institutos próprios do Direito Administrativo [...] nos casos em que a Administração Pública realiza uma ‘função típica’, ou seja, uma atividade propriamente administrativa”. No caso de haver necessidade de utilização do Direito Privado, esta será de

²⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 70-73.

²⁹³ Ibid., p. 73-74.

²⁹⁴ Ibid., p. 72.

modo instrumental, havendo sempre um núcleo certo que pertence ao Direito Público, perfeitamente segregável.²⁹⁵ Todavia, é importante ter em mente que essa perspectiva final de segregação é relevante no Direito espanhol e francês, onde encontramos um sistema dual de jurisdição, diferentemente do Brasil.²⁹⁶ Fica, então, como lição principal, para o Direito Administrativo brasileiro, a inexistência de oposição radical entre o Direito Público e o Direito Privado, em decorrência de toda uma gênese da Teoria Geral do Direito.

3.1.4 A concepção de finalidade pública como tentativa de convergência entre o público e o privado

Carlos Ari Sundfeld²⁹⁷ – em uma análise crítica à distinção entre o público e o privado – afirma que o critério da autoridade para definir o Direito Administrativo vem sendo bastante contestado. Segundo o autor, os críticos desse critério autoritário sustentam que “o Estado, usando ou não autoridade, estaria de qualquer modo submetido a um regime jurídico especial, de sujeições, exigidas pela presunção do interesse público, pela prestação de um serviço à comunidade (um serviço público)”.²⁹⁸ Isso, para Sundfeld, seria uma tentativa de fugir do autoritarismo, porém defeituosa, pois continuaria o Direito Administrativo sendo visto como algo oposto ao Direito Privado.

Tal oposição dicotômica só teria duas utilidades: primeiro, justificar a dualidade de jurisdição em alguns países, baseada no critério de interesse público; segundo, a existência de regime processual específico, distinto dos processos judiciais comuns. Desse modo, Sundfeld aponta que o Brasil não precisa dessa dicotomia, pois não se encaixa em nenhuma das duas utilidades descritas, havendo motivos para o abandono de tal critério, partindo-se para a “construção de um direito comum das pessoas jurídicas estatais, e não de um Direito Administrativo oposto ao privado”.²⁹⁹

Aponta, o autor, como razões para a manutenção da dicotomia, questões ideológicas, na perspectiva de que o público é o bem e o privado é o mal, em cumprimento de uma visão política antiliberal, cujos sentidos são combater o mal provocado pelo privado, justificando poderes e a supremacia do Estado de modo presumido ou exacerbado; e a incompatibilidade

²⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 75-78.

²⁹⁶ Ibid., p. 74-75.

²⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 136-144.

²⁹⁸ Ibid., p. 136.

²⁹⁹ Ibid., p. 138-139

do funcionamento do Estado com as práticas privadas, definida como uma antítese. Conclui Sundfeld,

essa postura talvez seja a tentativa de repaginar, agora no ambiente democrático, a velha visão estatista e antiliberal: a base do direito administrativo seria ainda o antigo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (com extensos poderes para o Estado desfazer os males do mundo privado), mas seria de algum modo justificado e adoçado pelo aumento das sujeições sobre o exercício da atividade estatal (para manter a máquina estatal vinculada aos interesses públicos, livrando-a dos desvios e da influência privada).³⁰⁰

Quem, no Brasil, segundo Sundfeld, se filiou à tese dicotômica acabou por se perfilhar a interpretações estatistas e antiliberais para o Direito Administrativo. Além disso, é inconveniente a dissociação completa, pois tal posição não é usada na definição global de regimes jurídicos para os entes estatais. Ainda, seria abstrata e superficial a diferenciação. O autor arremata afirmando:

é preciso que o conceito de direito administrativo evolua para o de um amplo direito estatutário, um direito comum para o Estado, aceitando-se aquilo que já é realidade no direito positivo: a existência de regimes múltiplos, concebidos para as situações de que tratam. Esses regimes, construídos democraticamente pelo legislador, não podem ficar sujeitos ao veto de princípios com origem ideológica radical.³⁰¹

Em visão semelhante sobre a necessidade de evolução do conceito de Direito Administrativo, baseado na ideia de ser o este composto de normas tanto de Direito Público como de Direito Privado, não sendo, por conseguinte, classificado nem como publicista nem privatista; e também na noção de ser o Direito Administrativo, simplesmente, o direito da Administração Pública, João Batista Gomes Moreira³⁰² apresenta sua concepção de Direito Administrativo. Para ele, o Direito Administrativo é o conjunto de normas que se impõem à Administração, libertando-se da prevalência dos meios (processos, causas) e da dicotomia público privado, tornando como centro do Direito Administrativo o que chama de finalidade pública administrativa, sustentada pela teoria sistêmica. Afirma o autor: “no Direito Administrativo, a finalidade pública é a ideia predominante, diferente do Direito Civil, em que prevalece sobranceira a autonomia da vontade”.³⁰³

³⁰⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 139-142.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 144.

³⁰² MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 169-186.

³⁰³ *Ibid.*, p. 176-177.

É interessante essa posição doutrinária. Todavia, o posicionamento merece algumas considerações.

Ao indicar que o Direito Administrativo é formado, também, por normas do Direito Civil para a obtenção da finalidade pública, ele admite que existem outras normas públicas dentro do Direito Administrativo, mas não se preocupa com a sua sistematização e disciplina, nem mesmo em qual ramo do Direito estariam alocadas. Desse modo, é preciso observar que o regime utilizado pela Administração Pública não é somente o Administrativo (diretamente ligado ao Estado), mas também, por exemplo, o Civil.

Logo, percebe-se que, em verdade, a intersecção realizada pelo autor é o regime a que está submetida a Administração Pública, ora atuante por meio de prerrogativas do regime público; ora tendo sua atuação concretizada por meio de normas de Direito Privado, não correspondendo, então, a indicação do que é o Direito Administrativo. Parece, dessa forma, que Moreira confunde o regime jurídico a que a Administração Pública se submete com o Direito Administrativo.

Todavia, a formulação doutrinária serve para ratificar a atuação da Administração Pública na consecução do interesse público, tendo este como finalidade administrativa. Tal conclusão é encontrada em passagens do próprio autor que afirma ser a finalidade pública administrativa a própria função administrativa.³⁰⁴ Importante, outrossim, é a afirmativa de que “o Direito Administrativo, como subsistema jurídico, caminha paralelo à administração pública”,³⁰⁵ mas, como se observa, não se confunde.

Ainda, é valiosa a conclusão de Moreira no sentido de as prerrogativas e restrições entabuladas pelo Direito Administrativo, assim como as normas de Direito Civil, operarem em serviço de uma finalidade pública, orientada pelo princípio da proporcionalidade.³⁰⁶ Desse modo, entende-se ser compatível (ou mesmo decorrente) a posição de Moreira com a defesa da supremacia do interesse público, enquanto regedora da Administração Pública.

3.2 Cláusulas Exorbitantes como Fator da Dicotomia Contratual Administrativa Clássica

O reconhecimento da proximidade entre as searas público e privada, conforme visto, tem despertado os estudiosos para outras discussões em virtude da evolução da sociedade, que

³⁰⁴ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 179.

³⁰⁵ Ibid., p. 170.

³⁰⁶ Ibid., p. 181.

passou a reconhecer o Estado Social e Democrático de Direito e os direitos fundamentais como objeto a ser protegido com base no interesse público. É a partir disso, também, que a aproximação entre o Estado e os particulares, por meio de contratos, vem a ser discutida, após anos de fixação da sua teoria iniciadora.

Balizada doutrina brasileira,³⁰⁷ reconhecidamente clássica, sustenta uma divisão entre os contratos firmados pela Administração em contratos administrativos e contratos privados da administração,³⁰⁸ distinção basicamente pautada no modo como a Administração se relaciona com seu contratado.

Enquanto nos contratos privados da Administração, haveria uma maior observância das regras de Direito Privado com maior igualdade entre os contratantes; nos contratos administrativos, por outro lado, a Administração participaria “com supremacia de poder e privilégio administrativo na relação contratual”,³⁰⁹ decorrendo daí as chamadas cláusulas exorbitantes, reconhecidas na doutrina tradicional como derogatórias do direito comum, praticado entre os particulares, caracterizando uma práxis inadmissível, incomum, até mesmo, uma ilicitude na relação contratual,³¹⁰

Reconheceu-se, então, uma categoria de contrato na qual a Administração, no intuito de assegurar o atendimento ao interesse público, é detentora de certas prerrogativas, com base na ideia de supremacia do interesse público sobre o particular, as cláusulas exorbitantes. Essas cláusulas representam o que José Guilherme Giacomuzzi³¹¹ denomina de “exorbitância interna ou direta,³¹² uma vez que eles são todos de alguma forma, relacionadas ao poder do Estado exercido internamente ao contrato”. Frisa, o autor, que esse tipo de exorbitância, ao menos num juízo perfunctório, é relativamente semelhante em todos os sistemas jurídicos.

Como já dito de forma introdutória, a Lei nº 8.666/93 prevê essas cláusulas expressamente, não sendo objeto desta pesquisa a análise detida sobre cada uma delas, em face das diversas nuances, extensão de conteúdo e controvérsias jurisprudenciais e

³⁰⁷ A exemplo de Hely Lopes Meirelles (**Direito Administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010) e Maria Sylvania Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014).

³⁰⁸ Sobre a distinção indicada tratar-se-á melhor adiante.

³⁰⁹ Expressão utilizada por Roberto Ribeiro Bazilli (**Contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 21).

³¹⁰ Nesse sentido é a doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 638) e de Hely Lopes Meirelles (**Direito Administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 217).

³¹¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e Contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45-46.

³¹² Contrapondo-se a ideia de interna, a exorbitância reversa ou positiva caracteriza-se para Giacomuzzi como limitação à liberdade contratual do Estado, impondo a esse deveres e obrigações adicionais (GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e Contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44).

doutrinárias, o que demandaria aprofundamento e desvio do foco deste trabalho. Existindo uma disciplina legal suficiente, necessário aqui apenas indicá-la.

O artigo 58 da Lei Geral de Licitações, de modo expresse, apresenta as seguintes prerrogativas: modificação unilateral do contrato; extinção unilateral; fiscalização; aplicação de sanções e de ocupação provisória de bens e utilização de pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato. Todavia, estas não são as únicas cláusulas de igual natureza que se encontram presentes na Lei Geral de Licitações. Podem-se indicar como outros exemplos: a discricionariedade de exigência de garantia (art. 56); nos casos de rescisão unilateral, a assunção do objeto do contrato e a retenção de créditos do contratado (art. 80, inc. I e IV); e a inoponibilidade imediata da *exceptio non adimpleti contractus* (art. 78, inc. XV).

Essas cláusulas apresentadas podem ser tipologicamente sistematizadas como cláusulas de excoercedade (incisos II, III, IV e V do art. 58; art. 56; art. 80, incisos I e IV; art. 78, inciso XV, todos da Lei nº 8.666/1993), que exprimem o privilégio de execução de atos pela Administração; cláusulas de *jus variandi* (inciso I do art. 58 da Lei nº 8.666/1993), que possibilitam a alteração unilateral dos contratos, limitadas pela Lei e por um critério de razoabilidade; e, por fim, cláusulas de previsão de efeitos sobre terceiros (art. 31, inciso IV, da Lei nº 8.897/1995) que atribuem direitos de expropriação, recebimento de tarifas e exercício de poder de polícia, refletindo sobre terceiros.³¹³

Assim, verificado que a dicotomia contratual no seio da Administração Pública, para grande parte da doutrina, baseia-se nessas ditas cláusulas exorbitantes e numa dicotomia aparentemente inexistente, torna-se necessário averiguar, com base na linha doutrinária de aproximação dos ramos público e privado, como se comporta a disciplina contratual para a Administração.

3.2.1 Origem da dicotomia contratos administrativos e contratos privados da Administração

Explica, Maria João Estorninho,³¹⁴ que, no Século XVIII, vigia a ideia de ser necessária uma jurisdição especial, vinculada ao Poder Executivo, para julgar os conflitos nos quais estivesse presente a Administração Pública, inclusive os relacionados aos contratos. Todavia, paulatinamente, houve um processo de devolução ao campo civil de certas

³¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. p. 545-563. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 552-553.

³¹⁴ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 25-33.

atividades, inicialmente orientado pelo critério de atos de gestão e de autoridade, o primeiro pautado *no jus imperi* e regido pelo Direito Público; o segundo pautado pela ausência de prerrogativas e submetido ao Direito Privado.

Esse processo migratório foi iniciado com a devolução, à jurisdição comum, dos atos de gestão, categoria que incluía todos os contratos firmados pelo Poder Público, em clara visão monista da matéria contratual, em que pese existir uma repartição de competência jurisdicional comum e administrativa. Logo, a matéria contratual se constituiu, inicialmente, em exceção ao esquema estrutural dos atos de gestão e atos de autoridade, sendo todo contrato considerado como ato típico de gestão, sem *imperium*.³¹⁵

Tal deslocamento teria vindo a ocorrer novamente, agora em sentido oposto, com o disciplinamento do contencioso administrativo, ao ser afirmada a competência da jurisdição administrativa para conhecer e julgar demandas referentes aos contratos da Administração Pública. Note-se que, mesmo após o novo deslocamento, a matéria contratual, no âmbito da Administração Pública, ainda apresentava uma caracterização monista, sem qualquer distinção entre contratos administrativos e contratos de Direito Privado da Administração.

Todavia, expõe Estorninho, a evolução da jurisdição administrativa foi no sentido de uma progressiva restrição de sua competência com relação à matéria contratual, pois seria uma “competência natural dos tribunais comuns”. Tal fato é calcado na visão de imperfeição dos tribunais administrativos e feição de foro privilegiado e que traria maiores benesses à Administração, em comparação com os tribunais ordinários.³¹⁶ Assim, apenas determinados contratos previstos em lei submeter-se-iam à jurisdição administrativa e os demais à jurisdição comum, surgindo, por conseguinte, a primeira manifestação dual dos contratos da Administração, sendo a especificação dos contratos administrativos “uma mera singularidade de regime jurisdicional”.³¹⁷

Dessarte, ao longo de todo o Século XIX, na França e na Espanha, a doutrina e jurisprudência reconheciam, como única singularidade do contrato administrativo, o regime jurisdicional, o que não afetaria sua natureza e regulação de fundo. Segundo Enterría e Fernández, “a distinção entre contratos administrativos e contratos privados é, pois, exclusivamente em sua origem, para efeitos judiciais e não substantivos”.³¹⁸ Tal afirmativa

³¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 678.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 68.

³¹⁷ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 33-34.

³¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 678.

complementa-se com as palavras de Estorninho, para quem a dicotomia contratos administrativos e contratos privados da Administração “começou assim por ser uma distinção apenas no plano processual, destituída de qualquer relevância ao nível material ou substantivo”, tratando-se, ainda, de “dualismo meramente pragmático, destituído de quaisquer fundamentos ou implicações de ordem substancial”.³¹⁹

A consagração legislativa da competência jurisdicional administrativa levou a doutrina a se aprofundar no estudo do contrato administrativo, inicialmente, partindo de uma base empírica e processual, principiou um processo de substantivização material do contrato. Nas palavras de Enterría e Fernández:

[...] esta atribuição à jurisdição contenciosa-administrativa irá impulsionar e justificar posteriormente a transferência paulatina para a gestão destes contratos das técnicas normais de atuação da Administração e, principalmente, de seu privilégio natural da autotutela [...], começará de fato o processo de substantivização da figura dos contratos administrativos, para concluir que sua atribuição à jurisdição contenciosa-administrativa não é, como se acreditavam na origem, meramente casual, na verdade, esconde uma questão de natureza: os contratos administrativos seriam contratos regidos pelo Direito Administrativo substantivo e não pelo Direito Privado.³²⁰

Esse movimento foi concomitante à consagração do critério do serviço público (Escola de Bordeaux), em substituição ao dos atos de autoridade e gestão (passagem do Estado de polícia ao Estado de providência), sendo atividades administrativas todas que dissessem respeito ao funcionamento e organização dos serviços públicos, sujeitando-se ao Direito Administrativo e à jurisdição administrativa.

Segundo Enterría e Fernández, Péquignot, integrante da Escola de Bordeaux, em seu livro *Théorie générale du contrat administratif*, deu à tese substancialista do contrato sua mais alta expressão em 1945. Para Péquignot, o contrato administrativo excepciona duas máximas do contrato civil: a de fazer lei entre as partes, pois a Administração possui o *jus variandi*; e da não afetação de terceiros estranhos à relação, o que ocorre de modo natural, sendo, a rigor, um instituto bem diferente do contrato privado. Estaria a singularidade do contrato administrativo, então, estabelecida nessa característica de transbordar os contratos privados, por meio de “cláusulas exorbitantes do Direito comum”. Nessa linha de

³¹⁹ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 34-35.

³²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 679.

pensamento, aplicar-se-ia um regime de Direito Público, com prerrogativas administrativas implícitas.³²¹

Informa, Estorninho, que, em decorrência da autonomia processual e da justificativa de perseguição de fins de serviço público, progressivamente, foi-se transferindo, para a gestão dos contratos administrativos, as suas técnicas de atuação, em especial a prerrogativa de autotutela.³²²

Logo, estava formada a primeira base substancial da divisão entre os contratos administrativos e os contratos da administração, estabelecendo-se a competência de acordo com a relação material de funcionamento e execução de um serviço público.³²³

3.2.2 As cláusulas exorbitantes como critério da dicotomia contratos administrativos e contratos privados da Administração

A busca de um critério de distinção entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração foi atividade realizada ao longo dos anos de evolução do Direito Administrativo. Segundo Maria João Estorninho,³²⁴ a distinção essencial dos critérios desenvolvidos pela doutrina assentava-se no (i) caráter substancial dos elementos intrínsecos e caracterizadores do próprio contrato; ou no (ii) caráter formal dos elementos extrínsecos ao contrato, sendo a norma jurídica o elemento qualificador do contrato.

Pode-se assim, concluir que, segundo os critérios substanciais, o contrato administrativo é, em si mesmo, diferente dos contratos civis, o que justifica que se encontre sujeito a um regime jurídico especial. No caso dos critérios formais entende-se, por um raciocínio inverso, que é por causa do regime jurídico diferente que a lei determina para certos contratos que eles passam a ser considerados autónomos em relação aos contratos civis.³²⁵

Propõe, a autora portuguesa,³²⁶ a partir da distinção apresentada, uma sistematização para os critérios do contrato administrativo, que os distingue dos contratos privados da Administração, em uma sequência cronológica.

³²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 680-681.

³²² ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 37.

³²³ Ibid., p. 35-37.

³²⁴ Ibid.

³²⁵ Ibid., p. 74.

³²⁶ Ibid., p. 77-110.

Na primeira fase, no início da diferença, estariam dois critérios. O primeiro, o da jurisdição competente, segundo o qual seriam administrativos os contratos que o legislador indicasse como sujeito à jurisdição dos tribunais administrativos, recebia como crítica o fato de a estipulação de competência não afetar a essência dos contratos, nem sua natureza. O segundo critério, o da forma e formalidades, em uma tentativa de explicar o dualismo processual, a formação e a celebração estariam sujeitas a formalidades legais, *a priori*, dispensadas nos contratos privados. Essa formulação foi afastada por dois motivos simples: o não cumprimento das formalidades exigidas pela Lei não transformaria um contrato pretensamente administrativo em civil; e o fato de existirem exigências legais também em contratos privados celebrados por entidades privadas não os transformaria em contrato administrativo.

Posteriormente, inicia-se uma fase de substantivização do contrato administrativo (2ª fase) com a utilização de critérios não apenas formais, passando qualidades intrínsecas a qualificar os contratos. Os primeiros critérios utilizados nesta fase foram: (i) da natureza jurídica das partes, posteriormente reconhecido como insuficiente pela crescente colaboração dos particulares com a Administração; o (ii) do fim de imediata utilidade pública, que teve íntima relação com o critério do serviço público da Escola de Bordeaux, tendo seu declínio ocorrido pela mesma razão de ampliação da gestão privada; o (iii) critério do objeto de serviço público, cujo declínio se verificou quando do reconhecimento da possibilidade de um contrato relativo a um serviço público poder ser um contrato privado; o critério da sujeição, que identificava uma sujeição especial do particular, mas que acabou sendo afastado por representar um instrumento antiquado e que não abrangia os contratos instantâneos.

O fim dessa fase foi marcado pelo critério das cláusulas exorbitantes, segundo o qual o que distinguiria o contrato administrativo seria a natureza dos direitos e deveres criados, que extravasaria o âmbito da atividade contratual privada.

3.2.3 A revisão da substantivação do contrato administrativo

Após a segunda grande guerra, com o declínio da doutrina do serviço público, em decorrência da comprovada possibilidade de gestão privada dos serviços públicos, surgiu um movimento de revisão da doutrina substantivista do contrato administrativo.

Inicialmente, foi encarada como fruto da vontade das partes a inserção de cláusulas exorbitantes para colocar o contrato sob a égide do Direito Administrativo. A partir de

determinado momento, reconheceu-se a possibilidade de os elementos exorbitantes qualificadores do contrato serem extrínsecos a este, não mais decorrente de uma concepção voluntarista, agora pautado em determinação legal. Maria João Estorninho³²⁷ afirma, neste momento, existir, não apenas um novo critério, mas um abandono da perspectiva substantiva do contrato.

[...] o contrato deixa de ser administrativo devido à natureza jurídica das suas cláusulas, consideradas em si mesmas. Desta forma, já não é pela qualidade intrínseca dos direitos e deveres que o contrato gera que a sua natureza se determina, mas sim passa a atender-se a elementos exteriores ao contrato para efeitos da sua qualificação. A transição do critério da cláusula exorbitante para o do regime jurídico exorbitante marca, na minha opinião, uma verdadeira ruptura qualitativa em relação aos anteriores critérios de qualificação do contrato administrativo.³²⁸

Essa mudança de perspectiva, numa terceira fase, alterou o reconhecimento do contrato administrativo pela natureza jurídica de seus elementos essenciais, como sujeitos, fim ou objeto, para verificação de um regime jurídico especial, o regime jurídico exorbitante,³²⁹ reconduzindo a análise à vontade do legislado. Estorninho reconhece, nesse movimento, “a admissão da impossibilidade de encontrar uma diferença substancial entre o contrato administrativo e os contratos civis”.³³⁰

Cabe dizer que o critério do regime jurídico exorbitante parte da ideia de um regime que extravasa as normas contratuais privadas, cuja ideia remonta à concepção de Direito Público como independente do Direito Privado, com institutos contrapostos, afirmando-se uma autonomia científica do Direito Administrativo.

Todavia, para ser reconhecida a autonomia desse ramo, não é preciso sustentar a existência de institutos singulares, diferentes do Direito Civil.³³¹ Como visto anteriormente,³³² há imbricações entre os ramos. Nesse sentido é a lição de García de Enterría e Fernández:

parece, assim, que pode ser considerada definitivamente superada a fase anterior, na qual o contrato administrativo e o privado eram considerados como sendo de realidades totalmente diferentes, rigorosamente separadas. No âmbito da contratação dos entes públicos, como em tantos outros, convivem já sem sobressalto o Direito

³²⁷ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 95-110.

³²⁸ *Ibid.*, p. 95-96.

