

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

JANAÍNA RIGO SANTIN

RUBENS BEÇAK

ANDRÉS BOIX-PALOP

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito administrativo e gestão pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; Rubens Beçak; Andrés Boix-Palop – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-014-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

Apresentação

As novas interfaces nas relações entre Estado, Sociedade Civil e Mercado neste limiar do século XXI exigem um novo olhar sobre o direito administrativo e sobre a gestão pública, capaz de dar conta de toda a complexidade dessas novas relações de proximidade e parceria entre o público e o privado.

Por certo o Estado-Nação, da maneira como foi concebido na modernidade, como o centro único do poder político e regulador da vida econômica e social, atualmente vê sua capacidade de implementar políticas públicas garantidoras dos direitos sociais diminuída, gerando um enfraquecimento do constitucionalismo social decorrente do pós-guerra.

Dessa forma, com vistas a otimizar a gestão pública e superar a crise dos direitos sociais, é preciso desenvolver-se uma nova ordem regulatória dialética, capaz de abrir espaço para a atuação da sociedade civil (terceiro Setor) e do mercado (segundo Setor) em tarefas que antes eram monopólio estatal (primeiro Setor).

Nesse sentido, o X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito) em VALÊNCIA – ESPANHA, teve como tema: **CRISE DO ESTADO SOCIAL**. Realizou-se nos dias 04/09/2019 a 06/09/2019, na Universidad de Valencia, na Espanha, congregando pesquisadores de instituições e programas de Mestrado e Doutorado das mais diversas partes do Brasil e do exterior.

Os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I parabenizam e agradecem aos autores dos trabalhos que formam esta obra, pela valiosa contribuição científica de cada um. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito no Brasil e, ousamos afirmar, em âmbito mundial, já que se consolida com sua décima edição, agora em Valência, na Espanha.

Coordenadores do Grupo de Trabalho:

Professora Doutora Janaína Rigo Santin – (UPF) Universidade de Passo Fundo

Professor Doutor Rubens Beçak - (USP) Universidade de São Paulo

Professor Doutor Andrés Boix-Palop – Universitat de València - Estudi General

**O PRINCÍPIO REPUBLICANO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
ESTRUTURANTE DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A NOÇÃO DE
PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS CLÁUSULAS
EXORBITANTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**THE REPUBLICAN PRINCIPLE AS A STRUCTURING CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE LAW: THE NOTION OF PUBLIC
ADMINISTRATION PREROGATIVES AND THE EXORBITANT CLAUSES IN
THE ADMINISTRATIVE CONTRACTS**

José Sérgio da Silva Cristóvam ¹

Resumo

O presente ensaio aborda o tema do princípio republicano como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo, com uma análise mais voltada para o debate em torno da noção de prerrogativas da Administração Pública e as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. O referido debate se insere na discussão relacionada aos parâmetros de construção de um renovado regime jurídico-administrativo, com a travessia de um modelo mais autoritário, imperativo e autocrático de Administração Pública (paradigma tradicional), para uma perspectiva mais consensual, dialógica, isonômica e democrática (paradigma da Administração Pública democrática).

Palavras-chave: Princípio republicano, Princípios constitucionais estruturantes, Regime jurídico-administrativo, Prerrogativas da administração pública, Cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the theme of the republican principle as a structuring constitutional principle of Administrative Law, with a more focused analysis on the notion of prerogatives of Public Administration and the exorbitant clauses in the administrative contracts. This debate is part of the discussion related to the parameters of construction of a new legal administrative system, with the crossing of a more authoritarian model, and autocratic imperative of Public Administration (traditional paradigm) for a more consensual perspective, dialogic, isonomic and democratic (paradigm of Public Administration democratic).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Republican principle, Structuring constitutional principles, Legal administrative system, Prerogatives of public administration, Exorbitant clauses in the administrative contracts

¹ Mestre e Doutor em Direito/UFSC – estágio de Doutorado Sanduíche na Universidade de Lisboa (Portugal). Professor Adjunto de Direito Administrativo – Graduação e PPGD/UFSC. Conselheiro Federal da OAB/SC. E-mail: jscristovam@gmail.com

1. Introdução

A proposta de redefinição dos contornos procedimentais e, sobretudo, materiais do princípio republicano permite a rediscussão do modelo de prerrogativas administrativas, fundadas em um superado vetor de assimetria e verticalização do Poder Público sobre os cidadãos, a ser substituído pela perspectiva da horizontalidade, da consensualidade e da transparência do agir administrativo, elementos de concretização política e jurídica de uma nova vocação democrática e republicana da Administração Pública, muito mais afinada com a ordem constitucional brasileira e com as melhores expectativas da sociedade.

Essa é a tônica central da temática aqui debatida, que parte da construção de uma adequada e sistematizada concepção de regime jurídico-administrativo, constitucionalmente vinculado como estrutura normativa e conjunto de finalidades e objetivos, a ser acompanhada pela construção normativo-axiológica das suas linhas mestras (princípios estruturantes).