³²⁹ Merece menção, ainda, o critério estatutário, o qual, na opinião de Estorninho é exatamente igual ao do regime jurídico exorbitante, diferenciando-se apenas na noção de Direito Administrativo de que se parte.

³³⁰ ESTORNINHO, Op. Cit., p. 99.

³³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 681.

³³² Sobre a relação entre o direito público e o privado *vide* o Capítulo 3.1.

Administrativo e o Direito Privado. Qualquer contrato é capaz de refletir elementos de um e de outro, sem que por isso mude a essência do instituto contratual. Ocorre, simplesmente, que em certos contratos, diretamente vinculados ao tráfego ou atividade típica do órgão administrativo contratante (“obras e serviços públicos”, no sentido mais amplo) os elementos jurídico-administrativos são mais intensos que em outros. Tais contratos são chamados de contratos administrativos e seu conhecimento incumbe à jurisdição contencioso-administrativa.³³³

Partindo desses pressupostos, infere-se que a visão atual do Direito Administrativo e de sua autonomia aproxima-se do Direito Privado, sem significar suas regras uma contraposição imediata ao outro, podendo haver uma distinção total, uma semelhança total ou mesmo uma aplicação simultânea de princípios gerais comuns a todo o ordenamento.

Desse modo, a diferença de natureza e a diversidade de regimes para os contratos administrativos e os contratos privados não seria tão radical. Em verdade, para aqueles autores espanhóis, os institutos jurídicos gerais são modulados para aplicação no Direito Administrativo, e o contrato, como categoria jurídica da Teoria Geral do Direito, também sofre essas modulações. Salientam García de Enterría e Fernández:

[...] o problema não deve ser abordado em termos de singularidade ou exorbitância, e sim mais simplesmente, sem dramas, inquirindo quais são essas modulações ou variáveis que inserem a presença subjetiva da Administração em relação ao abstrato instituto contratual.³³⁴

A partir dessa análise, é possível identificar variações (ou modulações) gerais para os reconhecidos contratos administrativos, com aspectos relevantes relativos à formação. Essas modulações nos contratos firmados pela Administração seriam o resultado de uma dupla exigência: peculiaridades da Administração como organização pública e sua atividade ou finalidade. Dentre essas modulações, estariam as prerrogativas do poder público, conhecidas como cláusulas exorbitantes.

Quando um direito regula relações de sujeitos dotados de peculiaridades subjetivas, dá-se o nome de direito estatutário, como o é o Direito Administrativo.³³⁵ Estar-se, então, diante de uma concepção estatutária (ou critério estatutário) dos contratos, em que não é

³³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 688.

³³⁴ Ibid., p. 682.

³³⁵ Sobre direito estatutário, Enterría e Fernández afirmam que o Direito Administrativo é de “natureza estatutária, ao estar voltado para a regulamentação das espécies singulares de sujeitos que se agrupam sob a denominação de Administrações Públicas, retirando tais sujeitos da esfera do Direito comum” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 59).

possível estabelecer uma distinção rígida entre o Direito Público e o Direito Privado. Rompe-se, assim, com a tradição de exorbitância do Direito Administrativo.³³⁶

É relevante que se diga, o fato de não se ter chegado a um critério específico de diferenciação das espécies pela sua natureza, conforme sustenta Estorninho,³³⁷ deixando-se para o legislador a qualificação, não indica a inexistência de diferença entre os contratos firmados exclusivamente entre particulares e os que possuem o Estado como parte, pois a Administração, como parte do contrato que busca atingir finalidades de interesse público, necessita possuir uma posição contratual inicial diferenciada da comum, mesmo que, por estipulação das partes privadas ou por critério legal específico, tais posições sejam também refletidas nos contratos eminentemente privados. Isso fica hialino mesmo na obra de Maria João Estorninho, que afirma:

contudo, **muito mais importante** do que essas eventuais e esporádicas diferenças no regime jurídico aplicável a tais contratos, **parece ser a ideia de** que, apesar de serem perfeitamente compatíveis com os contratos de direito privado, **os poderes que a Administração exerce durante a execução do contrato continuam a possuir algo que os torna diferentes em relação ao regime jurídico-privado.**³³⁸ (grifou-se)

É preciso registrar que o interesse público, a ser perseguido no Estado Democrático de Direito, é elemento fundamental na construção do regime aplicado aos contratos da Administração, sendo com base nele, o interesse público, a fundamentação da flexibilidade do contrato administrativo, em contraposição ao contrato privado. Além disso, é lastreado no interesse público que a Administração põe o seu contratado em situação de colaborador por aceitar previamente a possibilidade de mutação da avença, diante de limites legais. Por fim, é com base no interesse público que prerrogativas de autoridade são exercidas.

Ainda, há de se afirmar, a constitucionalização do Direito, implicadora de revisão ao princípio da supremacia do interesse público, não traz, a pretexto de atribuir uma suposta igualdade, lastro para interpretações do viés de Estorninho, haja vista encontrar limitação na

³³⁶ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 103-105.

³³⁷ Sobre a busca doutrinária de um critério de diferenciação entre os contratos, Maria João Estorninho apresenta crítica contundente: “a partir da dualidade de jurisdições resultante de um mero “acaso histórico”, a doutrina se convenceu da existência de uma distinção - quantas vezes “artificial e arbitrária” - entre duas modalidades de contratos da Administração. Nesse preciso momento, iniciou-se um processo “lento e penoso” no qual, ao longo de perto de cem anos, a teoria do contrato administrativo tem procurado encontrar o “critério mágico” que permita, de forma inequívoca, distinguir os contratos administrativos dos contratos privados da Administração” (ESTORNINHO, Op. Cit., p. 37).

³³⁸ ESTORNINHO, Op. Cit., p. 144.

satisfação do próprio interesse público e na proteção dos direitos fundamentais de caráter individual e coletivo.

O exercício de prerrogativas públicas mantém-se nos contratos. É nesse sentido que Di Pietro afirma: “pode-se acabar com a figura do contrato administrativo, como querem alguns. Mas não há como acabar com as prerrogativas que a Administração Pública exerce sobre os particulares, mesmo que utilizados os modelos do direito privado”. Tal conclusão justifica-se, pois, a “posição do particular não pode ser igualada à da Administração Pública, porque esta personifica o poder do Estado”.³³⁹

Necessário mencionar que o contrato, como categoria jurídica da Teoria Geral do Direito, adota características próprias do ramo em que é aplicado, público ou privado. Considerando o espírito e a tendência desses ramos, poucas são as relações entre as duas disciplinas. Entretanto, algumas delas podem ser identificadas, a um, por existirem princípios jurídicos gerais aplicáveis aos dois ramos; a dois, por ter sido a elaboração do Direito Administrativo a partir de tendências e tradições civilistas. Nessa linha, o fato de se reconhecer inexistir uma radical oposição entre os institutos moldados nos ramos em que aplicados, não inibe a afirmação da existência de mínimas diferenças, a exemplo de exigências legais específicas, que possibilitam a classificar os contratos em administrativos e privados, todavia, sem a pecha de existirem cláusulas ditas exorbitantes.

Essa posição se justifica em razão das cláusulas serem reconhecidamente compatíveis com o Direito Privado.

O poder de fiscalização do contrato, como poder que se destina a garantir o cumprimento da obrigação avençada, não difere em nada do poder do sócio fiscalizar a gestão dos negócios sociais (art. 993, p. ú., CC/2002), nem do poder de fiscalização do dono da obra em empreitada (art. 614, §2º, CC/2002).

O poder de *jus variandi*, permite, à Administração, alterar unilateralmente o contrato. Sobre ela, García de Enterría e Fernández³⁴⁰ reconhecem sua existência genérica em favor do contratante da obra (o *dominus operis*) no regime civil de contratação espanhol,³⁴¹ regra

³³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 409.

³⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 686.

³⁴¹ *Artículo 1594: El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella.* (ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el **Código Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018)

semelhante encontrada no Código Civil brasileiro,³⁴² sendo comum que a Administração se valha, sem descuidar da equivalência das prestações e do direito de indenização.

Quanto ao poder de rescisão unilateral, é certo que tal alternativa pode perfeitamente existir em um contrato privado, bem como a retenção de créditos, a exigência de garantia de execução e a possibilidade de ocupação provisória, não existindo qualquer impeditivo legal.

Ainda, com relação à transcendência subjetiva dos contratos firmados pela Administração, esta não se mostra exorbitante em relação ao princípio da relatividade do contrato civil (que produz efeito somente entre as partes) por decorrer do contrato, mas seus efeitos são *ex lege*, ou seja, decorrem da aplicação da Lei.

A aplicação de sanção, por certo, é atividade amplamente permitida nos contratos privados, sendo discutível apenas a diferença da autoexecutoriedade como modulação existente no Direito Administrativo, que, como visto, decorre da natureza da atividade administrativa, não de cláusula diversa ao contrato privado.³⁴³

Segundo García de Enterría e Fernández,³⁴⁴ o privilégio da decisão unilateral e executória, de modo anterior ao conhecimento judicial, é a “prerrogativa de poder público por excelência”, por meio da qual se exige do contratado o cumprimento das decisões administrativas, cabendo-lhe discordar em contencioso próprio. Tal poder é extracontratual, não decorrendo do contrato em si, mas da posição da Administração e seu poder de autotutela.

A inclusão desses poderes na disciplina dos contratos administrativos foi uma consequência e não a razão da distribuição jurisdicional originária para o contencioso-administrativo, historicamente observada no modelo francês. Hodiernamente, a razão precípua que justifica tal estipulação estaria calcada na relação do contrato às necessidades públicas. Cabendo, à Administração, a satisfação do interesse público, esta deve valer-se de todos os poderes lhe atribuídos com o fito de evitar atrasos, paralisações ou outras situações que causassem prejuízo ao interesse comum e promovesse solução de continuidade dos serviços públicos.

³⁴² Brasil. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 623. Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 11 dez. 2018)

³⁴³ Cabe lembrar, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Parceria Público-Privada), prevê expressamente a possibilidade de o parceiro particular aplicar sanção à Administração em caso de inadimplemento contratual (art. 5º, inciso II).

³⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 685-686.

Por mais intrigante que possa parecer, a prerrogativa de autoexecutoriedade que a Administração tem à disposição, e que ultrapassa faculdades reconhecidas no Direito Civil para os contratantes privados exercerem seus próprios direitos,³⁴⁵ deixa intactas as regras de fundo dos contratos e seu conteúdo obrigacional, sendo cabível o controle jurisdicional em caso de descumprimento dessas regras, posto que a autoexecutoriedade tem um valor prévio e imediato, mas não definitivo.

Logo, o elemento diferenciador dos contratos administrativos para os privados não é sua natureza exorbitante, mas o fato de a Administração exercer os seus poderes no contrato, resultado da posição jurídica na qual se encontra, e que não pode ser renunciada. Ou seja, nas palavras de Péquignot, conforme Estorninho, “a Administração não exerce uma prerrogativa contratual. Exerce um direito que lhe pertence enquanto Administração”.³⁴⁶ Assim, resume a autora, “tais poderes da Administração não serão acordados pelas partes no contrato, mas sim resultam da própria lei”.³⁴⁷

3.2.4 A inexistência de contratos privados da Administração por um critério de exorbitância

Realizadas as anotações anteriores sobre a proximidade dos contratos civis com os contratos firmados pela Administração, cumpre-se, agora, desmistificar uma classificação doutrinária secular importada do modelo francês, mas que não se apresenta moldada para a realidade brasileira, a divisão dos contratos da Administração em contratos administrativos (*stricto sensu*) e contratos privados da Administração.

Tradicionalmente, os contratos privados da Administração são considerados regidos pelo Direito Privado, mas parcialmente derogado pelo Direito Público, não possuindo, em regra, a aplicação das já mencionadas cláusulas exorbitantes. Logo, a Administração estaria, na maioria desses casos, em posição de igualdade ao particular.

³⁴⁵ Enterría e Fernández exemplificam: “fazer uso da sua condição de possuidor para transferir à outra parte o ônus de demandar, requerer diretamente ao Juiz a qualquer momento, não ter de submeter suas pretensões a uma verificação prévia do outro contratante, não ter o ônus de impugnar, sob pena de trânsito definitivo e irrecorrível, as decisões deste outro contratante” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 685).

³⁴⁶ Péquignot apud Maria João Estorninho (ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 146).

³⁴⁷ ESTORNINHO, Op. Cit., p. 146.

Em obra denominada *Introdução: do Direito Privado na Administração Pública*, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴⁸ enfrenta o tema utilizando-se da designação *direito privado da administração*.

Sustenta, a autora, que doutrinadores como Otto Mayer, no Direito alemão, e Renato Alessi, no italiano, equiparam a Administração ao particular quando utilizados institutos do Direito Privado, em razão do princípio da igualdade. Todavia, Di Pietro, orientada pela perspectiva de ser livre o particular para agir e ser a atividade estatal juridicamente dependente, ou melhor, condicionada ao interesse público, afirma que a Administração Pública nunca pode ser perfeitamente igualada ao indivíduo, seja em sua forma ou finalidade, pois representa o poder do Estado.

Desse modo, a utilização de institutos do Direito Civil no âmbito da Administração Pública seria realizada de forma supletiva em relação às normas administrativas, aplicando-se, no silêncio da norma de Direito Público, as de Direito Privado.³⁴⁹ Nessa esteira, para Di Pietro, as prerrogativas da Administração não seriam presumíveis nas relações de Direito Privado, devendo ser, expressamente, estabelecidas em lei, ao contrário das relações de Direito Público, nas quais se presumem independente de previsão legal.

não há possibilidade de estabelecer-se, aprioristicamente, todas as hipóteses em que a Administração pode atuar sob regime de direito privado; em geral, a opção é feita pelo próprio legislador, como ocorre com as pessoas jurídicas, contratos e bens de domínio privado do Estado. Como regra, aplica-se o direito privado, no silêncio da norma de direito público.³⁵⁰

Assim, em situações concretas, quando não houvesse norma expressa de Direito Público que derogue o Direito Privado, a utilização de institutos de Direito Privado impor-se-ia.

Essa posição precisa ser revista ou, ao menos, rediscutida, como se propõe adiante.

É salutar lembrar que a dicotomia contratual para a Administração Pública foi importada para o sistema jurídico brasileiro a partir do Direito francês, cujo modelo de jurisdição é dual, existindo o contencioso-administrativo e o contencioso-jurisdicional, cenário não encontrado no Brasil. Na França, a diferenciação se dá pelo grau de incidência da

³⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Introdução: do Direito Privado na Administração Pública*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13-17.

³⁴⁹ HAURIOU, Andre. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 469, abr. 1945. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8416/7165>>. Acesso em: 10 Dez. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v1.1945.8416>.

³⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61.

norma de Direito Público ou da norma de Direito Privado, que repercutirá na fixação da competência para análise dos contratos firmados pela Administração Pública.

Nota-se, portanto, que a divisão importada do Direito francês e aqui absorvida por parcela considerável da doutrina não possui, no Brasil, fundamento substancial para justificar a distinção dessas categorias contratuais. Conforme afirma Bruna Rodrigues Vieira Colombarolli,

a tentativa doutrinária de estabelecer a diferenciação das duas categorias contratuais já revela toda artificialidade e fragilidade da classificação. A doutrina, ao admitir a incidência de normas publicísticas nos contratos privados da Administração, bem como a possibilidade de terem em sua composição as cláusulas exorbitantes, revela que os regimes dos dois modelos de contratos são igualáveis.³⁵¹

Na mesma linha apontada, a portuguesa Maria João Estorninho, de modo crítico, afirma que “a dicotomia contrato administrativo/contrato privado da Administração foi fruto do génio inventivo francês, devido a condicionalismos históricos bem determinados, sendo posteriormente ‘empolada’ e mantida de forma artificial ao longo dos tempos”.³⁵²

A autora³⁵³ identifica a necessidade de sujeitar os contratos privados da Administração ao Direito Público, em decorrência da publicização do contrato privado, ocasionada pelos direitos fundamentais, gerando a uniformização do regime jurídico aplicável a todos os contratos da Administração.

Essa proximidade é verificada na própria Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 54, ao dispor que os contratos tratados naquela Lei se regulam pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado.

Por certo, o Estado quando age, mesmo sob formas tipicamente privadas, não pode abandonar a sua finalidade de efetivar os direitos fundamentais. Por esse prisma, toda e qualquer atividade tipicamente de Direito Privado realizada pela Administração Pública está ligada ao regime jurídico público. Logo, não é possível admitir a existência de uma categoria de contratos firmados pela Administração sujeitos exclusivamente ao Direito Privado.

³⁵¹ COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. O microssistema das contratações públicas. p. 15-42. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (Coord.). **Contratos administrativos: estudos em homenagem ao professor Florivaldo Dutra de Araújo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 21.

³⁵² ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 110.

³⁵³ *Ibid.*, p. 151-182.

Sobre o tema, é importante apresentar a doutrina de Eduardo Soto Kloss, para quem não é possível sustentar a divisão do contrato firmado pela Administração nessas categorias, pela necessidade de cumprimento de finalidade pública em ambos os casos.

Contratos administrativos e contratos civis da Administração? Duas categorias diferentes? Nós não pensamos racionalmente possível sustentar, se quisermos ser consistentes com a base primária da ordem política e a ideia de bem comum que implica, por um lado, a própria idéia de contrato, por outro, uma idéia que no campo público chegou a ser reconectado com suas fontes originais e fundadoras, perdidas por uma civilização tingida por alguns séculos de racionalismo individualista. Com efeito, se todas as atividades da Administração possuem a finalidade pelo Direito de obter o bem da comunidade, também é sua atividade legal, e não apenas unilateral (onde ninguém duvida), mas obviamente sua atividade jurídica contratual. (...) Assim, acreditamos que tal distinção não tem uma justificativa muito racional, porque as relações nas quais o Estado participa, se olharmos para a sua verdadeira configuração (dada pela perspectiva dos fins), são relações supra-ordenadoras do bem comum e para isso existe um regulamento legal específico, apropriado a essa natureza, que não é outro senão o direito público. E mesmo quando atua para cumprir seus objetivos por meio da via contratual, isto é, com base em intercâmbio, trata-se de intercâmbio com finalidade, o que também significa que o propósito que ordena tal contratação é um propósito público, coletivo de bem comum, e, portanto, tais trocas são reguladas pelo direito público. Pretender aplicar, então, um regulamento diferente é tratar igualmente os desiguais, e isso é injusto.³⁵⁴ (traduziu-se)

Esse também é o entendimento de Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka. Ao lembrar a lição de Hely Lopes Meirelles – segundo a qual “os fins da administração pública resume-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada”, sendo o “ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público” configurador do “desvio de finalidade”³⁵⁵ –, a

³⁵⁴ KLOSS, Eduardo Soto. La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato. In **Revista de Administración Pública**, nº 86, mai/ago 1978, p. 582-584. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=86&IDA=23062>>. Acesso em 27 de nov. 2017. Original: *¿Contratos administrativos y contratos civiles de la Administración? Dos categorías diferentes? No creemos que racionalmente ello sea posible de sostener, si queremos ser consecuentes con las bases primordiales del orden político y la idea de bien común que ello conlleva, por una parte, y con la idea misma de contrato, por la otra, idea que en el campo público ha venido a reencontrarse con sus fuentes originarias y fundantes, perdidas por una civilística teñida desde hace algunos siglos de racionalismo individualista. En efecto, si toda la actuación de la Administración esta finalizada por el Derecho a la obtención del bien de la comunidad, también lo está su actividad jurídica, y no sólo unilateral (donde nadie duda), sino obviamente su actividad jurídica contractual. [...] De allí que creamos que la tal distinción no tenga justificación muy racional, por cuanto las relaciones en que participa el Estado, si se mira a su verdadera configuración (que la da la perspectiva de los fines), son relaciones supraordenadoras, de bien común, de reparto y distribución, y para ello existe una regulación jurídica específica, adecuada a esa naturaleza, que no es otra que el Derecho público. Y aun cuando actúe para cumplir sus fines a través de la vía contractual, esto es, sobre la base de intercambios, se trata de intercambios finalizados, lo cual hace que también el fin que ordena tal contratación sea un fin público, colectivo, de bien común, y, por tanto, dichos intercambios sean regulados por el Derecho público. Pretender aplicar, entonces, una regulación diferente es tratar a desiguales en forma igual, y ello es injusto.*

³⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 89-90.

autora assevera que, em todas as suas atividades, a Administração Pública deverá nortear-se pelo interesse público, inclusive na celebração de contratos, ainda que de maneira indireta.³⁵⁶

Nesse sentido, é preciso lembrar que a Lei nº 8.666/1993, ao trazer normas gerais sobre contratos da Administração Pública, define um regime jurídico de Direito Público para esses contratos. Todavia, a mesma Lei admite, expressamente, a existência de contrato firmado pela Administração “regido, predominantemente, por norma de direito privado”, aplicando-se, “no que couber”, as demais normas gerais do regime público. Observe-se a dicção do parágrafo terceiro do artigo 62.

Art. 62 [...]

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

A doutrina nacional possui diferentes visões sobre a regra posta no dispositivo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, admite, excepcionalmente, a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos privados firmados pela Administração, desde que constem expressamente no contrato.³⁵⁷ Por outro lado, para Odete Medauar, a presença da Administração na relação contratual publiciza tais contratos, tornando difícil a aplicação plena do Direito Privado.³⁵⁸

Interessante é a posição de Marçal Justen Filho para quem vigora, no Brasil, o entendimento de que a Administração não dispõe de autonomia para realizar a escolha do regime jurídico aplicável às suas contratações. Seria, então, automática a incidência do regime de Direito Público.³⁵⁹ Desse modo, acarreta alteração do regime jurídico aplicável a mera participação da Administração Pública como parte em um contrato, passando, mesmo no silêncio do instrumento contratual, a incidir o regime de direito público.

No caso de existirem conflitos entre as regras de Direito Privado e as de Direito Público, estes se resolveriam em favor do Direito Público, pois se aplicando os princípios

³⁵⁶ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. **Concepção dos contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 89

³⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 269.

³⁵⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**, 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 281.

³⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 432.

privados desde que compatíveis com o regime público, mesmo provocando a desnaturação do contrato de Direito Privado.

No entanto, seria, na prática, muito complicado estabelecer um critério diferenciador entre esses contratos privados praticados pela Administração e os propriamente administrativos. Informa, o autor, então, que a solução talvez seja o reconhecimento de que “determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinando-se inevitavelmente a mecanismos de mercado” (v.g. seguro e financiamento), pois, do contrário, ocorreria “a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou o desequilíbrio econômico que inviabilizaria a empresa privada”.³⁶⁰

Explica o autor, com relação ao §3º do artigo 62, a aplicação dos artigos 55, 60 e 61 para esses contratos não demanda grande esforço, existindo dificuldade na aplicação das prerrogativas do artigo 58, em especial a possibilidade de alteração unilateral, por ser incompatível com a atividade. Todavia, as demais competências, a exemplo do poder de fiscalização, regime especial de recebimento de bens e até mesmo a rescisão unilateral, poderiam ser executados por não gerarem risco de comprometimento à atividade privada.³⁶¹

Ainda, o autor explica que haveria dois aspectos, um econômico e outro jurídico, que limitariam a inovação administrativa, em matéria de contratos destinados a desempenhar a mesma função econômica dos contratos de Direito Privado.

[...] Em primeiro lugar, há uma *limitação econômica*. Há hipóteses em que a aplicação do regime de direito público produziria efeitos extremamente onerosos para a Administração Pública – tão onerosos que haveria um sacrifício dos interesses estatais e o comprometimento dos direitos fundamentais. A Administração é constrangida a recorrer aos contratos de direito privado, porque essa é a única alternativa econômica disponível.

Em segundo lugar, há uma *limitação jurídica*. Certas atividades não comportam a aplicação do regime de direito público, porque isso produziria a desnaturação do mercado privado, da livre concorrência e de outros valores protegidos constitucionalmente.³⁶²

Na mesma linha de Justen Filho, a doutrina de Fernando Dias Menezes de Almeida,³⁶³ admitindo como regra “a potencial extensão do regime da Lei n 8.666/93 aos

³⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 869-870.

³⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 433.

³⁶² *Ibid.*, p. 432.

³⁶³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A distinção entre “público” e “privado” aplicada aos contratos celebrados pela Administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 243.

contratos celebrados pela Administração”. Poderá, segundo o autor, a extensão desse regime ser “obstada por lei específica aplicável ao caso concreto”, cabendo o controle de constitucionalidade do Direito aplicável individualmente, especialmente com base nos princípios da livre concorrência, afetado pela aplicação do regime público, eficiência e economicidade, agredidos em certas contratações.

Ademais, esse mesmo autor, em estudo ao contrato administrativo,³⁶⁴ considerando a complexidade do fenômeno contratual no âmbito da Administração hodierna, analisou os contratos em agrupamento por módulos, em decorrência de características comuns, e os confrontou com o tratamento legal da matéria. Percebeu como referência mais genérica o contrato com categoria geral do Direito e que todas as demais gradações possuíam a incidência de normas públicas, até que a ausência destas resultou em um regime privado, com a ausência de prerrogativas. Em conclusão, compreendeu por afastar a admissão da dicotomia contratual público privado para a Administração Pública, sendo o contrato especificamente administrativo para ela.

Outro a destacar a inexistência de contratos privados para a Administração, não sendo as ditas cláusulas exorbitantes critério de diferenciação, é Roberto Bazzili, que informa:

a nosso entender, este posicionamento dogmático não resiste aos fatos. Com o Decreto-lei 2.300 e, agora, com a Lei 8.666, consolidou-se em termos de direito positivo a publicização dos contratos nele referidos.

Os chamados contratos de direito privado, quando a Administração deles figura, são mais ou menos intensamente derogados por normas e preceitos de direito público, verdadeiras cláusulas exorbitantes do direito comum, ficando somente parcialmente e às vezes subsidiariamente regidos pelo direito privado. Daí se poder dizer que, na verdade, os contratos nos quais a Administração participa são sempre afetados pelo direito público.³⁶⁵

Em arremate, é elucidativa a conclusão de Ciro Norberto Güechá Medina acerca da inexistência de cláusulas exorbitantes, quando analisa o sistema contratual público colombiano, este (assim como no Brasil) baseado no modelo francês. Diz o autor:

[...] o que são comumente chamadas cláusulas excepcionais são na realidade verdadeiras prerrogativas extracontratuais da Administração que nascem da lei e que são prévias ao contrato estatal ou administrativo; e que permitem afirmar que no nosso sistema [colombiano], não existem cláusulas excepcionais ou exorbitantes, mas poderes ou prerrogativas da Administração dentro da atividade contratual, que determinam uma situação de privilégio frente ao administrado parte do contrato, a qual se justifica pelos fins de interesse geral que se persegue com a contratação

³⁶⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

³⁶⁵ BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 21.

estatal; argumentação que se pode reafirmar quando o Conselho de Estado se refere a poderes excepcionais da Administração previstos na ordem jurídica.³⁶⁶

É nessa linha que se entende, neste estudo, que a posição mais adequada é a de submissão de todos os contratos em que a Administração Pública é parte às prerrogativas que a Lei prescreve, atualmente conhecidas como cláusulas exorbitantes, pois existiria a finalidade pública, explanada por João Batista Gomes Moreira,³⁶⁷ em todos os contratos da Administração. No entanto, a aplicação seria verificada caso a caso quando se tratar de espécie contratual tipicamente criada para regular relações privadas, com disciplina específica. A expressão “no que couber” existente no §3º do art. 62 da Lei nº 8.666/1993 tem o condão de evitar tautologias ou a existência de cláusulas que não guardem qualquer pertinência. Logo, a presença das ditas cláusulas exorbitantes não pode ser critério para diferenciar os contratos firmados pela Administração, pois esta sempre atuará de modo a cumprir o interesse público e, por conseguinte, utilizar-se-á de prerrogativas inerentes ao seu exercício. Por essa razão, seguindo sugestão de João Batista Gomes Moreira,³⁶⁸ é preferível tratar os contratos firmados pela Administração, simplesmente, por contrato administrativo.

Por fim, cabe mencionar, quando a contratação for resultado de uma intervenção estatal no domínio econômico, em decorrência do preconizado no artigo 173 da Constituição vigente,³⁶⁹ a aplicação do regime de Direito Público não se verificará, pois, por imposição

³⁶⁶ GUECHA MEDINA, Ciro Norberto. Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. **Opin. jurid.**, Medellín, v. 5, n. 10, p. 33-47, July 2006. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302006000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 mar. 2018. p. 37. Original: “[...] lo que comúnmente se llaman cláusulas excepcionales son en realidad verdaderas prerrogativas extracontractuales de la administración, que nacen de la ley y que son previas al contrato estatal o administrativo; y que permiten afirmar que dentro de nuestro ordenamiento, no existen cláusulas excepcionales o exorbitantes, sino potestades o prerrogativas de la Administración dentro de la actividad contractual, que le determinan una situación de privilegio frente al administrado parte en el contrato, el cual se justifica por los fines de interés general que se persiguen con la contratación estatal; argumentación que se puede reafirmar cuando el Consejo de Estado, se refiere a potestades excepcionales de la Administración previstas en el ordenamiento jurídico. Las argumentaciones anteriores llevan a determinar que el criterio de cláusulas exorbitantes, no permite la identificación de los contratos que celebra la Administración como administrativos, para diferenciarlos de los de derecho privado, sino por el contrario, por ser administrativo el contrato, se permite la inclusión de potestades a favor de la Administración”

³⁶⁷ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 340.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 338.

³⁶⁹ CRFB/1988. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela

constitucional, haverá subordinação às regras de Direito Privado. Logo, limitando a aplicação do §3º do art. 62, a regra constitucional assegura a isonomia e a livre concorrência.³⁷⁰ Exemplo que comprova essa afirmação são as empresas estatais que atuam no domínio econômico, que, constitucionalmente, se submetem ao Direito Privado (art. 173, §1º, inc. II, da CRFB/1988), tendo como exceções a tal aplicação a própria Constituição (art. 37, inc. II, XVII e XXVII).³⁷¹ A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, reconhecida como a Lei das Estatais, disciplinou o tema para empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, prescrevendo que quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos (art. 8º, §2º, I). Ainda, o artigo 68 do mesmo diploma anota que os contratos tratados naquela Lei se regulam pelas suas cláusulas, por ela e pelos preceitos de Direito Privado.

3.3 A Inadequação da Expressão “Cláusula Exorbitante”

Como visto, a construção doutrinária do contrato firmado pela Administração é baseada, historicamente, na formulação de *cláusulas exorbitantes* (ou *derrogatórias*) integrantes dos contratos administrativos, diferenciando-os dos contratos privados. Todavia, visto, também, que não existem, nos contratos firmados pela Administração, cláusulas que exorbitam as praticadas nos contratos firmados entre particulares, é necessária uma revisão dessa nomenclatura.

Emenda Constitucional nº 19, de 1998) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

³⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 872.

³⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16.

O vocábulo *exorbitante* remete à ideia de ultrapassar a medida de algo justo e razoável, sendo sinônimo de algo excessivo, ao passo que o vocábulo derogatório remete à ideia de anulação de disposição.³⁷² Desse modo, cláusula exorbitante ou derogatória, por pertencerem ao regime administrativo, traduziriam as ideias de algo que ultrapassaria o Direito Privado ou substituiria suas disposições quando presentes nos contratos.

Porém, apresentando crítica à denominação dessas cláusulas, aponta José Cretella Júnior:

dizer que cláusula exorbitante é a que não pode figurar no contrato de direito civil, sem desnaturá-lo, é o mesmo que afirmar: “cláusula exorbitante” é a que não é cláusula privada. Assim também, esclarecer que cláusula derogatória é a que substitui a *cláusula privada* é o mesmo que dizer: cláusula derogatória é a que *fica em lugar* da cláusula civil. Tais afirmações nada acrescentam ao esclarecimento do tema, configurando estéril tautologia. Nem elucida também a afirmação que diz: cláusula exorbitante é a inabitual nos contratos privados, por “ilícita”, neste.³⁷³

Quando se denomina, segundo o mesmo autor, por exclusão, uma cláusula de *exorbitante* ou *derrogatória*, a partir de um referencial tipicamente civil, estar-se-á atribuindo “ao Direito Civil a posição de matriz do Direito Administrativo”,³⁷⁴ prescindindo a categoria jurídica comum aos dois ramos, o contrato. Estar-se-ia negando, conseqüentemente, o contrato público por não se encontrar traços distintivos do Direito Privado. Todavia, essa não é a conclusão mais adequada, pois as matrizes do Direito Administrativo devem ser formuladas a partir da categoria jurídica, não do irmão também derivado da mesma categoria, em que pese o Direito Civil ser o referencial para a construção de institutos do Direito Administrativo.³⁷⁵

Essa prática de observar os institutos administrativos a partir do Direito Civil é que levou à definição daqueles institutos como algo *exorbitante* ou *derrogatório* do Direito civilista. No entanto, com base em José Cretella Júnior, pode-se afirmar que, em verdade, “não ocorre nem ‘derrogação’, nem ‘exorbitância’, mas apenas diferenças específicas,

³⁷² MICHAELIS. **Moderno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Melhoramentos, 2015 Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

³⁷³ CRETILLA JÚNIOR, José. As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 161, p. 7-28, fev. 1985. ISSN 2238-5177. p. 09. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44753/43450>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 09.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 11 e 14.

sabidamente existentes nas espécies, ao serem confrontadas com os respectivos gêneros de que descendem”.³⁷⁶

É seguindo esse raciocínio que Diogo de Figueiredo Moreira Neto deixou de consignar em seus escritos a expressão *cláusula exorbitante*, pois esta “implicitamente evoca o caráter revocatório do Direito Privado e, destarte, a ultrapassada teoria que lhe atribui substantividade principiológica, preferindo-se utilizar expressões que se limitam a acentuar o seu assento legal ou mesmo contratual”.³⁷⁷

Desse modo, a expressão *cláusula exorbitante* não reproduz o desiderato das normas estabelecidas em favor do interesse público nos contratos firmados pela Administração, existindo outras denominações mais adequadas, a exemplo de *cláusula de privilégio* e *cláusula de prerrogativa*.³⁷⁸ Sobre essa nova designação, José Cretella Júnior afirmar ser a *cláusula de privilégio* obrigatória nos contratos administrativos, para a concretização do interesse público, revelando “o traço onímoto, onisciente, onipresente, onipotente do Estado”.³⁷⁹

É errado, logo, definir um instituto do Direito Administrativo, autônomo, a partir do Direito Civil, quando deve a diferenciação partir da categoria jurídica de matriz geral. Assim, definir contrato administrativo por conter regras em exorbitância ao Direito Civil é um erro. Do contrário, se introduzíssemos as ditas cláusulas exorbitantes em um contrato tipicamente civil ele transformar-se-ia em administrativo, o que de fato não ocorre. Por fim, é preciso frisar, a cláusula de prerrogativa, estabelecida em favor do interesse público, decorre da Lei e da natureza e finalidade da Administração Pública.

³⁷⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 161, p. 7-28, fev. 1985. ISSN 2238-5177. p. 15. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44753/43450>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

³⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. p. 545-563. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 562.

³⁷⁸ CRETELLA JÚNIOR, Ob. Cit., p. 18.

³⁷⁹ Ibid., p. 28.

4 CLÁUSULA DE PRERROGATIVA E SUA COMPATIBILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Verificada a real natureza das prerrogativas da Administração em seus contratos, sabendo-se que o seu fundamento de validade encontra base no princípio da supremacia do interesse público, com o intuito de concretizar finalidades públicas, cabe, agora, fazer outro conjunto de ponderações, também em razão da revisão de paradigmas pela qual passa o Direito Administrativo, em decorrência da implantação do Estado Democrático de Direito. Estão sob ataque as prerrogativas administrativas, como se depreende das palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] esta questão das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos é apenas um aspecto em detalhe, embora relevante por sua crescente importância na vida econômica, que se vem inserindo, entre tantos outros, no amplíssimo contexto da renovação de valores e de instituições, que está apenas no seu início, na tarefa de construção efetiva do Estado Democrático de Direito.³⁸⁰

Tenta-se demonstrar, naquela doutrina, que a instabilização contratual gerada por prerrogativas dadas à Administração não se compatibiliza com o ideal do Estado Democrático de Direito, pois este é pautado pela supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais e pelo princípio da segurança jurídica.

Então, busca-se rotular o Direito Administrativo como ultrapassado e autoritário, na tentativa de trocar o foco do Estado em realizar o interesse público para preconizar o indivíduo e seus direitos fundamentais.

Desse modo, foram lançadas críticas desmedidas que afirmavam servir as prerrogativas da Administração a fins irregulares e imorais, em decorrência de uma percepção de poucas limitações e condicionantes legais. Ainda, sustentou-se, de modo equivocado, uma ausência de legalidade e confiabilidade na atuação administrativa.³⁸¹

É a partir dessas críticas que se fará a desmistificação do autoritarismo das prerrogativas, explicando sua compatibilidade com os ideais do Estado Democrático de Direito e o seu modo de aplicação.

³⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. p. 545-563. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 545.

³⁸¹ ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos de. Da incompatibilidade entre as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo e os paradigmas do Estado Democrático de Direito. O princípio do Estado Democrático de Direito e o princípio da tutela da confiança. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 15184862, Teresina, ano 15, n. 2441, 8 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14466>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

4.1 A Higidez do Fundamento das Prerrogativas da Administração: o princípio da supremacia do interesse público e a aplicação da proporcionalidade

4.1.1 Origem do princípio e sua aproximação à ideia de bem comum

Embora pareça ter sido criado no âmbito do Direito Administrativo, o princípio da supremacia do interesse público tem origem na antiguidade greco-romana, antecedendo o surgimento desse ramo do Direito e traduzindo uma ideia de bem comum.³⁸²

Essa ideia, na Idade Média, inspirada por Santo Tomás de Aquino, se desenvolveu no sentido de representar “tudo aquilo que o homem deseja, seja de que natureza for: bem material, moral, espiritual, intelectual”. No entanto, ressalva Di Pietro, sendo o homem um ser social, ele não procura apenas o seu próprio bem, mas também o do grupo no qual está inserido, estabelecendo uma “solidariedade social”.³⁸³

Entre o final do Século XVII e o fim do Século XVIII, teses contratualistas e liberais alteravam a concepção de “bem comum”, pautando a base da sociedade política em necessidades e aspirações individuais. Desse modo, a união dos homens em sociedade deixa de ser fruto da ideia de solidariedade social, passando a ser reflexo do ideal de segurança da liberdade natural do homem, visão utilitarista pela qual os homens só se unem por ser vantajoso. Nasce, então, a noção de interesse geral (utilitarista) em substituição à ideia de bem comum (esse dotado de moral).³⁸⁴

A emersão das teses individualistas, associada à Revolução Industrial, acabou por provocar um quadro de desigualdade social, cujo combate se iniciou no fim do Século XIX, com a impulsão da doutrina social da Igreja, atribuindo, ao Estado, a proteção dos direitos da pessoa humana, resgatando a identificação de interesse público com a ideia de bem comum.³⁸⁵

Por certo, o Direito Administrativo não é estático e comporta transformações no tempo, acompanhando o Estado e sua nova feição. Assim, com a atuação do Estado em diversos setores, no intuito de reduzir a desigualdade social gerada no período liberal, o ideal de interesse público, inicialmente adequado ao Estado liberal (de cunho utilitarista), transformou-se e se desenvolveu no Estado Social de Direito. Por meio de uma humanização

³⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 86.

³⁸³ Ibid., p. 87.

³⁸⁴ Ibid., p. 87-90.

³⁸⁵ Ibid., p. 90-91.

e impregnação de valores ideológicos, a noção de interesse público passou a se confundir com a ideia de bem comum, que, para Andreas Krell,

[...] longe de ser fórmula vazia ou lugar-comum retórico, o bem comum esboça uma unidade de interesses, que (ainda) não existe, mas deve ser perseguida, tornando-se “princípio regulador” e parâmetro para orientar a correta atuação estatal em relação a determinado fim.³⁸⁶

Nesse momento, os indivíduos passaram a exigir, do Estado, a prestação de serviços públicos. Para tanto, o Poder Público limitou o exercício de direitos individuais em benefício da coletividade e derogou postulados básicos do individualismo jurídico, como, por exemplo: igualdade nas relações; caráter absoluto da propriedade privada; e limitação à autonomia da vontade.³⁸⁷

Tais ações decorrem do desenvolvimento de duas ideias do Direito Administrativo: “proteção aos direitos individuais diante do Estado”; e necessidade de satisfação de interesses públicos. Daí o que Di Pietro chama de “bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas”.³⁸⁸

Perde, então, o interesse público, o caráter utilitarista e reveste-se de aspectos valorativos fundados na noção de dignidade da pessoa humana, sendo esta a concepção presente na Constituição da República do Brasil de 1988, pautada no princípio do Estado Social de Direito.

4.1.2 O paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado

Conhecida a forma de caracterização do interesse público, passa-se a investigar com maior clareza o princípio da supremacia do interesse público, cuja importância é retratada, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, da seguinte maneira:

trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

³⁸⁶ KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos, 2ª ed. rev. atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 126.

³⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 92-94.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 93.

É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.³⁸⁹

Segundo o mesmo autor³⁹⁰, traduzem-se, da ideia apresentada, três consequências básicas para a relação entre interesse público e privado. A primeira consequência é o reconhecimento de uma posição privilegiada do Estado, que contará com benefícios (privilégios) na defesa do interesse público em contraposição a particulares, tais como prazos processuais mais dilatados, presunção de veracidade e legitimidade dos atos.

Uma segunda consequência, muito próxima da primeira, é o reconhecimento de uma posição de supremacia do Estado na relação com particulares, identificada como vertical por estar o Poder Público dotado de autoridade para a gestão do interesse público, o que possibilita a constituição ou alteração de obrigações por ato unilateral.

Por fim, a terceira consequência do princípio em estudo, atrelada às outras duas anteriores, é a existência de restrições no desempenho da atividade pública. Revela-se, aqui, um comprometimento do Direito Administrativo com o interesse coletivo, na medida em que opõe barreiras ao executor da atividade administrativa, que deverá agir de modo a não comprometer o cidadão, sendo exemplos dessa terceira característica a obrigação de licitar para a escolha do contratado, a previsão de modicidade das tarifas dos serviços públicos e o dever de continuidade da atividade.

Tal princípio, apesar de não estar exposto em dispositivo específico da Constituição, possui diversas manifestações, ao longo do texto, fundadas na supremacia do interesse público, a exemplo dos institutos da desapropriação (art. 5º, XXIV), da requisição administrativa (art. 5º, XXV), da função social da propriedade (art. 170, III), da defesa do consumidor (art. 170, V), defesa do meio ambiente (art. 170, VI), função social da cidade e bem-estar de seus habitantes (art. 182), meio ambiente equilibrado (art. 225).

³⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 70. Cabe anotar a crítica realizada à Bandeira de Mello por Carlos Ari Sunfeld que informar “ser no mínimo imprudente a visão de Bandeira de Mello de que “a supremacia do interesse público sobre o particular” é “verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público”, e que isso “significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto”, pois, por apresentarem os conceitos jurídicos nas áreas dogmáticas (a exemplo do direito administrativo) função prescritiva, quando utilizado o conceito de direito administrativo pautado em uma relação de autoridade é comum a sua aplicação por meio de soluções autoritárias como a presunção de supremacia dos poderes do Estado sobre os particulares. Para Sunfeld, o direito administrativo nem sempre envolve relação de autoridade (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para cééticos**, 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 134-135). Todavia, é importante ressaltar que Bandeira de Mello não defende o uso, pela Administração, de privilégios de modo indiscriminado, sendo tais poderes instrumentais para a satisfação do interesse público.

³⁹⁰ MELLO, Celso, Op. Cit., p. 70-75.

No entanto, em que pese toda sua base teórica e reconhecimento legal, críticas³⁹¹ têm sido direcionadas ao princípio e estremecido o regime jurídico-administrativo, tendo sido tal fato iniciado por Humberto Ávila, em artigo publicado no ano de 1998.³⁹²

Posteriormente, no ano de 2005, o mesmo artigo de Ávila veio a ser republicado em coletânea organizada por Daniel Sarmento³⁹³, na qual a pretensão dos colaboradores era desconstruir o princípio em comento.

Trata-se, em verdade, de um dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade à Constituição vigente. A sua qualificação como axioma bem o evidencia. Esse nominado princípio não encontra fundamento de validade na Constituição brasileira. Disso resulta uma importante consequência, e de grande interesse prático: aplicação do Direito na área do Direito Administrativo brasileiro não pode ser feita sobre o influxo de um princípio de prevalência (como norma ou como postulado) em favor do interesse público.³⁹⁴

Mais recentemente, Gustavo Binbenojm, em sua obra, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*³⁹⁵, cuja primeira edição foi lançada no ano de 2006, escreveu sobre o que ele denominou de “crise dos paradigmas do Direito Administrativo”, oportunidade na qual questionou a origem do Direito Administrativo, comparando-a, ironicamente, à ocorrência de um “milagre”, por decorrer, em verdade, não da vontade geral expressada pelo Poder Legislativo, mas de “decisão autovinculativa do próprio Executivo”. O mesmo autor, acerca do paradigma da supremacia do interesse público, aduz que o princípio reproduz práticas antigas fora da esfera de controle dos cidadãos e que não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, resultando numa inconsistência jurídica.

Ainda, afirma, Binbenojm, que a superação dessa crise ocorre pela constitucionalização do Direito Administrativo, passando o fio condutor de sua análise,

³⁹¹ Estas críticas são reconhecidas por parte da doutrina como decorrentes de uma visão neoliberal dos influxos da constitucionalização do Direito sobre a disciplina do Direito Administrativo. Cita-se como exemplo deste pensamento Maria Sylvia Zanella (O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 88) e Irene Patrícia Nohara (Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 141)

³⁹² ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 24, p. 159-180, São Paulo: Malheiros, 1998.

³⁹³ SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁹⁴ ÁVILA, Op. Cit., 2010. p. 204.

³⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

especialmente, pela contemplação do sistema de direitos fundamentais e o posicionamento central do princípio da dignidade da pessoa humana.³⁹⁶ Por esse novo viés analítico, a Constituição passaria a ser o cerne da juridicidade administrativa e a definição de interesse público seria conhecida a partir de um juízo de ponderação, sem uma prevalência prévia.