O estudo tem justificativa a partir da proposta de superação em certa medida daquele paradigma tradicional, que fundava e legitimava o regime jurídico-administrativo em um modelo mais assimétrico e verticalizado de poderes e prerrogativas da Administração Pública, com a reconstrução das suas bases de justificação e conformação sistemática, agora sobre fundamentos estruturantes capazes de afinar o diálogo e manter uma dialética de legitimidade sinfônica com todo o arranjo normativo constitucional, sob a batuta instrumental e horizontalizante do Estado constitucional de direito e do paradigma emergente da Administração Pública democrática.¹

Embora aqui não se possa avançar no debate mais aprofundado acerca dos contornos deste referido paradigma emergente da Administração Pública democrática, cabe consignar seu marcado traço de travessia para uma matriz jurídico-política administrativa menos imperativa e verticalizada, fundada na valorização dos vetores da consensualidade, da transparência, do controle social, da eficiência administrativa e da efetiva construção de espaços democráticos para a formação da decisão administrativa, a partir dos princípios estruturantes da dignidade da pessoa humana,² do Estado democrático de direito,³ do princípio republicano e da sustentabilidade.⁴

Convém adiantar que a noção de princípios estruturantes, aqui referida, parte da doutrina do constitucionalista lusitano José Joaquim Gomes CANOTILHO, que os define como aquelas “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”, as

¹ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, 2015, p. 121-318.

² Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, 2016, p. 745-772.

³ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, 2017, p. 575-604.

⁴ Sobre o tema, ver: FREITAS, 2016.

diretrizes normativas fundamentais, constitutivas e indicativas “das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”. Assim concebidos, os princípios estruturantes acabam por alcançar concretização pela via de outros princípios e regras constitucionais de densificação, que iluminam “o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno” (CANOTILHO, 2003, p. 1173-1174).

Para os contornos do presente ensaio, cumpre estabelecer como problema central questionar em que medida o princípio republicano se sustenta como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo, e quais suas consequências para o debate em torno da noção de prerrogativas da Administração Pública e os contratos administrativos?

Como hipótese básica do presente ensaio, entende-se que aqueles referidos princípios estruturantes não servem como parâmetros normativos que possam isoladamente sustentar o regime jurídico-administrativo, mas sim como verdadeiro quarteto principiológico estruturante assecuratório dos padrões de unidade interior e adequação valorativa conformadores de todo o edifício constitucional administrativo, com o debate aqui voltado ao princípio republicano.

Com efeito, eis os objetivos centrais do estudo: a partir de uma leitura sistemática e comprometida com a plena efetividade das normas constitucionais, busca-se oferecer as bases para um renovado regime jurídico-administrativo, submetido a um verdadeiro “choque de constitucionalização”, que resplandece reestilizado em seus conceitos e nos contornos dos institutos tradicionais, aqui mais voltada à análise das prerrogativas da Administração Pública e os contratos administrativos.

2. O princípio republicano como princípio constitucional estruturante do regime jurídico-administrativo

Não há como definir ao certo as razões, mas o fato é que o estudo jurídico da noção de República como princípio constitucional não tem recebido quase nenhuma atenção ou demonstração de interesse pela doutrina nacional.⁵ Enquanto algumas temáticas relacionadas à teoria dos princípios, proporcionalidade, razoabilidade, direitos fundamentais e hermenêutica constitucional, apenas para exemplificar, recebem uma verdadeira “enxurrada” de estudos monográficos, ensaios, artigos e trabalhos acadêmicos de mestrado e doutorado, o

⁵ Na literatura jurídica nacional, vale ressaltar o trabalho do precocemente desaparecido publicista Geraldo ATALIBA, intitulado República e Constituição, um dos precursores debates sobre o tema, após o advento da Constituição Federal. Sobre o tema, ver: ATALIBA, 1998.

que é sempre positivo para o amadurecimento do debate jurídico, outros assuntos ficam quase esquecidos, como ocorre com o estudo do princípio republicano.⁶

A afirmação desse quadro pode ser colhida, inclusive, nas reflexões de Luiz Henrique Urquhart CADEMARTORI e Paulo Márcio CRUZ, quando esclarecem que, embora vastamente empregados no universo jurídico e nos domínios da ciência política, República e princípio republicano são categorias, no mais das vezes, não adequadamente compreendidas, porquanto “normalmente operadas a partir de conceitos modernos insuficientes ou parciais”. Isso traz, por conseguinte, sérios prejuízos ao próprio entendimento de outras categorias correlacionadas, como os direitos fundamentais, a cidadania e a própria democracia. Como “princípio reitor de todo ordenamento jurídico”, o princípio republicano possui conteúdo jurídico autônomo, pelo que não pode ser confundido conceitualmente com outros princípios com os quais guarda constante diálogo, como o Estado democrático de direito, a temporalidade dos mandatos eletivos, a democracia representativa e a dignidade da pessoa humana (CADEMARTORI; CRUZ, 2008, p. 845-846).

Convém, desde já, esclarecer que, embora não diretamente relacionado à concepção jurídico-normativa do princípio republicano, conforme aqui referido, a discussão em torno da noção de República vem recebendo, mais recentemente, um importante influxo de estudos filosóficos e políticos, sobretudo a partir do debate entre as correntes do “liberalismo” e do “republicanismo” (neorrepublicanismo),⁷ sendo, para alguns autores, que este último poderia ser tomado em certa medida como sinônimo de “comunitarismo”.⁸

Infelizmente, o presente ensaio não comporta a recuperação dos antecedentes históricos e filosóficos do princípio republicano, a partir da noção de República na Antiguidade clássica até sua retomada já na Modernidade, o que deixaria transparecer o debate contemporâneo entre as concepções liberais, fundadas basicamente em uma ideia forte de individualismo, de liberdade e autonomia da esfera privada, e as concepções relacionadas ao republicanismo (ou neorrepublicanismo), que sustentam a necessidade de retomada da proeminência da esfera pública e da defesa do bem comum, a partir de uma noção contemporânea de interesse público e de virtudes cívicas.⁹

⁶ Sobre o tema do princípio republicano na literatura jurídica nacional, ver: AMORIM, 2008; CADEMARTORI; CRUZ, 2008; CRUZ; SCHMITZ, 2008; LEWANDOWSKI, 2005; SILVA, 2011.