Outra crítica ao princípio da supremacia do interesse público é apresentada por Carlos Ari Sundfeld, baseando-se numa concepção autoritária do Direito Administrativo que pressupõe uma supremacia prévia de um interesse. Diz, o autor, que a explicação dada pelos seus defensores “não é muito sincera”, pois, adotado na forma defendida - prevalência apenas nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico - o “tal princípio seria um sinônimo inútil de 'legalidade', e esses autores o teriam abandonado sem qualquer receio, dando por suficiente a legalidade”.³⁹⁷

Iniciado o debate, as respostas às críticas ao princípio da supremacia do interesse público foram produzidas por diversos doutrinadores pátrios.

Questionando a postura da doutrina desconstrutiva do princípio da supremacia, Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo*, proferiu duras palavras ao posicionamento dessa corrente sobre a prevalência do interesse individual quando posto em jogo.

Só mesmo em uma visão muito pedestre ou desassistida do mínimo de bom senso é que se poderia imaginar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não está a reger nos casos em que sua realização traz consigo a proteção de bens e interesses individuais e que, em tais hipóteses, o que ocorre... é a supremacia inversa, isto é, do interesse privado!

Tal suposição corresponderia a não entender nem mesmo o que há de mais rudimentar na noção de interesse público e de sua supremacia sobre o interesse privado. Estas acagianas observações, bem por isto, poderiam parecer rigorosamente despiciendas, mas, estão a ser feitas por ter havido ultimamente alguns comentários nos quais é evidente a incursão no grave equívoco mencionado. Quer-se com isto, então, prevenir a hipótese de que algum incauto, distraidamente, possa vir a lhes dar

³⁹⁶ Sobre o tema da Constitucionalização do Direito, ainda, é importante o alerta de Luís Roberto Barroso sobre as consequências negativas de uma constitucionalização excessiva. Afirma Barroso que “princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas” Ainda segundo o autor, “a constitucionalização não é produzida segundo uma fórmula matemática, mas sim no ambiente complexo das relações institucionais [...] que se estabelecem entre um conjunto abrangente de atores, subordinados as lógicas de atuação que são, em muitos casos, inteiramente diversas. Nesse contexto, não deve passar despercebido o fato de que a constitucionalização exacerbada, sobretudo pela via interpretativa do ativismo judicial, pode trazer consequências negativas”. E continua: “Como a Constituição brasileira já padece do excesso de constitucionalização, na primeira acepção, não se deve alargar além do limite razoável a constitucionalização por via interpretativa, sob pena de se embarçar, pelo excesso de rigidez, o governo da maioria, componente importante do Estado democrático” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 436-439).

³⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*, 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 140-141.

alguma atenção, ou mesmo que um estudante, ainda principiando o conhecimento do Direito, possa tomar a sério assertivas deste jaez.³⁹⁸

Também em defesa do princípio, em ensaio publicado em coletânea sobre a supremacia do interesse público e outros temas relevantes, Maria Sylvia Zanella de Pietro³⁹⁹ afirma que as críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular nascem de uma vertente econômica do Direito Administrativo. No entendimento da autora, essa vertente prega princípios do liberalismo econômico, com a real proteção de uma única classe social, despreocupada com o interesse público (ou o bem comum).

Para Di Pietro, essas críticas partem de premissas falsas, como a ideia de prevalência obrigatória do interesse público em qualquer situação sobre o particular. Tal posição, que jamais teve aplicação, segundo a autora, decorre de técnica para combater o princípio: “exagera-se o seu sentido, para depois combatê-lo”, como ocorre na generalização dos atributos da imperatividade e da autoexecutoriedade a todos os atos administrativos, que, em verdade, não se realiza.

Para a autora, “a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado” e, por essa razão, “negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado”.⁴⁰⁰

Daniel Wunder Hachem⁴⁰¹ – reconhecido por Celso Antônio Bandeira de Mello como o autor a apresentar o “mais amplo e aprofundado estudo sobre o histórico e o alcance”⁴⁰² do princípio – ao sistematizar e responder às críticas doutrinárias ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, destacou que, “de todas as críticas [...] a que encontrou maior acolhida e repercussão na doutrina brasileira foi a afirmação da sua suposta incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade”.⁴⁰³

Confirmando essa afirmativa, vejamos as palavras de Humberto Ávila:

³⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 69-70.

³⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 94.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 97.

⁴⁰¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁴⁰² MELLO, Celso, *Ob. Cit.*, p. 70.

⁴⁰³ Confirmando a afirmação de Hachem, Daniel Sarmento pontua que “talvez a mais séria objeção dogmática ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular seja a de que ele não é compatível com o princípio da proporcionalidade” (SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 99.

outro argumento a excluir um fundamento de validade a esse princípio de supremacia é a parcial incompatibilidade com postulados normativos extraídos de normas constitucionais, sobretudo com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática hoje aceitos pela doutrina e jurisprudência brasileiras.⁴⁰⁴

Nesse mesmo sentido, Binjenbojm escreveu:

fato é que o “princípio” em questão [supremacia do interesse público], ao rejeitar as especificidades de cada caso, impondo uma única e invariável relação de prevalência do interesse público, termina por distanciar-se do princípio da proporcionalidade, mormente no que tange às suas acepções – adequação (o meio escolhido deve ser apto a atingir o fim a que se destina) necessidade (dentre os meios hábeis, a opção deve incidir sobre o menos gravoso em relação aos bens desenvolvidos) e proporcionalidade em sentido estrito (a escolha deve trazer maiores benefícios do que a restrição proporcionada).⁴⁰⁵

Desse modo, afirmam, esses autores, não haver como conciliar um princípio que preestabelece a vitória do interesse público, por possuir um viés totalitário. Além disso, aduziram inexistir dever absoluto decorrente de princípios e que a solução para o conflito entre um interesse privado e um interesse público sempre seria resolvido pela ponderação.

Logo, para os desconstrutivistas, o princípio da supremacia do interesse público seria incompatível com o princípio da proporcionalidade, conclusão a qual não é a adotada nesta pesquisa.

4.1.3 Interesse público prevalecente, proporcionalidade e a supremacia do interesse público

Esclarecida a noção de interesse público e apresentada a discussão acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, faz-se necessário, agora, apresentar sua forma de manifestação na determinação do interesse prevalecente.

A lição de Luís Roberto Barroso é cristalina ao indicar que, em um Estado Democrático de Direito, conformado nas ideias de centralidade da Constituição e sua supremacia, o interesse público primário consuma-se, muitas vezes, com a simples satisfação de determinados interesses privados, mesmo quando em relação a um único cidadão, se tais direitos forem abraçados pelo manto da fundamentalidade. Por outro lado, é possível afirmar

⁴⁰⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In.: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 193.

⁴⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 100.

que o interesse secundário do Estado “jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular”, cabendo ao intérprete resolver o choque por meio da ponderação (ou proporcionalidade).⁴⁰⁶

Ainda, fazendo uma ponte com a doutrina tradicional, sustenta, Barroso, que o interesse público primário, num sistema constitucional e democrático, há de desfrutar de supremacia, por não ser passível de ponderação.

Por outra via, considerando a sistematização de Hachem sobre os tipos de interesses, as colisões podem ser entre: (i) interesse juridicamente protegido (interesse público em sentido amplo) e outro interesse não tutelado pelo sistema jurídico, ou seja, privado (interesses puros e simples ou ilícitos); ou entre (ii) dois interesses tutelados no sistema jurídico, sendo um interesse relacionado à coletividade em si considerada (interesse geral) e, do outro lado, um interesse individual ou de grupos determinados (interesses específicos).

Segundo Hachem, considerada a noção de princípio como mandamento nuclear de um sistema, seguindo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴⁰⁷ a supremacia do interesse público deve ser caracterizada como norma principiológica, sob o prisma do grau de fundamentalidade da norma (nos termos de Karl Larenz⁴⁰⁸). Assim, pode-se dizer que a supremacia do interesse público assume o caráter de princípio absoluto por representar condição de existência da própria sociedade. Todavia, partindo-se da definição de princípio como mandamento de otimização, segundo as lições de Alexy,⁴⁰⁹ a supremacia do interesse público deve ser caracterizada como regra. Nesse caso, prevalecerão os interesses estabelecidos pelo ordenamento jurídico sobre os não amparados.⁴¹⁰

O fato de existir norma jurídica com direitos e deveres cogentes não retrataria um absurdo. Vejamos as palavras de Hachem sobre a questão:

logo, aceitar a existência de normas jurídicas que traduzem direitos e deveres definitivos, não sujeitos à ponderação, não retrata um absurdo jurídico, como parecem insinuar aqueles autores que rejeitam o princípio da supremacia do interesse público. A própria corrente teórica acolhida por muitos deles (notadamente aquela delineada por Alexy) admite que determinadas normas - as regras - imponham razões definitivas para decidir. O que se passa é que, enquanto eles

⁴⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In.: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. xiv-xvi.

⁴⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 54.

⁴⁰⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

⁴¹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 197.

utilizam esse critério - forma de incidência da norma - para distinguir os princípios das regras, outros, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, baseiam-se no critério do grau de fundamentalidade do comando normativo para traçar essa diferenciação.⁴¹¹

Complementa,

[...] a dificuldade de parcela da doutrina em aceitar a sua aplicação de modo absoluto, não sujeito à ponderação, repousa sobre um aspecto de crucial importância: o mandamento em questão possui duas dimensões distintas, incidindo de forma ora absoluta, ora relativa, conforme o tipo de colisão de interesses que estiver em jogo.⁴¹²

Desse modo, consoante a ideia de princípio como mandamento de otimização, consoante delineado por Alexy, Hachem propõe o reconhecimento de um duplo caráter normativo à supremacia do interesse público: norma-princípio e norma-regra.⁴¹³

Sendo norma-regra todo interesse público em sentido amplo, juridicamente tutelado, deve prevalecer sobre qualquer interesse privado. Como princípio jurídico, o interesse público em sentido estrito (interesse geral), *prima facie*, deve prevalecer sobre interesses específicos (individuais ou coletivos), podendo ser afastada essa precedência de acordo com o caso concreto, por meio da ponderação.

[...] num primeiro momento, a norma-regra da supremacia do interesse público em sentido amplo sobre o interesse privado estabelece que a Administração Pública não deve levar em conta, no processo de ponderação: (i) o interesse puro e simples do indivíduo (não proibido, nem tutelado), quando esse colidir com um interesse juridicamente protegido (direito subjetivo ou interesse legítimo); (ii) os interesses ilícitos. Num segundo momento, se houver colisão entre dois interesses juridicamente tutelados, aí sim a Administração deverá ponderar os interesses em jogo, aplicando a norma-princípio da supremacia do interesse público em sentido estrito sobre os interesses específicos, que determina a prevalência *prima facie* do interesse geral (da coletividade) sobre os interesses individuais ou coletivos (também protegidos normativamente).⁴¹⁴

Assim, o exercício de ponderação na tomada de decisões, no âmbito da Administração Pública, por certo, deve ocorrer, mas não em toda e qualquer situação, pois há interesses que não a admitem, a exemplo dos que não possuem proteção jurídica, os

⁴¹¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 251.

⁴¹² *Ibid.*, p. 251.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 252.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 255.

manifestamente insignificantes, os ilícitos e os interesses do julgador administrativo, como já bem acentuou Patrícia Baptista.⁴¹⁵

Portanto, não se pode situar o interesse público em sentido amplo no mesmo patamar do interesse individual puro e simples. Do contrário, como bem assinalou Emerson Gabardo⁴¹⁶, seria o mesmo que admitir que o Estado devesse seguir tanto o princípio da legalidade, quanto o da autonomia; tanto a publicidade, quanto o sigilo; ou tanto a impessoalidade, quanto a pessoalidade.

Note-se que o ponto chave está na concepção de interesse público adotada, especialmente na ótica dos interesses individuais e coletivos. Estes, quando componentes do interesse privado, serão sucumbidos pelo interesse público de modo absoluto. Quando tutelados pelo ordenamento, seja na forma de direitos subjetivos ou interesses legítimos, a prevalência do interesse geral dependerá do caso concreto.⁴¹⁷

É bom que se diga, a dimensão principiológica da supremacia do interesse público admite, por meio da ponderação, até mesmo seu afastamento em situação concreta, pois, em determinados casos, mais intensa será a preservação do interesse público na medida em que forem concretizados os valores constitucionais.⁴¹⁸

Assim, considerando que há situações fáticas e jurídicas que exigem a inversão da relação de supremacia, o princípio da proporcionalidade é peça essencial para definir o interesse que prevalecerá no caso concreto, por meio do processo ponderativo.⁴¹⁹ Dessa forma, o princípio da proporcionalidade é plenamente compatível com o princípio da supremacia do interesse público, comportando-se o primeiro como importante ferramenta de operacionalização do último, permitindo definir o interesse público que prevalecerá no caso concreto.

Diante do exposto, a revisão do princípio da supremacia do interesse público produz um resultado que se aplica aos contratos da Administração. Assim, não sendo raras as situações de conflitos entre direitos fundamentais e, até mesmo, entre estes e o interesse público, supostamente a solução deverá ser encontrada pela proporcionalidade.

⁴¹⁵ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 210.

⁴¹⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade: O Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 295-296.

⁴¹⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 202.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 259.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 267.

Vale ressaltar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não põe em xeque os direitos fundamentais do homem, mas, sim, os protege,⁴²⁰ sendo esta a visão que deve prevalecer nos contratos administrativos.

Por fim, cabe lembrar, a doutrina-crítica do princípio da supremacia do interesse público prega, outrossim, sua substituição total pelo princípio da proporcionalidade como forma de solucionar supostos problemas decorrentes do primeiro. Como verificado, tal proposição não se sustenta, haja vista, ainda, que as mesmas arguições realizadas à supremacia do interesse público poderiam ser realizadas ao princípio da proporcionalidade.

A esse respeito, note-se que o princípio da proporcionalidade, assim como o da supremacia, não está previsto em dispositivo específico no texto constitucional. Além disso, da mesma forma que a supremacia do interesse público na sua dimensão de regra (não passível de ponderação), a proporcionalidade também não admite ponderação, pois seria no mínimo teratológico o administrador público ponderar sobre uma decisão proporcional e outra desproporcional. Por fim, não sendo possível definir de modo objetivo o que vem a ser algo “proporcional”, poder-se-ia afirmar que o conteúdo do princípio da proporcionalidade é fluido, vago e impreciso, características já imputadas à supremacia do interesse público.⁴²¹

Dessa forma, não há antagonismo entre esses princípios, mas uma relação de complementariedade que permite afirmar a higidez da supremacia do interesse público como fundamento das prerrogativas da Administração nas suas relações com seus administrados, em especial nos contratos administrativos, na tentativa de promover o interesse público e os direitos fundamentais.

4.2 Premissas Acerca da Análise das Cláusulas de Prerrogativa: Para Uma Melhor Compreensão da Questão

Conforme já demonstrado, existem normas gerais que reconhecem a existência de prerrogativas, em benefício do interesse público, das quais a Administração Pública se vale no exercício de suas funções e, por conseguinte, em seus contratos. Encontra-se, assim, o grande problema dessas prerrogativas, não na ausência de norma, mas em sua aplicação.

É o regime contratual administrativo criado pela necessidade de cumprimento do interesse público, sendo as prerrogativas consequências deste. Assim, como já explicado em

⁴²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

⁴²¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 269-270.

passagem anterior, não é a existência de prerrogativa que qualifica o contrato administrativo, mas a participação da Administração. Nas palavras de Franco Sobrinho, “tais cláusulas jamais podem determinar a natureza jurídica dos contratos realizados pela Administração”.⁴²² Essas cláusulas constituem-se no conteúdo do próprio contrato, que deverá ser cumprido na extensão de suas obrigações, sendo o interesse público, por meio da ponderação, a baliza de aplicação das prerrogativas.

Por certo, a Administração Pública, em nome do interesse público, pode, ou melhor, “deve exigir a mais do exigível nas relações privadas”, como asseverou Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.⁴²³

No entanto, mesmo esse poder de exigir estando fundado no princípio da supremacia do interesse público, deve obedecer a outros princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito para a correta compreensão do que é, no caso concreto, interesse público, evitando-se agir com arbitrariedade. Note-se que a simples utilização dessas prerrogativas não constitui uma atuação arbitrária.

Questionando a aptidão dessas prerrogativas para garantir o atendimento ao interesse público, Fernando Dias Menezes de Almeida reafirma sua posição contrária à distinção dos contratos da Administração em privados e públicos da Administração e identifica o regime de prerrogativas como instrumento:

- a) de estímulo à ineficiência da Administração, muitas vezes acomodada, v.g., na facilidade de poder alterar ou rescindir unilateralmente os contratos — o que pode induzir a celebração de contratos insuficientemente planejados, com objetos mal dimensionados, em suma, com elementos que dificultam sua boa execução;
- b) de geração de contratos mais onerosos para a Administração, pois evidentemente nos preços das contratações estatais está incluído o custo adicional decorrente da incerteza gerada pelas cláusulas exorbitantes;
- c) de legitimação das práticas autoritárias dos governantes, incompatíveis com o Estado de Direito; tais práticas podem se caracterizar tanto pelo uso das medidas unilaterais — de índole autoritária, ainda que fundamentadas na lei —, ou, pior ainda, na coação moral decorrente da ameaça do uso de tais medidas; e mesmo
- d) de facilitação de desvios em relação à probidade administrativa, no curso da execução dos contratos, posto que ao administrador resta aberta a possibilidade de, por exemplo, alterar ou não certas cláusulas contratuais; nesse caso, o agente ímprobo tanto pode receber vantagens indevidas para não o fazer, como para fazê-lo, atendendo exclusivamente ao interesse do particular contratado, em detrimento do interesse público.⁴²⁴

⁴²² FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 153.

⁴²³ *Ibid.*, p.152.

⁴²⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. p. 325-336 In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 332.

Em que pese as críticas apontadas – e que serão rebatidas adiante, o autor reconhece o acolhimento dessas prerrogativas no sistema jurídico brasileiro. Desse modo, afirma ser preciso “interpretá-las de modo coerente com o contexto constitucional de um Estado que se pretende democrático e de Direito”.⁴²⁵

É a partir dessa constatação que Thiago Marrara⁴²⁶ informa a necessidade de novas propostas sobre o tema serem cautelosas, com investigações complexas, considerando o objeto de análise e as situações jurídicas e fáticas que o circundam. Nessa linha, o autor propõe novas premissas sobre a discussão a respeito do futuro das cláusulas exorbitantes.

Partindo-se de uma distinção entre o plano dos fatos e o plano das normas, Marrara afirma que as discussões acerca do Direito Administrativo contemporâneo têm-se baseado em visões que confundem Direito e realidade. Seria exemplo dessa percepção o princípio da supremacia do interesse público, cujo mau emprego, em razão do despreparo dos agentes públicos, não enseja a existência de um problema intrínseco. Dessa forma, há um erro no entendimento de que falhas da gestão pública somente sejam resolvidas com novos institutos ou normas. A constatação vale para as cláusulas de prerrogativa, pois, segundo o autor:

é preciso maior aprofundamento teórico, inclusive mediante pesquisa empírica, para verificar se as pretensas desvantagens no uso dessas cláusulas existem na prática ou se elas são meras especulações e “achismos”. É verdadeira a afirmação de que as cláusulas aumentam os preços dos contratos celebrados pelo Estado? Em que medida elas efetivamente dissuadem a participação de concorrentes em certames licitatórios? Elas dão margem à corrupção? Meras especulações de gabinete não respondem satisfatoriamente a essas perguntas a ponto de se poder utilizá-las para propor novas normas ou leis. A ciência jurídica precisa ir a campo e sondar o impacto das cláusulas na eficiência do sistema de licitações e contratos.⁴²⁷

Noutra via, agora partindo da distinção entre Administração e Direito Administrativo, constata, Marrara, que o poder transformador do Direito possui limites operacionais, mais precisamente políticos, econômicos e morais, todos encontrados na prática da gestão pública, que interferem na solução de problemas. Assim, as vantagens e desvantagens das prerrogativas quando aplicadas aos contratos devem ser verificadas à luz da realidade encontrada na gestão pública brasileira, logo, problemas inicialmente imputados às

⁴²⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. p. 325-336 In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 332.

⁴²⁶ MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97114>>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁴²⁷ MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97114>>. Acesso em: 16 out. 2018.

prerrogativas podem continuar existindo com alterações legais, pois pode não existir relação de causa e efeito. Assim, é perigoso afirmar que os problemas da gestão pública estão simplesmente nas leis.

Por fim, numa terceira premissa, a discussão deve basear-se em uma análise dos poderes voltada ao sistema contratual vigente, necessitando de uma contextualização de seu funcionamento. Dessa forma, é possível constatar a existência de situações justificadoras para a aplicação dos poderes estatais, em cumprimento ao princípio fundamental da boa administração, a exemplo da hipótese de modificação unilateral para alteração quantitativa do contrato em decorrência de uma necessidade superveniente, não mensurada na época da contratação, e que, caso fosse preciso uma nova licitação, em face do modelo burocrático extremamente formal e rígido, ainda presente na prática administrativa, poderia resultar em grave dano ao interesse público. Logo, as cláusulas podem apresentar-se úteis.

É forçoso concluir, então, que, caso entenda, o legislador, ser preciso alterar o sistema de prerrogativas contratuais, é preciso se distanciar da questão para realizar uma análise macroscópica da situação, observando a realidade da Administração Pública e se despir de conceitos e ideias já previamente incutidas no ideário comum, fazendo-se uma investigação que considere, inclusive, os efeitos negativos das alterações. No entanto, acredita-se que as normas fundantes do sistema de prerrogativas não precisam ser extirpadas do ordenamento jurídico, nem mesmo radicalmente alteradas, haja vista, além de não haver comprovação científica acerca da relação exata entre os problemas apresentados pela doutrina crítica e o sistema de prerrogativas, o uso deste é discricionário, verificado no caso concreto, estando limitadas à medida de satisfação do interesse público.

4.3 As Cláusula de Prerrogativa e seus Pontos de Tensão no Estado Democrático de Direito

4.3.1 Autonomia privada e cláusula de prerrogativa

É cediço que o sistema jurídico, ao estabelecer o conteúdo das relações jurídicas, pode fazê-lo de modo exaustivo, não deixando margem à vontade; ou pode permitir que a vontade exerça, dentro de uma amplitude variável definida pelas normas jurídicas, certo poder de escolha na estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica. O que não é possível, por

certo, é a criação exclusivamente voluntária de efeitos sem admissão ou previsão pelo sistema.⁴²⁸

Nessa linha, reconhece-se, segundo Bernardes de Mello, existirem negócios jurídicos que, “em razão da cogência e da absoluta determinação das normas jurídicas, não permitem aos figurantes outra escolha senão optar pelas categorias predeterminadas nas normas jurídicas”.⁴²⁹ É com essa lição que podemos entender os contratos administrativos e as prerrogativas da Administração.

A limitação à livre manifestação da vontade, de fato, existe no contrato administrativo, ao possuir como finalidade a satisfação do bem comum, tornando seu conteúdo limitado. No entanto, cabe mencionar, esta limitação também é encontrada no Direito Privado.⁴³⁰

Dessarte, liberdade de escolha, no contrato administrativo, se caracteriza na possibilidade de aceitar ou não a oferta com suas regras estabelecidas para atendimento do interesse público, em decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que põe o Estado em posição diferenciada.

Isso, no entanto, não elimina a dupla manifestação de vontade existente na relação contratual do Estado com o terceiro particular. O primeiro, pautado em seus atos normativos legais e infralegais, princípios e, especialmente, na necessidade de atendimento ao interesse público, manifesta a sua oferta/necessidade de contratação; enquanto o segundo manifesta sua vontade de contratar segundo as condições da proposta apresentada.

O contrato cria, então, direitos e deveres correspectivos na medida de uma lei autorizativa, ou seja, nas palavras de Marçal Justen Filho, “a normatividade do contrato é, portanto, um reflexo de sua vinculação a uma norma legal autorizativa”.⁴³¹ Assim, completa Justen Filho, “o contrato vincula as partes, mas apenas dentro dos limites do poder jurídico atribuído pelo direito”.⁴³² Portanto, os contratos administrativos nunca retratariam exceção ao princípio da legalidade, sendo a Lei a única definidora da eficácia do fato jurídico.⁴³³

⁴²⁸ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 246-247.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 247.

⁴³⁰ Nesse sentido, Eduardo Sens dos Santos afirma, sobre a autonomia privada, existir na atualidade uma “nítida mitigação de suas forças”, com a “premente necessidade de padronização dos contratos”, tornando-se praticamente impossível discutir o seu conteúdo (A função social do contrato: elementos para uma conceituação. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, v. 4, n. 13, p. 99-111, jan./mar. 2003. p. 105).

⁴³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 302.

⁴³² *Ibid.*, p. 303.

⁴³³ É digna de nota a passagem escrita por Marçal Justen Filho (*Ibid.*, p. 302) onde se afirma “reservar-se à lei a condição de fonte única da obrigatoriedade de qualquer conduta”. Como dito linhas acima e reproduzido no

Compatibilizando a figura do contrato – fundado no consensualismo – com o interesse público, Soto Kloss afirma passar esta compatibilização pela limitação da autonomia privada por parte da legislação e do intervencionismo estatal que determina o que é contrato, seus efeitos e condições.⁴³⁴

Na mesma linha, Coviello sustenta que:

vale esclarecer que, se levar em conta o conteúdo da legalidade administrativa – o qual não implica só a norma jurídica positiva, mas também, e em primeiro lugar, os princípios gerais do Direito –, se concluirá que a sujeição àquela conduz a que o contrato administrativo [...] constitui a “lei” ou “norma” que devem observar os contratantes. E, se tiver em mente que a ordem jurídica não se integra apenas com o que está escrito, sem dúvidas deverá – caso necessário – remontar-se aos princípios e valores que conduzem a atuação estatal para o cumprimento de seus fins e a consecução do bem comum ou interesse público. De tal forma, o exercício do poder de modificação não vai surgir fora da ordem jurídica, mas dentro dela – trate-se ou não de uma norma positivamente prevista –. Tal poder não se pode negar. Nesta ordem de ideias, se a discricionariedade está dentro da ordem jurídica e da legalidade – de maneira que se concebe como discricionária o poder de modificação –, é lógico que seu exercício está juridicamente emoldurado.⁴³⁵ (traduziu-se)

Dessa feita, o princípio *pacta sunt servanda* deve ser compatibilizado com a possibilidade de mutação unilateral do contrato (*jus variandi*) e demais prerrogativas da Administração, preservando a legalidade administrativa. E, assim sendo, o contrato

texto referenciado, segundo a doutrina de Marcos Bernardes de Mello, a norma jurídica não é fonte dos efeitos, ela define qual a eficácia do fato jurídico, ou seja, define seus efeitos.

⁴³⁴ KLOSS, Eduardo Soto. La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato. In **Revista de Administración Pública**, nº 86, mai/ago 1978, p. 570-577. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=86&IDA=23062>>. Acesso em 27 de nov. 2017.

⁴³⁵ JORGE COVIELLO, Pedro José. El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius vivandi?. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 66, p. 190, jan. 2011. ISSN 2305-2546. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3135>>. Acesso: 30 nov. 2017. Original: “Vale aclarar que, si se toma en cuenta cuál es el contenido de la legalidad administrativa — el cual no implica solo la norma jurídica positiva, sino también, y en primer lugar, los principios generales del Derecho —, se concluirá que la sujeción a aquella conduce a que el contrato administrativo — que integra en lo específico contractual desde a leyes, reglamentos, pliegos generales y especiales, hasta al propio contrato escrito que lo rige —, constituya la “ley” o “norma” que deben observar los contratantes. Y, si se tiene presente que el orden jurídico no se integra solo con lo escrito, sin duda deberá — en caso de ser necesario — remontarse a los principios y valores que conducen la actuación estatal para el cumplimiento de sus fines y la consecución del bien común o interés público. De tal forma, el ejercicio de la potestad modificatoria no va a surgir fuera del orden jurídico, sino dentro de él —se trate o no de una norma positivamente prevista—. Tal potestad no se puede negar. En este orden de ideas, si la discrecionalidad está dentro del orden jurídico y de la legalidad — de manera que se concibe como discrecional a la potestad modificatoria —, es lógico que su ejercicio esté jurídicamente enmarcado”.

administrativo deve ser tomado como cumpridor da legalidade administrativa, devendo seu conteúdo e sua interpretação estarem em conformidade com o ordenamento jurídico.⁴³⁶

4.3.2 A função social do contrato e a cláusula de prerrogativa

Relacionada à autonomia contratual e à promoção dos fins do Estado Social e Democrático de Direito, merece destaque a norma da função social do contrato, introduzida no artigo 421 do Código Civil de 2002, ao mesmo tempo, como limite negativo e condicionamento positivo de seu conteúdo e finalidades, possuindo cunho principiológico essencial, cujo não atendimento resulta em nulidade da convenção (parágrafo único do art. 2.035).⁴³⁷ Assim, a função social, cláusula geral dos contratos, condiciona a autonomia privada e a liberdade contratual, não podendo mais, nas palavras de Lucas Abreu Barroso e Andreza Soares da Cruz,

[...] admitir que uma relação contratual iníqua, celebrada com ausência de boa-fé e com prestações desproporcionais suportadas por uma das partes, seja considerada válida, sob o argumento de que existe a autonomia privada e as partes são livres para contratar.⁴³⁸

Nessa linha, Eduardo Sens dos Santos⁴³⁹ entende que a função social do contrato requer dois elementos para configurar-se: um interno e outro externo. A ponderação entre autonomia privada, boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual constitui o elemento interno, pois possui relação com o conteúdo do contrato, relacionado, em regra, com o interesse privado. Para o segundo elemento, o externo, o cumprimento da função social estará caracterizado quando concretizar o interesse público.

Desse modo, considerando, ainda, finalidade pública que deve guarnecer todos os atos da Administração Pública, bem como nos contratos por ela firmados, salta aos olhos que o contrato administrativo possui função social a ser atendida. Essa missão decorre, especialmente, do seu objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, como

⁴³⁶ JORGE COVIELLO, Pedro José. El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius vivandi?. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 66, p. 188, jan. 2011. ISSN 2305-2546. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3135>>. Acesso: 30 nov. 2017

⁴³⁷ LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 13 out. 2013.

⁴³⁸ BARROSO, Lucas Abreu; CRUZ, Andreza Soares da. Funcionalização do contrato: o direito privado e a organização econômico-social contemporânea. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, v. 6, n. 24, p. 79-88, out./dez. 2005. p. 84.

⁴³⁹ SANTOS, Eduardo Sens do. A função social do contrato: elementos para uma conceituação. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, v. 4, n. 13, p. 99-111, jan./mar. 2003. p. 109.

exposto linhas anteriores, realizando o interesse público, sendo as prerrogativas da Administração instrumentos para a consecução dessa finalidade. Todavia, isso não significa aceitar uma atuação desproporcional da Administração, sendo em sua atuação que o cumprimento da função social será mensurado.

4.3.3 O princípio da proteção da confiança e a cláusula de prerrogativa

Outra questão importante que ronda as prerrogativas da Administração nos contratos é a discussão acerca da ausência de confiança do administrado no comportamento da Administração Pública na execução de seus contratos, que, ao se valer de prerrogativas, instabilizaria a relação avençada.

Todavia, inicialmente, é necessário mencionar a existência de controvérsia acerca do fundamento de validade do princípio da proteção da confiança. Conforme Valter Shuenquener⁴⁴⁰ de Araújo, existem, essencialmente, duas grandes correntes que procuram explicar a origem desse princípio. A primeira tenta localizar a proteção da confiança na boa-fé objetiva,⁴⁴¹ por outro lado, a segunda corrente procura revelar a proteção da confiança a partir do Direito Público, em especial da ideia de Estado de Direito e segurança jurídica. Não sendo indispensável para este trabalho a busca concreta de resposta para essa questão, é interessante observar apenas que os institutos não se confundem, como melhor será elucidado.

A boa-fé objetiva – a partir de suas funções de interpretação, integração e limitação⁴⁴² – exige do Estado o dever de agir com previsibilidade, comportando-se de maneira coerente com posicionamentos pretéritos, vedando-se comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*). Podendo ser utilizado tanto por particulares como pelo

⁴⁴⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009. p. 33-50.

⁴⁴¹ Para a doutrina civilista, seria a confiança, assim como a transparência, um dever anexo da boa-fé objetiva. Nesse sentido, é o entendimento de Eduardo Sens do Santos (**Revista de Direito Privado: RDPriv**, v. 4, n. 13, p. 99-111, jan./mar. 2003. p. 107).

⁴⁴² Apresentando as características das funções da boa-fé objetiva, Marcos Ehrhardt Júnior assevera: “O Código Civil pátrio tratou da boa-fé em diversos dispositivos, merecendo, todavia, destaque para o tratamento a ela conferido nos arts. 113, 187 e 422, que espelham a diversidade de funções que esta exerce em nosso ordenamento. Ainda na Parte Geral do CC/02, merece destaque a função interpretativa da boa-fé, prescrevendo o legislador que os negócios jurídicos devem ser interpretados “conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, como também a função de controle, servindo de standard, arquétipo social adequado, para limitação do exercício abusivo ou disfuncional de direitos, conforme determina o art. 187 do referido diploma. No campo do direito obrigacional, surge mais uma das funções comumente atribuídas à boa-fé, desta vez relacionada à criação de novos deveres no tráfego jurídico. Trata-se da função integrativa (art. 422), que, para ENZO ROPPO, permite determinar a medida e a qualidade das obrigações que resultam do próprio contrato, numa lógica de respeito da autonomia privada” (As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. **Pensar – Revista de Ciência Jurídica**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 551-586, mai./ago. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/2704/pdf>>. Acesso em 21 fev. 2019. p. 555-556)

Estado, é plenamente aplicável aos contratos administrativos, impondo o dever de agir com lealdade, transparência e coerência. Esse princípio seria aplicável sempre em uma relação jurídica específica e de efeitos concretos. Busca, a boa-fé objetiva, impulsionar o comportamento ético e leal de ambas as partes.

Paulo Lôbo registra que o Código Civil de 2002, em seu artigo 422, associa a boa-fé objetiva ao dever de probidade, que, na seara da Administração Pública, possui reconhecimento autônomo, a partir do princípio da moralidade.⁴⁴³

Ainda, a boa-fé, segundo Lôbo, “não apenas é aplicável à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (*in contrahendo*) ou após a extinção do contrato (*post pactum finitum*)”.⁴⁴⁴

Por outro lado, a proteção da confiança, além de ser aplicável às relações jurídicas concretas, possui incidência sob as relações jurídicas abstratas, estando mais voltada à ideia de os agentes públicos não frustrarem uma expectativa legítima daqueles que se relacionam com o Estado.⁴⁴⁵ Inicialmente utilizado na esfera pública como critério de limitação da revisão dos atos administrativos, em prejuízo aos administrados que possuíam expectativa legítima, a aplicação do princípio da confiança tornou-se ainda mais expressiva na seara pública, possuindo incidência sobre os contratos firmados pela Administração.

Assim, pode-se afirmar, existe uma relação de complementariedade entre os institutos que, para o presente estudo, permite uma análise conjunta de compatibilidade com a aplicação das prerrogativas da Administração nos contratos.

É em decorrência da aplicação desses institutos aos contratos da Administração que autores, a exemplo de Ricardo Gesteira, questionam a validade das prerrogativas de interesse público, em especial a de alteração unilateral dos contratos. Para aquele, estaria, o Direito Administrativo, desprezando “a mais nobre função social ínsita na disciplina contratual, a de servir de instrumento de promoção da paz social, da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas”.⁴⁴⁶

⁴⁴³ LÔBO, Paulo. Princípios contratuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3750, 7 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25359>>. Acesso em: 13 out. 2013.

⁴⁴⁴ LÔBO, Paulo. Princípios contratuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3750, 7 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25359>>. Acesso em: 13 out. 2013.

⁴⁴⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niteroi: Impetus, 2009. p. 35-50.

⁴⁴⁶ ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos de. Da incompatibilidade entre as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo e os paradigmas do Estado Democrático de Direito. O princípio do Estado Democrático de Direito e o princípio da tutela da confiança. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 15184862, Teresina, ano 15, n. 2441, 8 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14466>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

Por certo, o contrato administrativo deve observar o componente da estabilidade da relação, com base em sua força vinculativa, gerando, a conduta infringente a esses valores, a necessidade de responsabilização contratual, com base na boa-fé incumbente também à Administração. Para tanto, deve ser levado em consideração, para o devido cotejo entre a conduta administrativa e a confiança despertada no particular, a formalidade do procedimento administrativo e sua vinculação ao princípio da legalidade.

Isso não invalida situações excepcionais que podem ser previstas, como o são, na Lei, em que, por razões de interesse público, na garantia do bem-estar coletivo, o Estado poderá, dentro de limites, atuar de modo unilateral.

Deve-se lembrar, ainda, que as situações de instabilidade contratual geradas pelas prerrogativas da Administração são previamente conhecidas pelos contratantes, a quem não se deve atribuir o desconhecimento da Lei.⁴⁴⁷ Vale dizer, essas prerrogativas podem ser aplicadas, inclusive, quando não constarem expressamente no instrumento contratual, considerando ser o interesse público espelho dos direitos fundamentais e estes possuírem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CRFB/1988).

Logo, não age, a Administração, de modo incoerente ou com má-fé, apenas utiliza-se de prerrogativa criada em favor do interesse público primário.

Ademais, calha dizer, a execução de algumas prerrogativas da Administração, por vezes, é de interesse da própria contratada, pois não é equivocada a afirmação empírica de que, na ampla maioria dos casos em que há modificação unilateral do contrato para acréscimos nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento), há benefício para o contratado, que possui interesse em ampliar o fornecimento ou prestação de um serviço à Administração Pública.

Não se pode permitir que o descrédito na atuação dos governantes, por vezes irresponsáveis ou mesmo maliciosos, macule a necessidade de satisfação do interesse público na atuação do Estado e suas ferramentas. Como já dito, as condutas que exorbitarem os limites impostos infringem os valores da boa-fé e confiança, devendo ser punidas, gerando a responsabilização adequada.

4.3.4 O princípio da igualdade e a cláusula de prerrogativa

⁴⁴⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

O princípio da igualdade contratual, decorrente do Estado Democrático de Direito, revela a necessidade de equiparar as partes nos contratos, com obrigações e prestações sinalagmáticas e equivalentes. Todavia, nos contratos firmados pela Administração, a atuação da Administração Pública nunca poderá ser inteiramente igual à do particular. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...] a autonomia da vontade, de que é dotado o particular, substitui-se, para a Administração, pelo princípio da legalidade; a liberdade de forma, que prevalece nas relações jurídicas entre particulares, dificilmente existe nas relações jurídicas em que a Administração é parte; além disso, ela está vinculada a determinados fins, que a obrigam a dotar os meios que o legislador escolhe como os únicos viáveis para a sua consecução; a tudo isso acrescenta-se o fato de que ela conserva, mesmo quando se utiliza do regime de direito privado, certos privilégios que lhe são concedidos por lei, em razão da pessoa, como o juízo privativo, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens, os prazos mais dilatados em juízo.⁴⁴⁸

Desse modo, a suposta desigualdade, resultante da posição de supremacia do interesse público sobre o particular, apresenta-se plenamente compensada com a garantia constitucional da manutenção das condições efetivas da proposta (manutenção do equilíbrio econômico-financeiro)⁴⁴⁹, que, em verdade, equilibra a posição das partes.⁴⁵⁰ Tal garantia,

⁴⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 409.

⁴⁴⁹ Sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos da Administração, é interessante o julgado do STJ, sob a relatoria do Min. Franciulli Netto, segundo o qual eventual desequilíbrio deve impedir a alteração dos termos iniciais da avença: “RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE EMPREITADA. PLANO CRUZADO. CONGELAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato. As prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual. É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza. Os termos iniciais da avença não de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento. In casu, por expressa determinação legal, os contratos administrativos não poderiam sofrer qualquer reajustamento. O chamado “Plano Cruzado”, porém, não produziu os efeitos desejados e os preços voltaram a subir em razão da inflação. A nota de empenho, trazida aos autos pela ré, é documento unilateral e não representa a concordância por parte da empresa em relação ao cumprimento das obrigações contratuais pela TERRACAP. O que ficou incontroverso, na verdade, foi a entrega da obra e o pagamento do preço singelo, não a quitação. Recurso especial conhecido e provido. Decisão por unanimidade.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 216.018/DF**, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2001, DJ 10/09/2001, p. 370)

⁴⁵⁰ Brasil. **Constituição da República de 1988**. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente

segundo Paulo Lôbo, visa a atender ao princípio da equivalência material das prestações, uma das maiores características do contrato na atualidade, que tangencia todos os fundamentos constitucionais aplicáveis ao contrato, preservando a equação e o justo equilíbrio contratual, mantendo a proporcionalidade inicial ou corrigindo desequilíbrios supervenientes, não importando a previsibilidade, sendo esse princípio espécie dos princípios sociais do contrato, boa-fé objetiva e função social.⁴⁵¹

Note-se, a desigualdade imposta pelas ditas cláusulas exorbitantes é previamente conhecida pelo terceiro contratante, que manifesta sua vontade positiva de realizar o negócio. Ademais, ela, a desigualdade, não decorre da posição das partes, mas da articulação das obrigações pactuadas, conforme asseveram Garcia de Enterría e Fernández.⁴⁵²

Cabe dizer, atualmente se reconhece, mesmo nos contratos privados, um poder contratual dominante, anteriormente desconsiderado por se partir de uma igualdade formal dos contratantes, sem considerar suas realidades econômicas (v.g. consumidor, trabalhador e o inquilino).⁴⁵³ Logo, existiria uma posição diferenciada que o Direito tenta equilibrar por meio de outros instrumentos, mas que não desnaturam o instrumento contratual.

Além disso, situações semelhantes de desigualdade apresentadas nos contratos administrativos, por vezes, são encontradas em relações contratuais estritamente privadas, mesmo de forma excepcional, e não desnaturam o instituto, a exemplo do poder do sócio de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o poder de fiscalização do dono da obra, a aplicação de sanção, a rescisão unilateral e a possibilidade de variação unilateral do contrato.⁴⁵⁴ Logo, não se sustenta a visão da doutrina que classifica as prerrogativas do Estado como algo inapropriado ou, até mesmo, ilícito se presente em um contrato privado. Nessa mesma linha, Ciro Norberto Güechá Medina, em artigo no qual defende a inexistência de exorbitância nos contratos estatais, sustenta a licitude na utilização dessas cláusulas por particulares:

[...] cláusulas como a rescisão unilateral do contrato, se acordadas entre particulares, não são consideradas ilegais, em virtude do princípio da autonomia da vontade dos mesmos, que se não violarem ordem pública ou bons costumes, não poderão ser

permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁴⁵¹ LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 13 out. 2013.

⁴⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 675.

⁴⁵³ LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 13 out. 2013.

⁴⁵⁴ Os exemplos podem ser vistos no item 3.2.3.

consideradas como ilícita; critério que tem sido o da jurisprudência francesa, que em diferentes decisões aceitou a legalidade da cláusula de rescisão unilateral de contratos privados.⁴⁵⁵ (traduziu-se)

A posição diferenciada entre Estado e particular, que permite ao primeiro utilizar poderes ditos exorbitantes dos típicos contratos privados, como se estivesse em superioridade contratual, não existe fora de um sistema normativo, deve, sim, observar os limites estabelecidos pela Lei.

Deveras, o poder de variação unilateral do contrato (*jus variandi*) não surge do contrato administrativo, mas do ordenamento vigente, como uma regra que se consuma por meio do exercício de uma prerrogativa estatal limitada pela proporcionalidade⁴⁵⁶ e devidamente acompanhada do reequilíbrio econômico.

Ainda, os poderes de fiscalização e aplicação de sanções ao contratado decorrentes do poder de autotutela da Administração sustentam-se pela necessidade de satisfação do interesse público, norteador de todo o contrato.

Observado o Direito positivo, pode-se verificar a atribuição de prerrogativas e privilégios à Administração Pública, mas, também, a imposição de restrições nas relações em que a Administração é parte, mesmo nas reconhecidas como de Direito Privado. Nesse sentido, afirma Di Pietro:

a posição de desigualdade pode ser maior ou menor e nem sempre é favorável à Administração Pública; esta é limitada por uma *finalidade* que decorre explícita ou implicitamente da lei; por uma *forma*, nem sempre exigível nas relações entre particulares; por regras de *competência*; por *procedimentos* especiais não obrigatórios para particulares; e por uma série de *princípios* próprios do direito administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, motivação, publicidade, segurança jurídica, interesse público, continuidade. Essas restrições todas não desaparecem pelo fato de a Administração utilizar institutos de direito privado.⁴⁵⁷

Pode-se afirmar, também, segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, no contrato administrativo, não estará apenas uma das partes em posição privilegiada,

⁴⁵⁵ GUECHA MEDINA, Ciro Norberto. Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. **Opin. jurid.**, Medellín, v. 5, n. 10, p. 33-47, July 2006. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302006000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 mar. 2018. p. 37. Original: “cláusulas como la terminación unilateral del contrato, si es pactada entre particulares, no es considerada ilícita, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de los mismos, que si no atentan contra el orden público o las buenas costumbres, no puede considerarse como ilícita; criterio que ha sido el de la jurisprudencia francesa, que en diferentes decisiones a aceptado la licitud de la cláusula de terminación unilateral de los contratos privados”.

⁴⁵⁶ JORGE COVIELLO, Pedro José. El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius vivandi?. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 66, p. 185-186, jan. 2011. ISSN 2305-2546. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3135>>. Acesso: 30 nov. 2017

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 15.

com vantagens e poderes. Completa seu pensamento a lição de Bénéoit, reproduzida pelo autor brasileiro:

o regime de contrato de Direito Público pode, bem ao contrário, revelar-se muito mais favorável aos particulares contratantes com a Administração do que o é o regime do contrato de Direito Privado, na medida em que surge como necessário defender o interesse geral através do interesse do particular: a jurisprudência sobre imprevisão ilustra este fato de maneira marcante.⁴⁵⁸

Dessa forma, é possível extrair do regime contratual administrativo garantias que beneficiam, ou, ao menos, protegem o contratado, especialmente no que tange à sua remuneração. Se assim não fosse, a Administração não encontraria quem, com ela, travasse tais avenças.

4.3.5 O princípio da eficiência e a cláusula de prerrogativa

Nesse novo modelo de Administração Pública, em que há – na relação entre Estado e administrado – a substituição da visão de poder por uma noção de relação de gestão, regida por deveres de proporcionalidade e razoabilidade, centrada na ponderação de interesses, o princípio da eficiência assegura uma atuação mais adequada na realização do interesse público, mas sem deficiência de juridicidade.⁴⁵⁹ Segundo Di Pietro, a eficiência soma-se aos demais princípios, “não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade”,⁴⁶⁰ sob pena de comprometimento do Estado de Direito.