⁷ Ultrapassam os limites da presente abordagem a recuperação do complexo e riquíssimo debate entre as diversas concepções de liberalismo, de republicanismo e de comunitarismo. Sobre o tema, ver: CITTADINO, 2004; DIAS, 2008; PINTO, 2010.

⁸ Sobre o tema, ver: DOBROWOLSKI, 2007, p. 80.

⁹ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, 2015, p. 295-300.

Por certo, a construção do conteúdo do princípio republicano não pode ser reduzida a uma (quase acanhada) dimensão formal-procedimental, relacionada à forma pela qual são escolhidos os governantes da nação (temporalidade dos mandatos eletivos). No sistema constitucional brasileiro o princípio republicano é alçado à condição de princípio axiológico estruturante do Estado constitucional de direito, um princípio jurídico-político substantivo, que funciona como parte do núcleo essencial da Constituição e informa toda a normatividade constitucional, servindo de base e esteio à defesa e promoção de todos os direitos e interesses da coletividade dos cidadãos, assim considerados.

Trata-se de um princípio constitucional aberto e dinâmico, concretizado a partir de uma série de outros princípios (gerais e especiais) e regras constitucionais, bem como as demais normas de concretização legislativa e decisões administrativas e judiciais, a partir de um constante e complexo diálogo e da relação dialética com os demais princípios estruturantes da ordem constitucional, como os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado democrático de direito.

Sobre a construção de um modelo republicano fundado na dignidade humana, Luís Pedro Pereira COUTINHO oferece uma noção de República assente em uma dimensão de ordem, que “corresponde à estruturação normativa de uma existência colectiva, enquanto tal definidora do estatuto dos membros de uma comunidade historicamente alcançada e instituidora de um poder político que os subordina”. E, a partir dessa dimensão de ordem normativa, não enquanto mero e instável resultado de uma decisão política da comunidade, mas enquanto parametrização moral e ética fundamental da humanidade, o constitucionalista lusitano defende o princípio da dignidade humana como o princípio legitimador da República, uma “República baseada na dignidade humana” (COUTINHO, 2010, p. 187-211).

Em sentido semelhante, depois de defender que o princípio republicano representa a “viga mestra do sentimento constitucional”, LEWANDOWSKI o define como “um estado de espírito coletivo que, ‘transcendendo todos os antagonismos e tensões existentes, político-partidárias, econômico-sociais, religiosas ou de outro tipo, integra os detentores e destinatários do poder num marco de uma ordem comunitária obrigatória’”. E, nesta linha, aproxima claramente o princípio republicano a uma perspectiva substantiva e axiológica de projeto democrático (parametrização moral e política), ao justificá-lo como fruto de um sentimento de repulsa ao regime militar de exceção e de “repúdio ao passado histórico de autoritarismo político e de exclusão social, consubstanciando um projeto de desenvolvimento nacional que busca a superação das desigualdades, a efetivação dos direitos fundamentais e a consolidação da democracia” (LEWANDOWSKI, 2005, p. 197).

Certamente, não se está a defender que o princípio republicano seja obra inovadora do legislador constituinte de 1988. É sabido e consabido que, desde a Constituição de 1891, o Estado brasileiro assumiu a forma republicana, sem jamais tê-la abandonado. Mas, até o advento da ordem constitucional de 1988, sua genética formal-procedimental falava muito mais alto, abafando qualquer traço substantivo porventura normatizado.

Por outro lado, parece difícil negar que, embora normativamente republicano, o Estado brasileiro jamais conseguiu se apartar daquela sua genética patrimonialista e da ilegítima e epidêmica colonização do espaço público por interesses egoísticos de grupos que se revezam no poder, verdadeiras traças a corroer o tecido sociopolítico nacional e a plantar no senso comum um sentimento de desesperança e desencanto com a esfera pública.

Por certo, as bases substantivas políticas e sociais para o choque normativo e ideológico de republicanização e democratização nacional só foram estabelecidas com a Constituição Cidadã. Mas da vontade normativa para a realidade das ruas e das repartições públicas há um descompasso de tempo considerável, a demonstrar que essa dimensão substantiva de República aqui alinhada não pode ser entendida como um conceito político ou jurídico acabado, mas como uma constante ética e ideológica em contínua construção, mais uma utopia humanista a ser recuperada e vitaminada no seio da comunidade política.

Sobre essa dimensão axiológica ou ideológica do princípio republicano, CADEMARTORI e CRUZ partem da noção de interesse da maioria vinculada às ideias de bem comum e de resgate da coisa pública (esfera pública), o que os leva a sustentar o princípio republicano como o “princípio dos princípios”, que funciona “como a matriz político-ideológica do ordenamento e vincula todas as outras normas jurídicas”, pelo que o seu real significado “permite que se estabeleçam hipóteses e que se possa propor desdobramentos para todo o Direito Público, com uma melhor e mais segura compreensão do conteúdo, sentido e alcance de todos os seus institutos. A República é uma espécie de síntese de todas as instituições” (CADEMARTORI; CRUZ, 2008, p. 848-854).

Essas considerações, embora sofisticadas e bem fundadas, não podem ser assumidas sem uma necessária reflexão crítica. Importa, de início, reconhecer que os referidos autores são expressos em afirmar que essa noção do princípio republicano como o “princípio dos princípios” não dialoga com qualquer feição autoritária ou monolítica, pelo que o interesse da maioria sempre estará adstrito “aos limites republicanos, ou seja, circunscritos aos ditames do Estado Democrático de Direito, aos Direitos Humanos, à Dignidade da Pessoa Humana, à Temporalidade dos Mandatos Eletivos, à Democracia Direta e Representativa e aos demais princípios que emanam do Princípio Republicano” (CADEMARTORI; CRUZ, 2008, p. 855).