Em que pese tratar-se de conceito jurídico indeterminado, que permite sua precisão apenas no momento de sua aplicação no caso concreto, o mandamento da eficiência é determinável, impondo à Administração uma atuação na busca do bem comum, atendendo à ideia de atividade eficiente, envolvendo múltiplos aspectos, em especial a eficácia e a eficiência *stricto sensu*. A primeira tem a ver com o alcance dos fins; a segunda com a melhor utilização dos recursos disponíveis, ou seja, com os meios.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Apud. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 33^a. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 645.

⁴⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito administrativo aplicado: a nova administração pública e o direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 35 e 46.

⁴⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 85.

⁴⁶¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 174-175.

Assim, o conteúdo do princípio da eficiência refere-se a duas dimensões conjugadas da atividade administrativa: a dimensão da racionalidade e otimização dos meios; e a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública.⁴⁶²

Na linha desse conteúdo, Alexandre de Moraes cita como características básicas do princípio da eficiência: o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.⁴⁶³

Em sentido semelhante, ensina Onofre,⁴⁶⁴ extraem-se como facetas, ou características, do princípio da eficiência, a produtividade, economicidade, celeridade, qualidade, continuidade e desburocratização.

Não há dúvidas de que o princípio da eficiência possui incidência em toda atividade do Estado, buscando superar paradigmas e desenvolver novos hábitos. Nessa linha, atualmente, ganhou relevância significativa a questão da economicidade na realização dos contratos administrativos, atrelado ao efetivo cumprimento do interesse público. Todavia, a inserção das ditas cláusulas exorbitantes nos contratos é cerne de controvérsia, pois resultaria em maior insegurança e risco ao particular, que, conseqüentemente, repassaria sua incerteza e risco para a sua proposta de preço, majorando-a, seria o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto chamou de “agravamento dos custos de transação”,⁴⁶⁵ fato que, aparentemente, contradiz o interesse público. Chega-se a defender que

[...] a ausência de prerrogativas unilaterais em favor do Estado nos contratos administrativos não implica em risco ao interesse público, ao contrário, ao diminuir os riscos para o particular, os preços praticados na contratação se revelam mais justos, diminuindo os gastos da Administração e uma melhor gestão dos recursos públicos.⁴⁶⁶

⁴⁶² MODESTO, Paulo. Notas Para Um Debate Sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 02, maio 2001. p. 09. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-PAULO-MODESTO.pdf>.

Acesso em: 19 de novembro de 2015.

⁴⁶³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 318.

⁴⁶⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.182.

⁴⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. p. 545-563. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 554.

⁴⁶⁶ SILVA, Luciane Firmo da. **As cláusulas contratuais administrativas exorbitantes diante dos princípios da economicidade e da eficiência**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_administrativo/edicoes/n3_2016/pdf/LucianeFirmodaSilva.pdf>. Acesso em: 21 de fev. 2018.

Essa manifestação é equivocada. Por certo, o princípio da eficiência está vinculado ao novo modelo de Administração Pública, centrado na ponderação de interesses, com o objetivo de assegurar a atuação mais adequada ao interesse público, pautando-se por uma atuação legal.

Conforme adverte Joel Menezes Niebuhr, o princípio da eficiência não serve para justificar desobediência à legalidade, sendo perigosa a percepção isolada do princípio da eficiência. Para o autor, é preciso “reconhecer a variedade de discursos que se espriam pelo debate político e jurídico, cuja remissão à eficiência não passa de um recurso a flexibilizar e enfraquecer o regime jurídico-administrativo”.⁴⁶⁷

Como afirma Humberto Ávila, “a medida adotada pela administração pode ser a menos dispendiosa e, apesar disso, ser a menos eficiente”. Todavia, será ela eficiente quando “promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos”. Não basta a utilização dos meios adequados para promover os respectivos fins; mais do que a adequação, a eficiência “exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração”.⁴⁶⁸

Nessa linha, Rafael Carvalho Rezende Oliveira afirma que

[...] a eficiência não pode ser analisada exclusivamente sob o prisma econômico, pois a Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas etc. Nem sempre a medida mais barata será a mais eficiente (“o barato pode custar caro”). A medida administrativa será eficiente quando implementar, com maior intensidade e com os menores custos possíveis, os resultados legitimamente esperados.⁴⁶⁹

Infirmar as prerrogativas da Administração ao argumento de que sua aplicação resulta em prejuízo econômico e, por isso, perda de eficiência, por parte da Administração, é reduzir o princípio apenas ao seu aspecto econômico, sem nem mesmo apresentar uma relação direta de causa e efeito, que poderia ser melhor encontrada no fato de os preços ofertados à Administração serem maiores em razão de ela possuir a pecha de mau pagadora, burocrática e não planejadora.

⁴⁶⁷ NIEBUHR, Joel Menezes. Princípio da Eficiência: Dimensão Jurídico-Administrativa. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba, n. 70, p. 952, dez. 1999. Disponível em: <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em: 24 de novembro de 2015.

⁴⁶⁸ ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, p. 21 e 23-24, out.-nov.-dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 19 de novembro de 2015.

⁴⁶⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2013. Ebook.

Considerando-se as dimensões do princípio da eficiência na análise das prerrogativas da Administração, é fácil perceber que elas estão atreladas à satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública, pois buscam dar continuidade à atividade administrativa, efetivar o bem comum e, até mesmo, prezar pela economicidade da contratação.

Partindo dessas premissas, conclui-se que excluir as prerrogativas da Administração dos contratos administrativos sob o simples argumento de que elas tornam caro o preço final não é satisfazer o interesse público, mas uma tentativa de fragilizar o regime jurídico-administrativo.

4.4 Cláusula de Prerrogativa Ante a Tendência de Consensualização na Administração Pública

No estudo da passagem do Estado do Século XIX ao do Século XX, constata-se que as relações entre Estado e sociedade civil ganham relevância. No primeiro momento, o Estado encontrava-se separado da sociedade em virtude da razão de Estado que o pautava e a consciência religiosa e moral que delineava a atuação da sociedade. No Século XIX, pretendia-se o distanciamento do Estado da vida social, econômica e religiosa das pessoas, garantindo sua independência frente ao primeiro. O Estado, no Século XX, passa a atuar de modo profundo nos setores sociais e econômicos da sociedade, num processo de reaproximação ou estatização da sociedade.⁴⁷⁰

De acordo com a evolução da Administração Pública e seus modos de atuação, ganha força, dentro do modelo gerencial e do Estado Democrático, a tendência de intervenções administrativas no setor produtivo.⁴⁷¹ Por outro lado, no final do Século XX, por conta da maior abertura democrática, abriu-se amplo espaço para a sociedade civil, que passou a participar do Estado com organizações do chamado Terceiro Setor (Organizações Não Governamentais, Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), que seriam contrapoderes *sociais* ao exercício das prerrogativas públicas, dando ensejo ao surgimento da consensualização.⁴⁷²

Cabe sublinhar, quando se trata do tema consensualização, é comum serem encontradas imprecisões conceituais, confundindo a expressão com outras quatro: consentimento, consenso, consensualidade e contratualização. No entanto, esses são termos

⁴⁷⁰ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 124-126.

⁴⁷¹ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 164.

⁴⁷² MEDAUAR, Op. Cit., 2017, p. 126-127.

que se entrelaçam, mas que possuem significados diferentes. O primeiro, o consentimento, é a aceitação propriamente dita de algo. Por sua vez, o consenso propaga a ideia de aceitação (ou acordo) sobre determinado objeto, com reciprocidade entre as partes envolvidas. A consensualidade representa o grau de consenso no que tange à gestão pública. Por fim, contratualização e consensualização não se identificam, sendo o primeiro mecanismo de atuação do segundo.⁴⁷³

Observadas essas diferenciações, podemos conceber a consensualização como um fenômeno de intensificação da criação e uso de mecanismos administrativos novos que buscam promover o consenso na gestão pública para obtenção de consensualidade no processo de elaboração de decisões administrativas.⁴⁷⁴ É importante mencionar que os mecanismos de consensualização podem receber a seguinte tipificação: (i) orgânico, reconhecido pela participação do cidadão, por exemplo, em Conselhos; (ii) procedimental, realizado como etapa de um determinado ato decisório, como as audiências e consultas públicas; e (iii) contratual, do qual são exemplos o contrato de gestão e os convênios.⁴⁷⁵

A tendência à consensualização consiste, então, em diálogo entre interessados, para encontrar um ponto de equilíbrio nas decisões governamentais, por meio da orientação e enunciação de objetivos e preferências, deixando de lado a postura mais diretiva e prescritiva, havendo, assim, uma flexibilização para alcançar maior eficiência na concretização do interesse público.

Tal manifestação é resultado da democracia pós-moderna, com feição deliberativa e participativa, aumentando-se os atores envolvidos nas escolhas políticas. Aplicando a noção de consensualização aos ideais democráticos, é interessante a lição de Luís Roberto Barroso, para quem

[...] a democracia contemporânea assumiu uma feição deliberativa, em que as decisões dos órgãos estatais são frequentemente produzidas em um ambiente de audiências e debates públicos, que incluem manifestações de diferentes segmentos sociais e ampla utilização dos meios de comunicação de massa. O jogo democrático não é jogado apenas em uma data fixa - a dos pleitos eleitorais -, nem se limita à formação de uma vontade majoritária que reinará absoluta por prazo certo. Ao contrário, a legitimidade do poder depende da participação social permanente, produzindo uma esfera pública informal, na qual governantes e governados estabelecem um diálogo permanente acerca da condução dos negócios públicos.⁴⁷⁶

⁴⁷³ MARRARA, Thiago. Direito Administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 40.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional contemporâneo**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 88-89.

Utilizando a expressão contratualismo como sinônima de consensualização, João Batista Gomes Moreira também informa ser finalidade da consensualização a legitimação da atuação administrativa.

[...] O novo contratualismo cumpre também outra finalidade, aliás, mais relevante, que é a de legitimar a atuação da administração pública, hoje, pelas circunstâncias, distanciada das previsões legais, no sentido formal e específico. A área econômica da administração pública é particularmente propícia à utilização do regulamento autônomo e de outras espécies normativas que não se submetem a debate e aprovação prévia do parlamento. Nesse setor são comuns as "leis de orientação", que estabelecem apenas linhas gerais de determinada matéria. A ausência de debate parlamentar deve-se ao dinamismo da economia, caracterizado pela alteração constante do cenário social e tecnológico, e em parte, propositalmente, com a finalidade de deixar para setores especializados a condução de certas atividades administrativas. O intuito ultimamente assinalado inspirou a criação das agências reguladoras independentes, com poder normativo próprio, orientado e sustentado pelas audiências públicas, destinadas a dar-lhe legitimidade.⁴⁷⁷

Conforme essa perspectiva, o modelo pactuado promove uma democracia direta, por meio da representação de interesses de categorias profissionais ou sociais, juntamente com representantes da administração pública, no âmbito de organismos públicos, proporcionando maior legitimidade às decisões.⁴⁷⁸

Todavia, afirmar que a consensualização estimula a busca do consenso na gestão pública significa apenas que ela fomentará sua viabilização, sem, contudo, ser, o consenso, o seu único resultado. Por vezes, a abertura de diálogo poderá ocasionar mais dissenso e conflito, como comumente ocorre nas audiências e consultas públicas realizadas. Logo, os benefícios da consensualização podem ser ditos como potenciais.⁴⁷⁹

[...] Não raramente a consensualização é “vendida” como um modelo mágico capaz de criar uma forma avançada de administração pública em que os interesses sociais seriam plenamente respeitados ou, ao menos, compatibilizamos com os interesses estatais. Nessa linha, destaca-se frequentemente que o modelo de consenso substituiria o de ação unilateral do Estado.⁴⁸⁰

Vale destacar, como bem informa Thiago Marrara, a administração unilateral (ou coercitiva) não é substituída pelo modelo da consensualização. Existe, então, uma relação entre tais modelos, não evidenciada por muitos.

⁴⁷⁷ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 165-166.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 166.

⁴⁷⁹ MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo brasileiro: transformações e tendências**. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo**: transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014. p. 40-41.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 41.

Pode-se afirmar não fazer sentido o afastamento obrigatório de tais modelos, sendo plenamente possível que interesses sejam resolvidos em determinado órgão colegiado, com a participação de diversos segmentos da sociedade juntamente com a Administração Pública, e que outros interesses sejam resolvidos pela via unilateral, mesmo decorrentes de entidades dotadas de mecanismos típicos da consensualização, pelo simples risco de a força estatal ser utilizada, reforçando a administração consensual. Lembra, Marrara, que tal fato se vislumbra facilmente na área regulatória, pois

[...] a existência de poder sancionatória de caráter unilateral, garantido a muitas agências reguladoras, e seu uso eficiente diante de infrações cometidas são os fatores que estimulam, na prática, os agentes regulados a se valerem de eventuais acordos de compromisso de cessação da conduta infracional. Se não houvesse risco de sanção, certamente não haveria, para o particular, vantagem em se celebrar, com o Estado, um compromisso de ajustamento.⁴⁸¹

É com base nessas afirmações que podemos concluir a convivência harmônica entre as relações de sujeição aos poderes e prerrogativas estatais pelos particulares com a tendência de consensualidade na Administração Pública e seus efeitos.

Isso se deve a uma nova formulação do Direito Administrativo como *Direito flexível*, renovado por condicionamentos, aleatoriedade e relatividade, conceitos desenvolvidos na matemática, mas que, posteriormente, foram transformadores da Ciência Jurídica.⁴⁸²

Logo, nos contratos firmados pela Administração – reconhecidos pela doutrina e pelo Tribunal de Contas da União como vínculo de colaboração entre as partes⁴⁸³ – aquela convivência harmônica entre prerrogativas e consensualidade não é diferente, pois necessita de uma relação dinâmica e negociada entre as partes, especialmente para solução de questões não previstas contratualmente ou de situações que sofreram profundas mutações, não imputáveis às partes. Nessa linha, afirma, Arnold Wald, que

[...] foi introduzida nos contratos de Direito Administrativo uma nova variante, que é a chamada “flexibilidade” (*souplesse* do Direito francês), significando uma *interpretação construtiva e negociada do pactuado*, para preencher os eventuais

⁴⁸¹ MARRARA, Thiago. Direito Administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 42.

⁴⁸² WALD, Arnoldo. Novas tendências do Direito Administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 43-47, out. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46615>>. Acesso em: 06 Out. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v202.1995.46615>. p. 44.

⁴⁸³ PEREIRA JUNIOR, J. T. Notas acerca das repercussões no novo Código Civil sobre os contratos administrativos. In: **Revista do TCU**, n. 102, out./dez. 2004, p. 70-85. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/611/672>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

espaços vazios e superar as dificuldades geradas por normas que não previram os fatos da maneira pela qual aconteceram.⁴⁸⁴ (destaque do autor)

A revisão dos contratos administrativos é situação, então, que se impõe até mesmo em decorrência do princípio da continuidade, que deverá ser observado na satisfação do interesse público, numa obrigação de cooperação entre as partes, pautada na boa-fé e no respeito aos compromissos assumidos, dando-se prioridade à solução amigável dos conflitos, havendo só na falta da anterior uma solução pelo Poder Judiciário.⁴⁸⁵

Todavia, face ao regime público ao qual está submetido o contrato administrativo, a utilização de instrumentos consensuais pela Administração Pública sempre será concretizada nos limites da finalidade pública, com ônus argumentativo incrementado para as modificações unilaterais permitidas na Lei, e a partir de um juízo de proporcionalidade, haja vista a vinculação das partes ao convencionado no contrato e ao dever de boa-fé presente.⁴⁸⁶

4.5 Uma Abordagem À Doutrina da Flexibilização das Cláusulas de Prerrogativa

Recentemente, vem tomando espaço uma doutrina⁴⁸⁷ de flexibilização das ditas cláusulas exorbitantes, sob o argumento de não ser mais possível defender o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como concebido classicamente.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no texto em que discute *o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*,⁴⁸⁸ afirma a necessidade de se flexibilizar as prerrogativas que a Administração Pública detém em seus contratos. Parte, o autor da ideia, de uma “avaliação atualizada das cláusulas exorbitantes”, afirmando que elas encontravam vantagens no contexto do Estado moderno – num sistema de economia semidirigida e de supremacia indiscriminada do Estado –, mas que, com o Estado pós-moderno, essas vantagens perderam o sentido, num quadro de economia de mercado e de atuação estatal

⁴⁸⁴ WALD, Arnaldo. Novas tendências do Direito Administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 43-47, out. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46615>>. Acesso em: 06 Out. 2018. p. 44.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 46.

⁴⁸⁶ NERY, Ana Rita de Figueiredo. Consensualismo e Interpretação dos Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 84-100.

⁴⁸⁷ Como exemplo de doutrina com o viés apontado: Marcos Juruena Villela Souto (Direito Administrativo contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. p. 545-563. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017).

⁴⁸⁸ O Futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. p. 545-563. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

como formulador político de instrumentos de fomento – gerando desvantagens como: “imprecisão de direitos resultantes do manejo público das prerrogativas da Administração nas transações”, “agravamento dos custos de transação”, “déficit de transparência da transação” e “sacrifício da confiança legítima do administrado na transação”. Desse modo, afirma Moreira Neto:

[...] o *Direito Administrativo pós-moderno* evoluiu para conformar-se ao *Estado Democrático de Direito*, ou seja, passou a atuar não mais apenas sob o *império da lei*, mas sob o *império do direito*. Com isso, a marca dominante dessa nova conformação do poder estatal deslocou-se para a *supremacia dos direitos fundamentais*, não só em razão do sólido argumento moral de sua *precedência axiológica* como, e cada vez mais, do argumento pragmático de sua *transcendência lógica* sobre a crescente *pluralidade de ordenamentos* que se multiplicam na sociedade global.⁴⁸⁹ (grifo do autor)

Ainda, complementa:

A *conciliação necessária*, para superar as antigas desvantagens, que tanto encarecem a Administração Pública e favorecem a corrupção em larga escala, de modo a fazê-la enveredar por esses novos promissores caminhos, está, pois, na *flexibilização*, já que, ante a imensa diversidade de contratos possíveis que são firmados nos inúmeros setores de atividade da Administração Pública, não é lógico que o administrador público permaneça jungido a *comandos excessivamente padronizados* que, sobre serem em grande parte *anacrônicos*, e, desde logo, por serem muito gerais, não admitem a necessária *modulação* para atender às miríades de circunstâncias próprias de cada contratação.

Embora, em princípio, seja até razoável o padronizarem-se algumas cautelas, não no será naquilo em que se negue à Administração a *possibilidade de avaliar casuisticamente a conveniência e a oportunidade* de inserir ou não, casuisticamente, em cada contrato, as modulações ditas exorbitantes.

Esta preferência pela escolha da *técnica flexível da discricionariedade*, em lugar da *técnica rígida da vinculação*, não encontra qualquer impedimento na legislação brasileira, pois essa imposição da *generalização de cláusula inafastáveis nos contratos administrativos* não repousa sobre qualquer assento constitucional, senão que é de previsão meramente legal, nada impedindo, portanto, que o legislador ordinário *delegue ao administrador público esta oportunidade de avaliar a legitimidade do emprego de qualquer delas*, depois de examinadas as hipóteses, caso a caso.⁴⁹⁰ (grifo do autor)

A técnica de flexibilização pela discricionariedade, proposta por Moreira Neto, deve ser aplicada conjuntamente à teoria da dupla motivação, em momentos distintos. Em um primeiro momento, motivar-se-ia a adoção ou afastamento da prerrogativa contratual. Posteriormente, em um segundo momento, seria motivada a aplicação da prerrogativa

⁴⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. p. 545-563. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 555.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 556-557.

adotada. Busca-se, com essa técnica, uma dupla garantia de legitimidade e de segurança jurídica para o contratante, sem prejudicar o interesse público.

Todavia, discorda-se da proposta. As condutas, ou melhor, as prerrogativas pertencentes à Administração Pública são imposições legais. Logo, não se pode, discricionariamente, abrir mão de tais prerrogativas em uma relação contratual específica, mesmo porque a atuação pode ter-se dado de maneira diferenciada em outras ocasiões,⁴⁹¹ ferindo o princípio da igualdade.⁴⁹²

Outro pilar do tratamento padronizado pela Administração Pública, neste caso, é o princípio da indisponibilidade do interesse público. Esses interesses não podem ser livremente dispostos pelo administrador. Cabendo à Lei dispor sobre eles, não pode, a Administração, em juízo de oportunidade e conveniência, escolher quando usará suas prerrogativas, em prejuízo ao princípio da legalidade.⁴⁹³

Cabe dizer, a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, bem como a de Márcia Walquiria Batista dos Santos, em interessantes considerações, admitem a possibilidade de adoção da tese de flexibilização, com cautela, em contratos de maior vulto (concessões de serviços públicos, parcerias público-privadas e empreitadas de grandes obras), mas com a definição de critérios objetivos em lei.⁴⁹⁴ Ainda, seria possível a flexibilização, em situações de “absoluta excepcionalidade”, com o fito de evitar dano maior ao próprio interesse público.⁴⁹⁵ Segundo Di Pietro, “difícilmente se pode conceber a flexibilização reconhecida às autoridades administrativas de diferentes níveis e para a celebração de contratos de qualquer tipo, até pela dificuldade de controle”.⁴⁹⁶

Não se imagina, na prática contratual, como seria a dinâmica de uma flexibilização corriqueira das prerrogativas administrativas, quando somente ao administrador caberia realizar tais escolhas. É preocupante, por exemplo, prevê o administrador público, muitas

⁴⁹¹ SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Cláusulas exorbitantes: da teoria à prática. In: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 390.

⁴⁹² Sobre o exercício de discricionariedade e o princípio da igualdade, Canotilho assim se manifesta: “mesmo nos espaços de exercício discricionário (*Ermessensrichtlinie*), o princípio da igualdade constitucional impõe que, se a administração tem repetidamente ligado certos efeitos jurídicos a certas situações de facto, o mesmo comportamento deverá adoptar em casos futuros semelhantes. O ‘comportamento interno’ transforma-se, por força do princípio da igualdade, numa relação externa, geradora de direitos subjectivos dos cidadãos. A ‘praxe’ administrativa ou o ‘uso administrativo’ serão aqui elementos importantes para a demonstração de violação ou não do princípio da igualdade” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., 19ª reimp. Coimbra: Almedina, 1941. p. 735).

⁴⁹³ SANTOS, Márcia, Op. Cit., p. 392-393.

⁴⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 410.

⁴⁹⁵ SANTOS, Márcia, Op. Cit., p. 393.

⁴⁹⁶ DI PIETRO, Op. Cit., 2010, p. 410.

vezes despreparado para a função, tendo a possibilidade de abrir mão previamente da prerrogativa administrativa de fiscalizar a execução do contrato ou da possibilidade de punição e execução direta. Outrossim, tal flexibilização não se mostra compatível com a realidade brasileira, permeada de corrupção.

Por certo, a aplicação das cláusulas de prerrogativas da Administração Pública não necessariamente deve ser praticada em toda execução de contrato, pois há sempre uma margem de liberdade para o administrador decidir. Então, a discricionariedade ventilada por Moreira Neto deve ocorrer apenas no que ele classificou como segunda etapa da dupla motivação aplicada à técnica da flexibilização, ou seja, na utilização da prerrogativa administrativa já estipulada para viger na relação, não na escolha de sua adoção ou afastamento quando da firmação da relação.