Nada obstante, não parece sustentável a defesa de que todo o sistema normativo constitucional estaria submetido à perspectiva estruturante do princípio republicano, assim entendido como o “princípio dos princípios”. Não parece adequada ou mesmo compatível com o Estado constitucional de direito, nos termos aqui estabelecidos, a ideia de que sob o princípio republicano estariam assentados todos os demais princípios fundamentais gerais e especiais, em uma síntese completa da normatividade constitucional, inclusive no sentido de que o Estado democrático de direito e o princípio federativo seriam estruturas instrumentais à consecução do princípio republicano e aos interesses da maioria. Não se pode concordar com uma dimensão assim totalizante e absoluta do princípio republicano, como “valor maior que conforma todo o ordenamento jurídico no qual o interesse de muitos ou de todos suplante sempre o interesse de poucos ou de um: o Princípio Republicano é um inestimável instrumento para a consecução da Justiça, em seu tríplice aspecto (comutativa, distributiva e social)” (CRUZ; SCHMITZ, 2008, p. 49-50).

No Brasil, um princípio ideal assim concebido exige ignorar o fato de que os mais de cem anos de República ainda não foram suficientes para “republicanizar” o Estado. Nem se fala em “republicizar”, porque isso remete a uma falsa ideia de que em algum momento o Estado brasileiro já foi, genuinamente, público – o que não encontra respaldo histórico. Somente agora, com a Constituição Cidadã, é que se pode falar em uma “Primeira República brasileira”, um Estado republicano do ponto de vista substantivo. Mas este é um processo social e político que requer uma dimensão histórica, a paulatina criação de uma cultura de esfera pública na sociedade. Não há como falar em um conceito normativo de esfera pública, de coisa pública, de *res publica*, se não estão dadas as suas bases sociais e políticas.

No mesmo quadrante, do ponto de vista normativo, isso exigiria reconhecer que a ordem constitucional compactua com um realinhamento normativo mais ao Estado e com o esvaziamento daquele propalado personalismo constitucional, focado no cidadão e não no poder estatal. A ideia de um princípio assim forte e com claras vocações de um centralismo absolutista da racionalidade normativa constitucional depõe contra a própria perspectiva aberta, dinâmica e pluralista do Estado constitucional de direito, que perde em funcionalidade sistêmica e em efetividade normativa, sobretudo se pensado pela via dos direitos e garantias fundamentais.

Apenas para um exercício retórico, pode-se dizer que a defesa de uma dimensão assim totalizante do princípio republicano somente seria legítima, se pensada a partir de um modelo ideal de Estado republicano, radicalmente fundado sobre as bases de uma sociedade efetivamente livre e materialmente igualitária, instrumentalizada por uma noção de

democracia participativa e pelo primado da dignidade humana. Mas estes modelos de Estado e de sociedade assim descritos não existem. E o Brasil, por certo, não serve de parâmetro para qualquer tentativa de aproximação a um modelo idealista assim estruturado.

Em síntese, o princípio republicano é aqui assumido na sua dimensão axiológica de princípio constitucional estruturante, que deve ser densificado a partir do diálogo contínuo e de complexa conformação dialética com os princípios da dignidade humana, do Estado democrático de direito e da sustentabilidade, com vistas à defesa e promoção dos direitos, interesses e valores plasmados no seio da Constituição Cidadã e na respectiva ordem jurídica correspondente.

3. O debate em torno das prerrogativas da Administração Pública e das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos a partir da dimensão do princípio republicano

As recuperações históricas e filosóficas do princípio republicano culminam com o reconhecimento da sua disposição de princípio constitucional estruturante do regime jurídico-administrativo. No Estado constitucional de direito, muito mais do que uma feição meramente formal-adjetiva (procedimental), o princípio republicano alcança uma perspectiva axiológica e substantiva, a ser concretizada a partir da dialética e dialógica ponderação com os demais princípios constitucionais estruturantes, entre os quais a dignidade humana, o Estado democrático de direito e a sustentabilidade.

A dinâmica de densificação do princípio republicano atinge, também, uma enorme teia de regras e princípios constitucionais conformadores, de normas infraconstitucionais e de decisões administrativas e judiciais, sobre o complexo amálgama do princípio do interesse público, um princípio implícito que funda seu *status* constitucional no próprio princípio republicano. Mas não a partir de qualquer dimensão teórica ou axiológica (fraca ou forte) de supremacia abstrata e apriorística do interesse público sobre o particular, e sim pela via do paradigma emergente aqui delineado, inspiração da noção de supremacia da Constituição e da defesa e promoção dos direitos fundamentais (CRISTÓVAM, 2015, p. 121-172).

No paradigma tradicional da supremacia do interesse público, entendido o regime jurídico-administrativo a partir da relação bidimensional de prerrogativas e sujeições, o conjunto de prerrogativas da Administração Pública seria justificável a partir do próprio fenômeno da verticalização administrativa (assimetria entre a Administração Pública e os cidadãos), com a efetiva prevalência do Estado sobre a pessoa. O Estado, único responsável pela prossecução do interesse público (função instrumental), acabaria mesmo por corporificá-

lo e personificá-lo, o que levaria a legitimar uma ordem de prerrogativas e privilégios administrativos (substantivos e adjetivos), “como uma projeção natural – aceita quase, ousaria dizer, como um dado da natureza mesma das coisas – da superioridade jurídica dos interesses do Estado em relação aos interesses do indivíduo” (BINENBOJM, 2008, p. 113).

As expressões da relação de assimetria substantiva e adjetiva entre a Administração Pública e os particulares (prerrogativas administrativas) podem ser abordadas a partir de diferentes planos. Há, por exemplo, diversas prerrogativas relacionadas a uma dimensão processual, ligadas a privilégios discriminatórios e derogatórios do primado da isonomia, conferidos à Fazenda Pública em juízo,¹⁰ como: 1. Prazos processuais dilatados: as entidades que compõe a Fazenda Pública – Administração Pública direta e suas autarquias e fundações de direito público – têm prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais (artigo 183 do atual Código de Processo Civil), o que já foi inclusive mais alargado (prazo era em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (artigo 188 do Código de Processo Civil de 1973); 2. Confissão ficta e revelia: há consolidado entendimento de que a ausência do preposto da Administração Pública não induz à confissão ficta, e que a falta de contestação ou contestação extemporânea não acarretam revelia, porquanto o Poder Público defenderia interesses indisponíveis; 3. Duplo grau de jurisdição: ressalvadas as exceções legais, estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmadas pelo tribunal, as sentenças proferidas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como as decisões que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 496, I e II do Código de Processo Civil); 4. Sistema de execução mediante precatórios (artigo 100 da CF/88 e artigos 534 e 535 c/c artigo 910 do Código de Processo Civil): Aplica-se um processo especial de execução (sistema de precatórios), excetuado apenas no caso de créditos de natureza alimentícia e pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor; 5. Restrição à concessão de medida liminar e tutela antecipada: Várias são as previsões legais que veiculam vedação à concessão de medidas liminares, de natureza cautelar ou antecipatória, contra o Poder Público, em ações de mandado de segurança, ações civis públicas e ações de rito ordinário em geral (artigos 1º, § 5º, 2º e 4º da Lei Federal n. 8.437/1992; artigo 1º da Lei Federal n. 9.494/1997; e artigos 7º, §§ 2º e 5º e 15 da Lei Federal n. 12.016/2009).

Outras prerrogativas, que podem assumir tanto uma perspectiva material (substantiva) como procedimental (adjetiva), estão relacionadas ao agir administrativo em geral e às

relações contratuais da Administração Pública (contratos administrativos), a exemplo dos atributos dos atos administrativos (presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade – exigibilidade e executoriedade) e as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos (artigo 58 da Lei Federal n. 8.666/1993 e demais cláusulas de privilégio). Todas estas prerrogativas seriam, também, justificáveis a partir daquela máxima da verticalidade e da assimetria característica da relação entre o Estado e os particulares, em oposição à horizontalidade e à isonômica simetria comum às relações privadas em geral, fundadas que estão sobre as bases do primado da igualdade jurídica (artigo 5º, *caput* da CF/88).

O debate aqui proposto acaba por, em certa medida, viabilizar a rediscussão do fundamento de legitimidade jurídico-política e institucional dessas prerrogativas, que não mais podem ser justificadas pela simples alusão a um parâmetro de apriorística prevalência abstrata do interesse público (coletivo) sobre o privado (individual).

A manutenção da legitimidade desse sistema de privilégios administrativos exige o respaldo dos princípios estruturantes do novo regime jurídico-administrativo, contrastado pela dimensão da Supremacia da Constituição, o que impõe, para além da mera legalidade administrativa, a compatibilidade e a justificação operada pela via da complexa, aberta e dialógica conformação de todas as normas constitucionais, com o respeito às ponderações abstratas e gerais do legislador (desde que Constitucionais), alcançando o estágio máximo de concretização nas devidas ponderações administrativas e judiciais das situações concretas.

Neste quadrante, abandonada a justificação apriorística da verticalidade e da assimetria jurídico-administrativa e assumida a força político-normativa da dimensão horizontalizadora do princípio da igualdade, BINENBOJM sustenta que o teste de legitimidade (ponderação proporcional) de um privilégio administrativo exige: 1. Que a compressão do princípio da isonomia (decorrente da discriminação desfavorável ao particular) “seja apta a viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei”; 2. Que a medida da compressão da isonomia (extensão da discriminação desfavorável ao particular) se limite ao estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento daqueles fins cometidos pela ordem normativa; 3. Que a medida do sacrifício imposto à isonomia seja compensada “pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo” (BINENBOJM, 2008, p. 114).

¹⁰ Para um estudo panorâmico sobre a disciplina da Fazenda Pública em juízo, ver: PEREIRA, 2008.

Isto acaba por conduzir a algumas possíveis reflexões. Haveria justificativa razoável para o sistema de prazos processuais dilatados para a Fazenda Pública, quando em juízo? Haveria um quadro de morosidade na obtenção, pelos advogados públicos, de informações e provas necessárias à defesa do Poder Público nos respectivos processos judiciais? Haveria uma situação de insuficiência de procuradores públicos que induzisse ao prejuízo da defesa judicial, a ponto de justificar uma sistemática normativa de prazos dilatados? Está-se diante de prerrogativa de processo ou privilégio injustificável? Semelhantes indagações podem ser direcionadas a todas as demais prerrogativas processuais acima referidas, inclusive (sobretudo) ao regime constitucional de precatórios.

Cumprе reiterar que, no caso dos prazos processuais dilatados, o próprio Código de Processo Civil atual já se ocupou de trazer a situação mais para uma dimensão de horizontalidade, ao suprimir a previsão de prazos em quádruplo para a contestação das entidades que compõem a Fazenda Pública, a demonstrar que, de fato, o ponto de equilíbrio dessa relação deve apontar para a ideia de tratamento igualitário entre os atores processuais, quer sejam particulares quer sejam entidades estatais.