É por meio dessa atuação discricionária sobre a utilização das prerrogativas legais, posição a qual o administrador deve exercitar de modo motivado, que o princípio da legalidade deve ser observado no dia a dia da Administração Pública. Dessa forma, é certo que o contrato da Administração, em decorrência de autotutela, pode ser anulado por ela mesma, caso infrinja a legalidade, inclusive na utilização de prerrogativa de modo não amparado na Lei.

Exemplo dessa situação de ilegalidade na utilização de cláusula de prerrogativa foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 275.820, de relatoria do Ministro Franciulli Netto.⁴⁹⁷ Na oportunidade – ao reconhecer que os parâmetros utilizados pela

⁴⁹⁷ RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "A" - ADMINISTRATIVO - CONTRATO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - ALTERAÇÃO DO PREÇO DO PRODUTO POR DUAS PORTARIAS - CONVERSÃO DO CRUZEIRO REAL PARA O REAL - ACÓRDÃO QUE CONSIDEROU LEGAL A ADOÇÃO DE VALOR DIVERSO DA PARIDADE DE CR\$ 2.750,00 POR UM REAL - ILEGALIDADE DA PORTARIA N. 103, DE 22 DE JUNHO DE 1994, QUE ADOTOU CR\$ 3.013,00 POR UM REAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ARTIGO 334 DO CPC. Os parâmetros utilizados pela Secretaria de Administração Geral do Ministério da Saúde para fixação dos valores a serem pagos pelo fornecimento de cada unidade do medicamento CAPD - Diálise Peritoneal Ambulatorial Contínua não obedeceram os critérios legais de conversão entre Cruzeiro Real, URV e Real, na forma estabelecida pela Lei n. 9.069/95, fruto da conversão da Medida Provisória n. 596/94. A Portaria n. 103, de 22 de junho de 1994, com efeitos a partir de 1º de julho do mesmo ano, desatende ao parâmetro legal de conversão da moeda, a refletir no pagamento do medicamento fornecido pela impetrante, estipulado em R\$ 10,00 por unidade. Nem se alegue a existência de cláusula exorbitante no contrato de fornecimento, qual seja, a possibilidade de alteração unilateral por parte da Administração. Sabem-no todos que o administrador deve pautar a sua atuação pelo princípio da estrita legalidade, consagrado pela Carta Política de 1988 (art. 37, caput). Dessa forma, não poderia o Secretário de Assistência à Saúde do Ministério optar pela adoção de coeficiente superior aos R\$ 2.750,00 para conversão em Reais, o que levou ao pagamento do produto por preço inferior ao estipulado por lei (R\$ 10,96 por unidade), em nítido prejuízo ao administrado contratado. É direito do contratado auferir justa remuneração pelo serviço prestado, sob pena de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A alteração da unidade monetária não poderia redundar em redução do valor pago pelo medicamento em consequência da adoção de critério de conversão da moeda superior ao legal, ainda que sob a alegação de redução do repasse de verbas ao Ministério da Saúde. Assiste à impetrante, pois, o direito ao recebimento das faturas emitidas pelo fornecimento do remédio de acordo o valor fixado na Portaria n. 85, de 18.05.1994, que obedeceu ao critério legal de paridade

Secretaria de Administração Geral do Ministério da Saúde para fixação dos valores a serem pagos pelo fornecimento de cada unidade do medicamento CAPD não obedeceram aos critérios legais de conversão entre Cruzeiro Real, URV e Real, na forma estabelecida pela Lei nº. 9.069/95, fruto da conversão da Medida Provisória nº. 596/94 –, o Tribunal reconheceu a impossibilidade de alegação de prerrogativa da Administração para alterar unilateralmente o contrato em decorrência do dever de obediência do administrador ao princípio da legalidade estrita, não podendo portaria desatender o parâmetro legal de conversão da moeda. Em casos como esse, logo, existe a possibilidade de afastamento de prerrogativa da Administração utilizada de modo ilegal.

4.6 Os Direitos Fundamentais do Contratado e sua Conformidade com a Disciplina da Cláusula de Prerrogativa: aplicando a proporcionalidade

Para a aplicação das cláusulas de prerrogativa, é preciso realizar uma interpretação consentânea ao Estado Democrático de Direito e seu contexto constitucional hodierno, considerando, inclusive, que a Lei nº 8.666/1993 foi editada sob a égide da norma constitucional vigente.

A partir de uma nova perspectiva da atuação do Estado respeitando direitos e garantias fundamentais, cujo núcleo central é a dignidade da pessoa humana, exige-se um enfoque diferenciado sobre as cláusulas de prerrogativa da Administração, especialmente quando da sua aplicação resultar conflito entre o interesse público e o privado.

Dessa forma, as transformações pelas quais vem passando o Direito Administrativo permite afirmar sua compatibilidade com o postulado da proporcionalidade, na tentativa de satisfazer o interesse público, e, por que não dizer, os direitos fundamentais em sua maior medida.

Essa compatibilidade espraia-se pelas ditas cláusulas exorbitantes, ou de prerrogativas, sendo necessário o exame da proporcionalidade de sua aplicação nos contratos firmados pelo Estado por meio das regras da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade é peça essencial para definir o interesse que prevalecerá no caso concreto, por meio do processo ponderativo,⁴⁹⁸ instrumento de operacionalização da supremacia do interesse público.

Lembrando lição apresentada anteriormente, o interesse público primário, num sistema constitucional e democrático, há de desfrutar de supremacia, por não ser passível de ponderação. Ainda, é possível afirmar que o interesse secundário do Estado “jamais desfrutará de supremacia a *priori* e abstrata em face do interesse particular”, cabendo ao intérprete resolver o choque.⁴⁹⁹ Desse modo, como princípio jurídico, o interesse público em sentido estrito (interesse geral), *prima facie*, deve prevalecer sobre interesses específicos (individuais ou coletivos), podendo ser afastada essa precedência de acordo com o caso concreto, por meio da ponderação (ou proporcionalidade).

Para melhor elucidar o ponto, apresentar-se-ão dois exemplos.

Suponha-se que, em uma determinada cidade do norte do País, na qual a vacinação da população ocorra regularmente de acordo com o planejamento do órgão de saúde local, houve o aumento do fluxo migratório de modo desordenado, causando o reaparecimento de casos de uma doença controlada. O citado órgão, que possuía um contrato com o fabricante da vacina para fornecimento regular em quantidade predeterminada, vê-se diante da necessidade de aumentar seu estoque em 20% e pretende valer-se da sua prerrogativa de alteração unilateral do contrato. No entanto, não é de interesse da empresa, no caso, aumentar o seu fornecimento, pois a quantidade de vacinas que produzirá a mais será destinada para venda a estabelecimentos privados e que pretendem apenas fazer estoque da vacina.

Tome-se agora um segundo exemplo, em que o mesmo órgão de saúde local, em tempo de normalidade, resolve construir um novo prédio sede e contar com novo mobiliário. Por isso, celebra contrato com empresa fabricante de condicionadores de ar para o fornecimento de equipamentos que substituirão os antigos equipamentos e guarnecerão as salas administrativas do novo prédio. Durante a obra, vista a necessidade de ampliação do projeto, verifica-se o aumento do número de salas e, conseqüentemente, o aumento da demanda de condicionares de ar em percentual não superior a 25% do inicial, o que fará a Administração promover alteração no contrato. Ocorre que a empresa contratada não possui interesse, naquele momento, em fornecer mais condicionadores de ar, pois todo seu estoque

⁴⁹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 267.

⁴⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In.: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. xiv-xvi.

deverá ser repassado para empresas varejistas com contratos assinados anteriormente, de grande interesse do contratado para expansão dos negócios.

Nota-se que os dois casos demonstram exemplos de contrato administrativo em que a Administração, utilizando-se de sua prerrogativa legal de alteração unilateral do contrato e de acordo com o limite legal, pratica modificação no contrato para suposto atendimento do interesse público.

Aparentemente, a solução adotada pela Administração é simples e acertada ao solucionar os dois casos da mesma forma. Todavia, ante ao paradigma administrativo da supremacia do interesse público sobre o privado e a necessidade de sua aplicação de acordo com o Estado Democrático de Direito, a partir de uma perspectiva pós-positivista, a análise não pode ser realizada de modo açodado, sob pena de gerar equívoco grave. Nem se pode afirmar que as situações são iguais, merecendo o mesmo tratamento.

Enquanto o primeiro caso nos relata um conflito entre o direito à saúde (ou até mesmo à vida), de um lado, e o direito à livre iniciativa e concorrência, do outro lado; o segundo caso nos revela o conflito de outros valores, do lado do Estado, salubridade do ambiente de trabalho e, do outro, a livre iniciativa e a livre concorrência. Temos nos casos, então, a seguinte colisão: dois interesses tutelados pelo sistema jurídico, sendo um interesse relacionado à coletividade em si considerada (interesse geral) e, de outro lado, um interesse individual (específico), devendo ser realizado o processo ponderativo.

Assim, com base no princípio da proporcionalidade, percebe-se, para o primeiro caso, ser adequada a alteração unilateral do contrato com o aumento do fornecimento de vacinas para combater a doença, não sendo adequado esperar por uma nova licitação, o que poderia afetar negativamente o interesse público. A medida é necessária para evitar a rápida proliferação da doença, e, não havendo outra alternativa mais suave, não excede ao limite do indispensável. Ainda, a medida é proporcional em sentido estrito por não existir nenhum outro meio menos gravoso para ambos os contratantes, considerando o conjunto de interesses em jogo, pois, no conflito entre o interesse de concretizar o direito à saúde da população e o interesse privado de livre iniciativa e concorrência, o primeiro possui maior peso.

Quanto ao segundo caso, cujo interesse do Estado apresenta-se como secundário, não se pode chegar à mesma conclusão. Conquanto seja a medida administrativa de alteração unilateral do contrato adequada, encontramos problema no atendimento do segundo requisito, a necessidade. Por certo, a Administração possui a necessidade e o dever de promover um ambiente de trabalho salubre para seus servidores, todavia, a medida de alteração unilateral, sem maiores prejuízos para a Administração poderá ser substituída por um novo processo

licitatório, sem causar grandes transtornos, até mesmo, podendo haver o uso dos equipamentos antigos por um período de tempo. A isto, soma-se o fato de que, no sopesamento dos interesses envolvidos (proporcionalidade em sentido estrito), o interesse exposto pelo Estado pode ser tomado como de menor peso em relação ao do contratado, que seria amplamente prejudicado com a alteração unilateral do contrato.

Desse modo, observando-se as conclusões dos dois casos, fica evidenciada a pertinência de aplicação das cláusulas de prerrogativas de acordo com um juízo de proporcionalidade consentâneo ao Estado Democrático de Direito, sendo viável a medida adequada, necessária e proporcional cujo interesse tutelado tenha maior peso.

Outro ponto que pode ser discutido a partir da ponderação é o *performance bond*, modelo do direito anglo-saxão formatado para defender o erário de práticas lesivas, proporcionando, ainda, a continuidade das obras públicas no interesse de seus beneficiários (a comunidade). O referido modelo aproxima-se (tem mesma essência) do seguro-garantia, indicado na Lei nº 8.666/1993, contudo, sua aplicação na legislação estrangeira destoa da nacional, no que tange aos limites percentuais assegurados; além da amplitude do negócio jurídico realizado com as seguradoras, tendo, assim, características próprias. Exemplo dessa singularidade é sua obrigatoriedade, segundo a *Federal Miller Act Bonds (Title 40 – Public Buildings, Property, and Works, subtitle II, part A, Chapter 31, subchapter III, §§ 3131-3134)*⁵⁰⁰ – legislação federal norte-americana sobre o tema. Esta “tem por escopo a regulamentação da aplicação dos *sureties* em obras do governo federal que forem orçadas em valores acima de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares)”.⁵⁰¹

Segundo Carvalhosa,⁵⁰² o *performance bond* possui dentre seus objetivos: impedir a interlocução entre o Poder Público e as empreiteiras; garantir o preço, a qualidade e os prazos. Por conta dele, a seguradora assume a obrigação de responder (em 100% do valor do contrato) perante o ente público contratante pelo descumprimento das obrigações por parte da pessoa jurídica contratada, possuindo regresso contra esse último assegurado em contrato firmado no momento da expedição do seguro. Há a expectativa que a seguradora fiscalize a obra, impedindo que a empresa contratada incorra em desperdícios e execute uma obra de má qualidade. No cumprimento de sua obrigação, a seguradora poderá: assumir ela própria a

⁵⁰⁰ *United States of American. U. S. Code. Miller Act Bonds.* Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/40/3131>>. Acesso em: 09 dez. 2018.

⁵⁰¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2013. Ebook.

⁵⁰² CARVALHOSA, Modesto. A corrupção sistêmica gerada pelo capitalismo de laços – o instrumento do *performance bond*. **Revista dos Tribunais**, vol. 967, p. 13 – 19, Maio2016, DTR\2016\4638.

execução do restante da obra; contratar nova empresa; financiar o próprio contratado; ou indenizar o contratante da obra.

Reconhecido como alternativa ao modelo brasileiro de seguro-garantia, a discussão sobre sua introdução no nosso sistema jurídico avança no Congresso Nacional, sendo inúmeras as propostas legislativas como, por exemplo, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 59, de 2016, para estabelecer a obrigatoriedade de prestação de seguro-garantia de 100% do valor do contrato em obras, serviços e fornecimento de bens de valor estimado superior a 200 milhões de reais. Mais recentemente, surgiu o PLS nº 274, de 2016, que torna obrigatória a contratação integral do seguro-garantia nas contratações acima de 10 milhões de reais – com alcance para a administração pública em todas as esferas. Ainda, avança no Congresso o PLS nº 559, de 2013, que, ao instituir novas normas para as licitações, altera a sistemática do seguro garantia no Brasil.

Embora interessante, esse modelo também sofre críticas da doutrina pátria. Joel Menezes Niebuhr,⁵⁰³ por exemplo, apresenta-se contrário aos percentuais da garantia de modo elevado, ao passo que os custos para cumprir o contrato aumentarão e, mesmo de forma indireta, onerará o licitante, que o transferirá para a Administração. Ainda, aumentando o custo para o licitante, a competitividade poderá ser limitada. Logo, para o autor, a aplicação do seguro garantia deve ser analisada caso a caso, não devendo ser empregada de maneira compulsória.

Outras questões atinentes à aplicação do modelo norte-americano no Brasil dizem respeito à sua ofensa ao princípio da impessoalidade e a consequente perda de efetividade da norma legal de dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra (art. 24, XI, Lei nº 8.666/93).

O princípio da impessoalidade possui como principais implicações conferir maior relevância à objetividade da escolha administrativa e à vedação de discriminações e favorecimentos indevidos.⁵⁰⁴ Nesse sentido também é a posição de José dos Santos Carvalho Filho:

a impessoalidade e a objetividade do julgamento são emanções da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indicam vedação a distinções

⁵⁰³ NIEBUHR, Joel Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 679-680.

⁵⁰⁴ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **O princípio da impessoalidade nas licitações**. Maceió: Edufal, 2005, p. 101.

fundadas em caracteres pessoais dos interessados, que não reflitam diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação).⁵⁰⁵

Logo, aplicando o modelo americano de seguro garantia no Brasil, de um lado, tem-se a promoção ao princípio da eficiência, possibilitando que a seguradora – que não possui vínculo com a Administração – contrate terceiro ou execute por si a obra pública paralisada; do outro, temos o princípio da impessoalidade aplicado às contratações públicas.

Talvez a resposta esteja nos critérios de ponderação de Robert Alexy, dando primazia ao interesse público e ao desenvolvimento nacional. Todavia, em vista do panorama de escândalos no Brasil, a medida ainda precisa ser discutida e colocada a devida baliza.

Por fim, outra situação que pode ser destacada como exercício da ponderação na aplicação de cláusula de prerrogativa é o afastamento da impossibilidade de alegação da exceção de contrato não cumprido mesmo antes do prazo de 90 dias apregoado pela Lei Geral de Contratações (art. 78, inc. XV). Essa norma sofre temperamentos da doutrina, valendo ser destacada a lição de José dos Santos Carvalho Filho, para quem existe a possibilidade de oposição da exceção de contrato não cumprido contra a Administração, mesmo antes dos noventa dias previstos na Lei.

[...] Entendemos, entretanto, que, em situações especiais, se o prejudicado, mesmo antes desse prazo, ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força da falta de pagamento, tem ele direito à rescisão do contrato com culpa da Administração. Fora daí, é admitir-se a ruína do contratado por falta contratual imputada à outra parte, o que parece ser inteiramente iníquo e injurídico.⁵⁰⁶

Desse modo, para o citado autor, ocorrendo a situação excepcional e a Administração não tomando as providências devidas, cabe, ao particular, recorrer ao judiciário e, por meio de uma ação cautelar, formular sua pretensão para lhe ser conferida tutela preventiva imediata, para que a Administração não possa lhe imputar conduta culposa. Evita-se, assim que a Administração, que está descumprindo obrigação contratual, se locuplete indevidamente, valendo-se de sua torpeza, medida aparentemente justa e razoável.

⁵⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 75.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 196.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho recaiu sobre a análise da compatibilidade das conhecidas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos com o sistema jurídico nacional vigente, averiguando a adequação do instituto aos postulados do Estado Democrático de Direito e ao fenômeno da Constitucionalização do Direito Administrativo.

Nesse caminho, mostrou-se necessário fazer um panorama do Direito Administrativo no Estado contemporâneo, que, ao buscar um balanceamento entre autonomia privada e poder público, se constitui em instrumento de defesa de valores imprescindíveis ao cidadão. Mostrou-se, então, necessário analisar a evolução da Administração Pública e do Direito Administrativo, notadamente as novas reflexões pelas quais passam, reconhecendo-se um conflito de ideologias e concepções, tal como a aproximação entre sociedade e instituições públicas, em contraponto à clássica divisão dos espaços público e privado, além de uma revisão do paradigma da supremacia do interesse público. Ainda, num primeiro momento, foi necessário apresentar a noção de interesse público e seus desdobramentos na atualidade, indicando o contrato administrativo como instrumento concretizador da finalidade pública.

A noção de interesse público está intimamente ligada ao Direito Administrativo e suas instituições, evoluindo no estágio do Estado Social e Democrático de Direito, passou a integrar a ideia de interesse geral, este, conceito mais amplo que corresponde às esferas do todo coletivo e do cidadão como indivíduo, visando à promoção efetiva dos direitos fundamentais. Dessa forma, considerando o entrelace dos conceitos, optou-se, na presente pesquisa, por não fazer distinção no uso das expressões.

Identifica-se existir, assim, interesse público na satisfação de direitos fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito, em observância à dignidade da pessoa humana. Abandona-se, dessarte, uma visão puramente individualista e constrói-se um caráter solidário nas relações, que estabelece, a partir de uma adequada compreensão, uma prevalência do interesse público sobre o interesse privado. Vale dizer, ainda, a proteção dos interesses individuais, na forma preconizada pelo ordenamento, também se constitui em interesse público.

O interesse público pode ser usado em um sentido amplo, ou seja, abarcando todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico, atuando como limite legal à atuação administrativa (sentido negativo). Em outro segmento, existirá o interesse público em sentido

estrito, exigência validante do agir da Administração Pública em determinadas situações (sentido positivo).

Foi preciso desmistificar o equívoco em relacionar o interesse público com todo e qualquer interesse do Estado. É dessa dissociação, que advêm os conceitos de interesse primário do Estado (os propriamente públicos) e interesse secundário do Estado (ou interesse da Administração Pública, o qual só pode ser buscado quando coincidir com o primeiro).

Considerando o contrato administrativo como instrumento dotado de finalidade pública, em face da sua capacidade de auxiliar na promoção do desenvolvimento nacional, foi apresentada sua disciplina, inicialmente a partir da sua compreensão normativa e os contornos da doutrina clássica sobre o tema. Firmou-se a posição pela possibilidade de a Administração Pública celebrar contratos, como espécie de negócio jurídico, sempre a partir do cumprimento de uma finalidade pública. Além disso, reconheceu-se, aqui, que os efeitos dessa relação jurídica são fixados pelo sistema jurídico. Ainda, considerando a vontade como elemento do suporte fático, demonstrou-se a existência de manifestação da vontade pela aceitação, ou não, do particular em firmar o contrato. Por fim, verificou-se que a existência de uma suposta desigualdade entre os contratantes não macularia a relação estabelecida, pois previamente conhecida por disposição legal e compensada pela garantia constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Ainda sobre os contratos administrativos, foi apresentada a evolução de seu tratamento, chegando-se a afastar, na atualidade, a visão do gênero contratos da Administração, dividido nas espécies de contratos administrativos e contratos de Direito Privado da Administração, por meio da sistematização dos contratos em módulos convencionais, estando os contratos administrativos da Lei nº 8.666/1993 na especificação de módulos convencionais instrumentais, ao qual se deteve este estudo para a análise das cláusulas exorbitantes, por representarem a maior parte das avenças do Poder Público e o grande volume de recursos públicos que o são dirigidos.

Por fim, em decorrência das alterações sociais e políticas ocasionadas por novas reflexões, que também permearam o Direito Administrativo, na tentativa de adequação ao Estado Democrático de Direito, buscou-se demonstrar a compatibilidade do contrato administrativo e a concretização dos direitos fundamentais, sendo aquele instrumento de desenvolvimento da sociedade e promotor do interesse público. Ainda nessa linha de promoção do desenvolvimento, destacou-se a aplicação do princípio da continuidade aos contratos com sua ligação ao princípio da eficiência, envolvendo a ideia de atividade eficiente não apenas economicamente, mas como instrumento dotado de mecanismos para alcance do

interesse público. Em seguida, verificou-se a aplicação do princípio da igualdade entre as partes nos contratos administrativos, existindo uma regulação diferente em virtude dos interesses envolvidos, cabe dizer que é a discussão sobre esse princípio a base para a distinção doutrinária dos contratos em administrativos e privados da Administração, de acordo com um critério de exorbitância que permeariam os primeiros.

É a partir dessa distinção que se adentrou profundamente no estudo do instituto das cláusulas exorbitantes à luz da constitucionalização do Direito no cenário do Estado Democrático de Direito, com base nas novas reflexões acerca do Direito Administrativo, com foco na dicotomia clássica que distingue Direito Público e Direito Privado e no princípio de supremacia do interesse público sobre o privado.

Analisando-se a relação do Direito Público com o Direito Privado, foi possível perceber a existência de dois grandes blocos no Direito, aparentemente distantes, mas, em verdade, imbricados, que, em face da supremacia e unidade da Constituição como norma fundante da validade e legitimidade da ordem jurídica, passam a ser compreendidos como intimamente ligadas, no contexto de um sistema jurídico unitário. Logo, é preciso ter em mente que a distinção entre Direito Público, relacionado ao Estado, e Direito Privado, relacionado aos interesses individuais, jamais significou a incomunicabilidade de ambos e a quebra da unidade do Direito, sendo decorrente desse fato a utilização de institutos formatados no Direito Civil no âmbito do Direito Administrativo.