No caso, tais questionamentos e outros porventura cabíveis não podem ser satisfatoriamente respondidos somente a partir de uma resposta de apriorística supremacia do interesse público. Todas essas prerrogativas reclamam constante justificação e eventual revisão, no sentido de se restringir o universo de verticalização administrativa, uma vez que a composição entre os princípios constitucionais estruturantes da dignidade humana, do Estado democrático de direito, da sustentabilidade e do princípio republicano tendem desenganadamente à horizontalidade entre a Administração Pública e os cidadãos, o que exige uma abordagem sempre restritiva e questionadora dos focos de verticalização ainda existentes.

A legítima aplicação do sistema de prerrogativas e privilégios administrativos exige um juízo administrativo de ponderação entre a medida desniveladora imposta ao particular e o benefício coletivo alcançado. Fundado no princípio republicano, incumbe à Administração um juízo de ponderação entre o interesse público privilegiado, em contraste com o conjunto de direitos e interesses individuais preteridos. Mais do que a superação da justificação apriorística (e, em certa medida, autoritária) das prerrogativas da Administração Pública (paradigma tradicional), o novo regime jurídico-administrativo impõe uma dinâmica justificação e ponderação entre os benefícios atingidos e os interesses lesados (comprimidos). Um modelo de gestão pública que exige uma perspectiva alargada de transparência e publicidade do agir administrativo, que passa a contar, necessariamente, com o deslocamento

do foco decisório da autoridade administrativa para a consensualidade democrática.¹¹ A construção coletiva das decisões públicas, com a participação dos diversos atores sociais e políticos envolvidos (controle social), não mais convive com um modelo estático de Administração fundado em presunções (de legitimidade, de veracidade etc.) e autolegitimações pouco, ou quase nada, tocadas pelos novos ventos da democracia participativa e das exigências de uma Administração Pública democrática.

Na linha do debate sobre a questão dos atributos dos atos administrativos, após uma panorâmica recuperação conceitual do tema, Eduardo TOGNETTI sustenta que o atual entendimento da doutrina especializada seria “de que os atos administrativos não apresentam atributos que sejam definitivos e que estejam presentes em todas as possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo possível cogitar de diversas situações capazes de sustentar o afastamento daquelas suas disposições materiais e instrumentais. Desta forma, defende que “os atributos não mantêm com os direitos fundamentais do ser humano uma relação de precedência geral, em que um sempre será inválido. Pelo contrário, dependem de um juízo de ponderação de acordo com o caso concreto” (TOGNETTI, 2010, p. 360-361).

Embora seja possível aquiescer parcialmente à referida ideia, no sentido de que os atributos do ato administrativo não manteriam com os direitos fundamentais uma relação de precedência geral, importa considerar que, em um autêntico modelo de Estado constitucional de direito, fundado em uma Constituição como a brasileira, com o princípio da dignidade da pessoa humana alçado à condição de pauta axiológica fundamental do Estado republicano, social e democrático de direito, há um ônus de argumentação que deve ser assumido pela Administração Pública e, inclusive, pelos juízes e tribunais, sempre que pretenderem a aplicação ou respaldo a qualquer prerrogativa administrativa em desfavor de um direito fundamental. O ônus argumentativo, o dever de justificação racional e de demonstração de preponderância das razões público-administrativas, deve ser assumido pelo Estado, e não o contrário. O signo de Administração Pública fundada no Estado constitucional de direito é o da proteção, da prestação e da consensualidade, e não o da imposição (imperatividade). Em síntese, a presunção geral é de prevalência dos direitos fundamentais.

Em estudo específico sobre a presunção de veracidade e o Estado democrático de direito, Demian GUEDES reconstrói esta relação temática a partir do necessário redimensionamento dos deveres constitucionais de transparência e publicidade dos atos administrativos. Ainda que reconheça como majoritária a doutrina tradicional, no sentido de

¹¹ Para uma análise do fenômeno da consensualidade no Direito Administrativo e dos mecanismos de consenso na atividade administrativa, ver: ALMEIDA, 2008, p. 335-349; OLIVEIRA; SCHWANKA, 2008, p. 31-50.

que seriam admitidos como verdadeiros os pressupostos fáticos da atividade administrativa, até prova em contrário (doutrina tradicional da presunção de veracidade), o autor sustenta que a opção por um Estado democrático de direito, fundado nos princípios da transparência e da publicidade administrativa, justifica a restrição à presunção de veracidade do agir administrativo e impõe a rejeição a um modelo de autolegitimação das afirmações dos agentes estatais. A Administração tem a obrigação de oferecer todas as razões que levaram ao juízo decisório administrativo, de exteriorizar os fatos objetivos justificativos do agir administrativo, que não pode buscar esteio em qualquer noção autoritária de autolegitimação (GUEDES, 2008, p. 248-259).

Afora a problemática normativa e axiológica, a questão traz também um elevado componente simbólico, na medida em que esse modelo de presunções de legitimidade e veracidade reservam ao agir administrativo quase que uma espécie de “carta em branco”, propiciando atuações que, embora totalmente desconformes a um parâmetro de justificação objetiva, estejam protegidas pela presunção de que refletem a expressão da verdade, cabendo aquele que a conteste o ônus exclusivo de provar a insubsistência administrativa. Admitir isso equivale a aceitar como justo um jogo de futebol que já inicia com uma equipe ganhando por um gol. E se essa presunção de veracidade conta com o aval dos tribunais, reconhecida como razão para decidir, pior do que o gol de diferença a desigualdade aí chega a justificar a ideia de que o juiz estaria a favor da equipe da Administração Pública. Uma situação totalmente inadmissível em um Estado constitucional de direito.

O Poder Público tem o dever de promover a exteriorização objetiva dos fatos justificadores da atuação estatal, cabendo-lhe comprovar esses fatos e submetê-los ao controle social, político e até judicial (se exigido), “sem a necessidade de impor, em desfavor do particular, ônus probatórios de fatos negativos, que muitas vezes impossibilitam o exercício de seu direito de defesa em face do Estado”. Ademais, a superação da presunção de veracidade não deixa o Estado sem condições de exercício de suas atividades, “em um vazio normativo. Ao contrário, os instrumentos para sua atuação são apresentados pelo próprio ordenamento: princípios como publicidade, transparência, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e verdade material” (GUEDES, 2008, p. 259-262).

Outra prerrogativa administrativa que vem recebendo uma releitura restritiva de parte da doutrina nacional é o atributo da autoexecutoriedade do agir administrativo. Na doutrina, a autoexecutoriedade é justificada a partir da noção de segurança jurídica e da própria necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que assegura à Administração a prerrogativa de decidir e executar diretamente, por seus próprios meios e

recursos, as ações necessárias a consecução da decisão administrativa, em regra aplicando as sanções respectivas, sem a necessidade de qualquer intervenção judicial (CARVALHO FILHO, 2013, p. 123).

Sobre o tema, depois de empreenderem um amplo levantamento doutrinário, Nina Laporte BOMFIM e Carolina Barros FIDALGO propõem uma releitura da prerrogativa da autoexecutoriedade administrativa, à luz dos direitos fundamentais e do Estado democrático de direito. Uma primeira questão relevante é a identificação das duas vertentes doutrinárias sobre o âmbito de aplicação e abrangência do instituto, a restritiva e a extensiva (ampliativa). Pela teoria extensiva, que parte de uma versão forte da autoexecutoriedade, claramente fundada no princípio da supremacia do interesse público, entende-se que esta prerrogativa acompanha toda a atividade administrativa, a consistir em característica inerente ao próprio agir administrativo, independentemente da existência de uma expressa disposição normativa específica, ou, melhor, somente por ela limitada. Por outro lado, a corrente restritiva preconiza o reconhecimento de uma versão fraca da autoexecutoriedade, limitada àqueles casos em que exista expressa (ou mesmo implícita) previsão legal ou, excepcionalmente, nos casos de medidas urgentes imprescindíveis à salvaguarda do interesse público (BOMFIM; FIDALGO, 2008, p. 275-279).

Retomando a temática, a partir de uma leitura constitucionalmente conformadora das regras e princípios que informam o sistema constitucional brasileiro, em especial os princípios da dignidade humana, o Estado democrático de direito e os direitos fundamentais individuais e coletivos, com o temperamento do princípio republicano, a via mais afinada a essa juridicidade constitucional é aquela da corrente restritiva, que sustenta a aplicação de uma versão fraca da prerrogativa da autoexecutoriedade. Neste quadrante, não se pode entender a autoexecutoriedade como característica ou traço instrumental e substantivo comum ao agir administrativo, devendo ser encarada como forma excepcional, sujeita às seguintes condições: 1. Existência de prévia autorização em lei específica; 2. Exigências decorrentes de estado de emergência devidamente comprovado e justificado, para resguardar direitos e interesses fundamentais individuais, coletivos e sociais; 3. Casos de estado de necessidade ou estado de urgência devidamente comprovados e justificados, para salvaguardar direitos e interesses fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Ainda nessas condições restritivas, a Administração Pública tem o dever constitucional de buscar uma solução mediada e fundada na consensualidade, uma vez que a conjugação dos princípios da dignidade humana, do Estado democrático de direito, da sustentabilidade e do princípio republicano, com todas as suas regras e princípios

constitucionais de densificação, apontam para um agir administrativo conforme a ideia de Administração Pública democrática, um Poder Público dialógico, aberto e plural, em que a decisão administrativa não seja imposta aos cidadãos, mas o resultado do consenso e do respeito à diversidade de valores, ideias e interesses. Essa é a verdadeira defesa do interesse público que incumbe ao Estado, a formação de consensos dialógicos e não a imposição autoritária de obrigações de fazer ou deveres de abstenções. O gestor da Administração Pública democrática deve ser um gestor (mediador) de conflitos de interesses e não um administrador autoritário e impositivo de soluções nebulosamente obtidas por detrás de burocracias, presunções e outras cortinas de fumaça, sujeitas apenas a um posterior, dispendioso, ineficiente e retrógrado sistema de controle administrativo.

Mesmo naqueles casos de urgência, emergência e calamidade pública decorrentes de eventos incomuns ou catástrofes naturais, em que a autoexecutoriedade administrativa, em última análise, acaba por funcionar como fator de promoção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (promoção da segurança social e prossecução de necessidades urgentes e emergentes), bem como nas situações fundadas em previsão legal, a autoridade pública tem o dever constitucional de sopesar os interesses em jogo e conformar a decisão administrativa a partir da ponderação proporcional de interesses. O agir administrativo será legítimo na medida em que buscar a concretização otimizada de todos os direitos e interesses constitucionalmente previstos.