Com as novas demandas da sociedade e sua crescente conscientização social na formação do Estado Democrático, promoveu-se uma superposição entre o público e o privado, caracterizada pela Constitucionalização do Direito, gerando uma fase de duplo movimento: uma via marcada pela publicização do Direito Privado e outra pela privatização do Direito Público. Todavia, os dois movimentos, aparentemente, totalmente contraditórios, convergem para um ponto comum: a perseguição do interesse da coletividade, inspirado pela ideia de supremacia do interesse público, realçando a universalidade do Direito e a sua indivisibilidade em partes estanques.

Então, como resultado desses movimentos, criou-se um intercâmbio e conexão entre público e privado, deslocando-se a atenção dos critérios de diferenciação entre eles para os critérios de coexistência e de imbricação entre ambos, não podendo, no contexto do Estado Democrático de Direito, o público e o privado serem tratados como realidades opostas, inclusive no que tange aos contratos. Nesse caso, adota-se um instituto jurídico geral (ou categoria jurídica), que passa a ser formatado de acordo com o ramo jurídico aplicável, não surgindo em oposição aos demais, sendo todos uma variação de um supraconceito da Teoria

Geral do Direito. Os institutos jurídicos gerais são modulados para aplicação no Direito Administrativo, e o contrato, como categoria jurídica da Teoria Geral do Direito, também sofre essas modulações. Desse modo, a diferença de natureza e a diversidade de regimes para os contratos administrativos e os contratos privados não é tão radical. Essas modulações nos contratos firmados pela Administração são o resultado de uma dupla exigência: peculiaridades da Administração como organização pública e sua atividade ou finalidade. Dentre essas modulações, estariam as prerrogativas do poder público, conhecidas como cláusulas exorbitantes.

É a partir dessa visão que os contratos administrativos vêm a ser discutidos. Inicialmente verificado que a dicotomia contratual no seio da Administração Pública, para grande parte da doutrina, baseia-se nas ditas cláusulas exorbitantes e numa dicotomia aparentemente inexistente, averiguou-se, com base na linha doutrinária de aproximação dos ramos público e privado, como se comporta a disciplina contratual para a Administração brasileira.

Tradicionalmente, os contratos privados da Administração foram considerados regidos pelo Direito Privado, mas parcialmente derogado pelo Direito Público, não possuindo, em regra, a aplicação das já mencionadas cláusulas exorbitantes, logo, a Administração estaria, na maioria desses casos, em posição de igualdade ao particular.

Todavia, numa perspectiva de ser livre o particular para agir e ser a atividade estatal juridicamente dependente, ou melhor, condicionada ao interesse público, a Administração Pública nunca pode ser perfeitamente igualada ao indivíduo, seja em sua forma ou finalidade, pois representa o poder do Estado.

Identifica-se, assim, a necessidade de sujeitar os contratos ditos privados da Administração ao Direito Público, em decorrência da publicização do contrato privado, ocasionada pelos direitos fundamentais, gerando a uniformização do regime jurídico aplicável a todos os contratos da Administração. Essa proximidade é verificada na própria Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 54, ao dispor que os contratos tratados naquela Lei se regulam pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado. Logo, não é possível admitir a existência de uma categoria de contratos firmados pela Administração sujeitos, exclusivamente, ao Direito Privado.

O interesse público, a ser perseguido no Estado Democrático de Direito, é elemento fundamental na construção do regime aplicado aos contratos da Administração, sendo com base nele, o interesse público, a fundamentação da flexibilidade do contrato administrativo,

em contraposição ao contrato privado. Além disso, é lastreado no interesse público que a Administração põe o seu contratado em situação de colaborador por aceitar previamente a possibilidade de mutação da avença, diante de limites legais. Por fim, é com base no interesse público que prerrogativas de autoridade são exercidas.

Dessa forma, a posição mais adequada é a de submissão de todos os contratos em que a Administração Pública é parte às prerrogativas que a Lei prescreve, atualmente conhecidas como cláusulas exorbitantes, pois existiria a finalidade pública em todos os contratos da Administração. No entanto, a aplicação seria verificada caso a caso quando se tratar de espécie contratual tipicamente criada para regular relações privadas, com disciplina específica. A expressão “no que couber” existente no §3º do art. 62 da Lei nº 8.666/1993 tem o condão de evitar tautologias ou a existência de cláusulas que não guardem qualquer pertinência. Logo, a presença das ditas cláusulas exorbitantes não pode ser critério para diferenciar os contratos firmados pela Administração, pois esta sempre atuará de modo a cumprir o interesse público e, por conseguinte, utilizar-se-á de prerrogativas inerentes ao seu exercício.

Verificada, também, a possibilidade das ditas cláusulas exorbitantes serem compatíveis com o Direito Privado, não sendo elas o elemento diferenciador dos contratos administrativos para os privados, mas o fato de a Administração exercer os seus poderes no contrato, resultado da posição jurídica na qual se encontra, é inadequado o uso daquela expressão, existindo expressões mais acertadas, tal como cláusula de prerrogativa.

Na derradeira parte desta pesquisa, ao adentrar-se na análise de compatibilidade das prerrogativas contratuais da Administração com o Estado Democrático de Direito, em virtude dos ataques que sofre, foi realizado outro conjunto de ponderações sobre essas prerrogativas, averiguando-se: a higidez do seu fundamento, no caso, o princípio da supremacia do interesse público; o cenário das cláusulas de prerrogativas e suas críticas; as cláusulas de prerrogativa e seus pontos de tensão no Estado Democrático de Direito; a consensualização na Administração Pública; e a solução de conflitos quando da aplicação de prerrogativas.

Encarada como condição de existência de qualquer sociedade e pressuposto lógico do convívio social, a supremacia do interesse público traduz-se em três consequências: reconhecimento de uma posição privilegiada do Estado; reconhecimento de uma posição de supremacia do Estado na relação com particulares; e existência de restrições no desempenho da atividade pública. Tais consequências decorrem do desenvolvimento de duas ideias do Direito Administrativo: proteção aos direitos individuais diante do Estado; e necessidade de satisfação de interesses públicos.

Reconhecido um duplo caráter normativo à supremacia do interesse público (norma-regra e norma-princípio), todo interesse público em sentido amplo, juridicamente tutelado, deve prevalecer sobre qualquer interesse privado, na acepção do princípio como norma-regra. Como norma-princípio, o interesse público em sentido estrito, *prima facie*, deve prevalecer sobre interesses específicos (individuais ou coletivos), podendo ser afastada essa precedência de acordo com o caso concreto, por meio da ponderação. É bom que se diga, é na dimensão principiológica da supremacia do interesse público que se admite, por meio da ponderação, até mesmo seu afastamento no caso concreto, pois, em determinadas situações, mais intensa será a preservação do interesse público na medida em que forem concretizados os valores constitucionais.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade é plenamente compatível com o princípio da supremacia do interesse público, comportando-se o primeiro como importante ferramenta de operacionalização do último, permitindo definir o interesse público que prevalecerá no caso concreto.

Afirma-se, então, a higidez da supremacia do interesse público como fundamento das prerrogativas da Administração nas relações com seus administrados fundadas no interesse público, em especial no tocante aos contratos administrativos, aplicando-se a proporcionalidade como sua baliza.

Numa compreensão atual das prerrogativas contratuais, constatou-se que o grande problema dessas prerrogativas não está na ausência de norma, mas em sua aplicação.

A aplicação das prerrogativas deve obedecer a outros princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito, para a correta compreensão do que é, no caso concreto, interesse público, evitando-se agir com arbitrariedade.

Reconhece-se que muitas são as críticas lançadas às prerrogativas contratuais da Administração, com propostas de solução dissociadas da realidade fática. Desse modo, há necessidade de novas propostas sobre o tema serem cautelosas, com investigações complexas, considerando o objeto de análise e as situações jurídicas e fáticas que o circundam.

Nota-se que as principais discussões não partem de uma distinção entre o plano dos fatos e o plano das normas, nem da distinção entre Administração e Direito Administrativo, nem mesmo de uma devida contextualização do sistema contratual vigente com seu funcionamento na prática. Assim, pode-se perceber, há um equívoco no entendimento de que falhas da gestão pública somente sejam resolvidas com novos institutos ou normas; as vantagens e desvantagens das prerrogativas, quando aplicadas aos contratos, não são observadas à luz da realidade encontrada na gestão pública brasileira, não se imputando os

problemas diretamente à lei; além disso, é possível constatar a existência de situações justificadoras para a aplicação dos poderes estatais, em cumprimento ao princípio fundamental da boa administração. Conclui-se, por conseguinte, que as normas fundantes do sistema de prerrogativas não precisam ser necessariamente alteradas, haja vista, além de não haver comprovação científica acerca da relação exata entre os problemas apresentados pela doutrina crítica e aquele sistema, o uso das prerrogativas é discricionário, verificado no caso concreto, estando limitadas à medida de satisfação do interesse público.

Quanto aos pontos de tensão das cláusulas de prerrogativa, constatou-se: (a) liberdade de escolha no contrato administrativo se caracteriza na possibilidade de aceitar ou não a oferta com suas regras estabelecidas para atendimento do interesse público, em decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que põe o Estado em posição diferenciada, o que, no entanto, não elimina a dupla manifestação de vontade existente na relação contratual do Estado com o terceiro particular; (b) a necessidade do cumprimento da função social pelo contrato administrativo decorre especialmente do seu objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, realizando o interesse público, sendo as prerrogativas da Administração instrumentos para a consecução dessa finalidade; (c) as situações de instabilidade contratual geradas pelas prerrogativas da Administração são previamente conhecidas pelos contratantes, não agindo a Administração de modo incoerente ou com má-fé ao se utilizar de prerrogativa criada em favor do interesse público primário, todavia, a conduta infringente à estabilidade da relação deve ser responsabilizada com base na boa-fé; (d) a posição diferenciada entre Estado e particular não existe fora de um sistema normativo, devendo observar os limites estabelecidos pela Lei, além de, por vezes, ser encontrada em relações contratuais estritamente privadas; e (f) Infirmar as prerrogativas da Administração ao argumento de que sua aplicação resulta em prejuízo econômico e, por isso, perda de eficiência, por parte da Administração, é reduzir o princípio apenas ao seu aspecto econômico, sem nem mesmo apresentar uma relação direta de causa e efeito, que poderia ser melhor encontrada no fato dos preços ofertados à Administração serem maiores em razão de esta possuir a pecha de mau pagadora, burocrática e não planejadora.

No que diz respeito à tendência de consensualização na Administração Pública, a convivência harmônica entre prerrogativas e consensualidade existe, necessitando-se de uma relação dinâmica e negociada entre as partes, especialmente para solução de questões não previstas contratualmente ou de situações que sofreram profundas mutações, não imputáveis às partes. Ainda, face ao regime público ao qual está submetido o contrato administrativo, a utilização de instrumentos consensuais pela Administração Pública sempre será concretizada

nos limites da finalidade pública, com ônus argumentativo incrementado para as modificações unilaterais permitidas na Lei, e a partir de um juízo de proporcionalidade, haja vista a vinculação das partes ao convencionado no contrato e ao dever de boa-fé presente.

Percebe-se que a doutrina da flexibilização das cláusulas de prerrogativa, ao pregar uma aplicação conjunta a uma dupla motivação, está dissociada da realidade, pois não se imagina na prática contratual como seria a dinâmica de uma flexibilização corriqueira das prerrogativas administrativas, quando somente ao administrador caberia realizar tais escolhas.

Por fim, considerando a existência de conflito entre direitos fundamentais dos contratos e o interesse público na aplicação das cláusulas de prerrogativa, será necessário o exame da proporcionalidade de sua aplicação nos contratos firmados pelo Estado por meio das regras da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Ainda, é possível afirmar que o interesse secundário do Estado não desfruta de supremacia *a priori* e abstrata em face do particular, cabendo ao intérprete resolver o choque. Desse modo, como princípio jurídico, o interesse público em sentido estrito (interesse geral), *prima facie*, deve prevalecer sobre interesses específicos (individuais ou coletivos), podendo ser afastada essa precedência de acordo com o caso concreto, por meio da ponderação.

Desse modo, em arremate final, conclui-se que a influência da constitucionalização do Direito no cenário do Estado Democrático de Direito sobre a Administração Pública e o Direito Administrativo, em especial a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, a partir de uma noção de interesse público, alteraram a estrutura do Estado e de suas relações, a partir da penetração de valores constitucionais que implicaram a transformação de institutos e no modo de agir da Administração. Tal fato resultou numa revisão de modelos, por vezes, criticados, mas que não necessariamente devem ser vistos como ofensivas à concretização do novo Estado, constatação que se aplica às ditas cláusulas exorbitantes, em verdade, prerrogativas da Administração em seus contratos, cujo desiderato é auxiliar a consecução do interesse público. Por certo, o Direito Administrativo está em evolução, renovando e enriquecendo-se, mas não perde características inerentes, nem significa a superação de tudo que foi construído, mas, sim, um momento de reflexão e interpretação sob uma nova ótica, a dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os regimes de direito público e de direito privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

ABRÚCIO, Fernando Luiz. O Impacto do Modelo Gerencial na Administração Pública: Um Breve Estudo Sobre a Experiência Internacional Recente. **Cadernos ENAP**. Brasília, nº 10, 1997, p. 37-38. Disponível em:

<<http://www.enap.gov.br/documents/52930/707328/cad10.pdf/c8e241fc-5d44-4f4f-9755-0fe73eacd341>>. Acesso em: 27 de maio de 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio (Coord.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. A distinção entre “público” e “privado” aplicada aos contratos celebrados pela Administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. p. 325-336 In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017

ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos de. Da incompatibilidade entre as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo e os paradigmas do Estado Democrático de Direito. O princípio do Estado Democrático de Direito e o princípio da tutela da confiança. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 15184862, Teresina, ano 15, n. 2441, 8 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14466>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARÊDES, Sirlene Nunes. As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos da administração em contratos administrativos e contratos de Direito Privado. **Revista de Direito Administrativo**; v. 253, 2010, p. 173-198. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8053/6842>>. Acesso em: 16 nov. 2018

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 24, p. 159-180, São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, nº 215, 1999, pp. 151-179, Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

_____. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, p. 21 e 23-24, out.-nov.-dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 19 de novembro de 2015.

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In.: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Ebook.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Lucas Abreu; CRUZ, Andreza Soares da. Funcionalização do contrato: o direito privado e a organização econômico-social contemporânea. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, v. 6, n. 24, p. 79-88, out./dez. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In.: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 7ª reimp. Tradução Calos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Exposição de Motivos Interministerial (E.M.I.) nº 104/MP/MF/MEC/MCT**, de 18 de junho de 2010. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>.

Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp#2>>. Acesso em 08 dez. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1746**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 216.018/DF**, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2001, DJ 10/09/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 275.820/DF**, segunda turma, Relator Min. Franciulli Netto, publicado DJ 29/09/2003.

BRITO, Naiana Bezerra de. O interesse público nos contratos administrativos e suas implicações no desenvolvimento do país. p. 33-69. In: CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler (Org.). **Cumprimento de contratos e razão de estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 19ª reimp. Coimbra: Almedina, 1941.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **O princípio da impessoalidade nas licitações**. Maceió: Edufal, 2005.

_____. A Eficiência da Administração Pública e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). **Direito Administrativo Inovador**. Curitiba: Juruá, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. A corrupção sistêmica gerada pelo capitalismo de laços – o instrumento do *performance bond*. **Revista dos Tribunais**, vol. 967, p. 13 – 19, Maio2016, DTR\2016\4638.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Sistema de Controle Interno: Perspectiva Gerencial e o Princípio da Eficiência. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 7, n. 30, p. 63-72, out./dez. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Disponível em: <<http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/viewFile/635/462>>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2004.

COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. O microsistema das contratações públicas. p. 15-42. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (Coord.). **Contratos administrativos: estudos em homenagem ao professor Florivaldo Dutra de Araújo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos. O princípio da eficiência administrativa. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Coord.). **Direito Administrativo Inovador**. Curitiba: Juruá, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 161, p. 7-28, fev. 1985. ISSN 2238-5177. p. 09. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44753/43450>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

CRISTOVÂM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público**. Curitiba: Juruá, 2015.

CUNHA, Marcelle Figueiredo da. **Cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos: conciliando interesse público e eficiência**. Disponível em: <<http://livrozilla.com/doc/1475046/marcelle-figueiredo-da-cunha-marcelledir>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO,

Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Ainda existem contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito Administrativo**, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades; IBRAHIM JÚNIOR, Márcio Antônio Deotti. **A exorbitância nos contratos administrativos e direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2907d2584b4215ec>>. Acesso em: 16 de nov. de 2018.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. **Pensar – Revista de Ciência Jurídica**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 551-586, mai./ago. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/2704/pdf>>. Acesso em 21 fev. 2019.

_____. Apontamentos sobre a teoria do fato jurídico. In. BESERRA, Karoline Mafra Sarmiento Beserra; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; e SILVA, Jéssica Aline Caparica da (Org.). **Estudos sobre a teoria do fato jurídico na contemporaneidade: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. Aracajú: EdUnit, 2016.

ESPANHA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el **Código Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**, reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. O direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 179, p. 207-217, jul./set. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160748/Direito_privado.pdf?sequence=1>. Acesso em 15 fev. 2018.

FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

FERRAZ, Luciano. Função Regulatória da Licitação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 19, ago./set./out., 2009. p. 02. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e Sua Nova Finalidade: A promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FROTA, Hidemberg Alves da. **O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da principiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade: O Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo Tomo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Direito Administrativo Tomo II**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão Técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 1: Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GÜECHÁ MEDINA, Ciro Norberto. Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. **Opin. jurid.**, Medellín, v. 5, n. 10, p. 33-47, July 2006. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302006000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 mar. 2018.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Direito Privado na Administração Pública Brasileira Atual: Algumas Perspectivas. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAURIUO, Andre. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 466, abr. 1945. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8416/7165>>. Acesso em: 10 Dez. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v1.1945.8416>.

HORTA, Raul Machado. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JORGE COVIELLO, Pedro José. El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius vivandi?. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 66, p. 170, jan. 2011. ISSN 2305-2546. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3135>>. Acesso: 30 nov. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela lei 12.349. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 50, abril 2011. p. 02. Disponível em <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=50&artigo=1077>>. Acesso em 24 nov. 2016.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KLOSS, Eduardo Soto. *La contratación administrativa: um retorno a las fuentes clásicas del contrato*. In **Revista de Administración Pública**, n.º 86, mai/ago 1978, p. 570-577.

Disponível em:

<<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=86&IDA=23062>>. Acesso em 27 de nov. 2017.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. A relevância da teoria do fato jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo. In: **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. Coord. Fredie Didier Jr. E Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo. Princípios contratuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3750, 7 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25359>>. Acesso em: 13 out. 2013.

_____. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 13 out. 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. In: **Revista do Advogado**: contratos com o poder público, n. 107, ano XXIX, dez./2009, p. 74-82. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/211972/mod_resource/content/1/Do%20Contrato%20Administrativo%20%C3%A0%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Contratual%20-%20Floriano%20de%20Azevedo%20Marques%20Neto.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97114>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Direito Administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito Administrativo**: transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito Administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia parte II. Disponibilizado pelo autor.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Contrato de direito público ou administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 88, p. 20, jul. 1967. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/29858>>. Acesso em: 10 Dez. 2017.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Melhoramentos, 2015 Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Administrativo aplicado: A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Teoria do fato jurídico: parte geral**, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado: parte geral**, Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MODESTO, Paulo. Notas Para Um Debate Sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 02, maio 2001. p. 09. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook.

_____. O Futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. p. 545-563. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. p. 105-130. In: BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coord.). **Direito Administrativo e Integração Regional: anais do V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Consensualismo e Interpretação dos Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

NIEBUHR, Joel Menezes. Princípio da Eficiência: Dimensão Jurídico-Administrativa. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba, n. 70, p. 952, dez. 1999. Disponível em: <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em: 24 de novembro de 2015.

_____. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia;

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Reforma Administrativa e Burocracia: Impacto da Eficiência na Configuração do Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, nov./dez./jan., 2009. p. 02. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 24 nov. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2013. Ebook.

_____. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

_____. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan. 2011. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

ONU. *The General Assembly*. 41/128 **Declaration on the Right to Development, 1986**. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/41/128>. Acesso em: 07 dez. 2018.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao Desenvolvimento Como Direito Fundamental. In: **Congresso Nacional do CONPEDI** (16: 2007: Belo Horizonte, MG) Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, pp. 6952-6973. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em 15 nov. 2016.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. Os contratos da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 72, jan. 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46171>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**, 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2015.

PEREIRA JUNIOR, J. T. Notas acerca das repercussões no novo Código Civil sobre os contratos administrativos. In: **Revista do TCU**, n. 102, out./dez. 2004, p. 70-85. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/611/672>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Direito ao Desenvolvimento. In: **II Colóqui Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_direito_ao_desenvolvimento.pdf>. Acesso em 26 nov. 2016.

REVOREDO, Luciana Alves. A constitucionalização do direito administrativo no cenário do Estado democrático de direito e o reflexo nos contratos administrativos. In: **Revista de Estudo de Direito Postal da ECT**, vol. 1, ano XIV, nº 04, Brasília, dez. de 2016. Disponível em: <<https://www.correios.com.br/sobre-os-correios/a-empresa/revista-de-estudo-de-direito-postal-da-ect/edicao-atual/pdf/2016/artigo4.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um conceito jurídico indeterminável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túlio. **Manual Prático das Licitações**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, nº 23, Belo Horizonte: Fórum, p. 127-144, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/536/83>>. Acesso em 30 out. 2018.

SANTI, Eurico Diniz de. Ato administrativo e sua estrutura: do ato-fato ao ato-norma. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Eduardo Sens do. A função social do contrato: elementos para uma conceituação. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, v. 4, n. 13, p. 99-111, jan./mar. 2003.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Cláusulas exorbitantes: da teoria à prática. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 29, p. 53-93, jan-mar. 2007.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2005. p. 08. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Revista Brasileira de Direito Civil: RBDCivil**, Belo Horizonte, n. 10, p. 9-27, out./dez. 2016. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/42/36>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**, 8ª Reimpressão. Tradução Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Artur Custódio da. **Supremacia do interesse público sobre o privado na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luciane Firmo da. **As cláusulas contratuais administrativas exorbitantes diante dos princípios da economicidade e da eficiência**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_administrativo/edicoes/n3_2016/pdf/LucianeFirmodaSilva.pdf>. Acesso em: 21 de fev. 2018.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais: RT**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In Virgílio Afonso da Silva (org.), **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Contratos administrativos de obras e o problema de sua alteração. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 24, nov./dez./jan., 2011. p. 04. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1788153/mod_resource/content/1/carlos%20ari%20sundfeld%20e%20rodrigo%20pinto%20de%20campos%20-%20contratos%20administrativos%20de%20obras%20e%20o%20problema%20de%20sua%20altera%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

_____. **Direito Administrativo para céticos**, 2.ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

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

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes superiores brasileiras. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 98-110, jul./set. 2011. Disponível em:
<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/26901/005_tepedino.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 22 fev. 2019.

United States of American. U. S. Code. Miller Act Bonds. Disponível em:
<<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/40/3131>>. Acesso em: 09 dez. 2018.

VERONESE, Alexandre. A busca de um novo modelo de gestão para a ciência, tecnologia e inovação na política do MCT (1995-2002). **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 1, p. 107-124, fev. 2006. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 fev. 2019.

WALD, Arnaldo. Novas tendências do Direito Administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 43-47, out. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em:
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46615>>. Acesso em: 06 out. 2018.