A análise da ordem normativa brasileira revela diversos casos em que a ponderação legislativa estabelece hipóteses de autoexecutoriedade do agir administrativo, fundado na previsão legal. Sobre o tema, BOMFIM e FIDALGO promovem um extenso levantamento de situações em que a legislação expressamente estabelece a prerrogativa de autoexecutoriedade, como nos seguintes casos: 1. Apreensão de equipamentos de pesca proibida (artigo 33 do Código de Pesca); 2. Reposição de águas públicas (rios, riachos) irregularmente canalizadas pelo particular (artigo 58 do Código de Águas); 3. Apreensão de material de caça ilegal e seus produtos (artigo 35 do Código Florestal e artigo 33 do Código de Caça); 4. Rescisão de contrato administrativo (artigo 80, I da Lei de Licitações e Contratos); 5. Encampação do serviço público (artigos 35, II, e 37 da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos); 6. Medidas administrativas de retenção, remoção de veículo e recolhimento da carteira nacional de habilitação do condutor (artigo 269 do Código de Trânsito Brasileiro) (BOMFIM; FIDALGO, 2008, p. 283-285).

Há, ainda, diversas outras questões relacionadas à autoexecutoriedade do agir administrativo nas seguintes questões: 1. Situações relacionadas à defesa do bem público e de

bens particulares, nos casos de ruína iminente e construções irregulares; 2. Situações referentes à polícia sanitária, controle de doenças e a questão da inviolabilidade de domicílio; 3. Situações ligadas à interdição de estabelecimento, ante o inadimplemento fiscal lesivo à concorrência; 4. Os demais casos decorrentes do poder geral de cautela da Administração para adoção de medidas urgentes na defesa do interesse público (BOMFIM; FIDALGO, 2008, p. 282-302).

Interessante trazer ao debate as considerações de BINENBJM, para quem toda e qualquer restrição administrativa a direitos fundamentais somente pode ser havida por legítima, se reconduzida ao sistema de princípios e valores constitucionais, que possam justificar a compressão de direitos individuais em favor de outros direitos individuais ou metaindividuais. Desta forma, “toda a qualquer atividade de polícia, *restritiva de algum direito fundamental*, só será legítima quando puder ser reconduzida ao sistema constitucional”. Cabe ao Estado legislador ou o Estado administrador encontrar a justificativa objetiva e o “fundamento para a proteção e promoção de outro direito fundamental ou de interesse da coletividade como um todo, que tenham dignidade constitucional, e de que sejam ultrapassados os exames da ponderação proporcional” (BINENBJM, 2008, p. 118-120).

A proposta de releitura do poder de polícia é também defendida por FREITAS, quando alerta que, no “Estado constitucional, o poder existe para os direitos fundamentais, e não o contrário”. Há, na verdade, um dever de polícia da Administração Pública, voltada à defesa e promoção dos direitos fundamentais. Sacrifícios razoáveis e justificáveis, por boas razões, são admissíveis, desde que não resultem do simples “arbitrio ‘legalizado’ pela ordem vigente”, pelo que as limitações de polícia administrativa “somente são justificáveis se acatarem o somatório dos princípios cimeiros que regem as relações de administração. Não é suficiente o respeito isolado à legalidade se, por exemplo, a desproporcionalidade restar configurada”. Nesta quadra, “o exercício do ‘poder de polícia administrativa’ há de estar em conformidade com o direito-síntese à boa administração pública, ou será irregular e antijurídico” (FREITAS, 2008, p. 326-327).

O paradigma emergente apresenta-se como parâmetro de racionalidade e legitimidade das prerrogativas administrativas e, de resto, de todas as expressões de atividades de polícia administrativa, a partir de uma dupla dimensão conformativa. A Administração pública deve perseguir a solução capaz de prestigiar ao máximo o conjunto de regras e princípios que fundam a ordem constitucional, base da limitação às atividades de polícia administrativa, pela via do princípio da dignidade humana e do Estado democrático de direito (dimensão negativa das atividades de polícia administrativa). Mas isto também impõe ações estatais na defesa e

promoção dos direitos fundamentais (dimensão positiva das atividades de polícia administrativa).

A leitura dessa espécie de “constituciómetro da atividade de polícia administrativa” exige uma sofisticada e complexa formação humanística e técnico-jurídica do gestor público. Não basta apenas conhecer as técnicas administrativas, as leis e a Constituição. Exige-se uma afinada sensibilidade para promover a adequada leitura de uma realidade sociopolítica instável, plurissignificativa e altamente complexa, em que a crescente e inflacionada demanda por direitos, um reflexo natural do extenso período de fechamento democrático, faz da ponderação de interesses uma atividade diária do administrador público.

Tão mais acertadas serão as decisões administrativas, quanto mais representarem a resultante de uma posição consensada entre os diversos atores sociais, políticos e econômicos envolvidos, com oportunidade de livre manifestação de todos os grupos de interesses. Essa é a genuína perspectiva da Administração Pública democrática pintada pela Constituição Federal, um espaço de consensualidade decisória, calibrada pela defesa dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, o que exige, sobretudo, o efetivo respeito aos direitos das minorias, e não a imposição surda e cega do poder de polícia administrativa e da autoexecutoriedade dos seus atos. A verticalização assimétrica e autoritária do agir administrativo deve ser reservada a casos especiais, dentro dos restritivos limites da lei, que ainda devem ser temperados pela leitura sistemática da ordem constitucional, ou naquelas situações de excepcionais quadros de urgência, emergência ou calamidade pública.

A releitura da problemática das prerrogativas administrativas permite, ainda, o debate em torno das chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Historicamente admitidas quase sem contestação pela doutrina jusadministrativista, desde o advento da Constituição Federal e a conformação desse novo Direito Administrativo constitucionalizado, com a superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público, o debate em torno dos limites e da legitimidade do sistema de cláusulas exorbitantes comuns aos contratos administrativos, tomou destacado fôlego no debate jurídico nacional. E o combustível axiológico e normativo do debate situa-se, novamente, na releitura a partir do princípio da dignidade humana, dos direitos fundamentais e do Estado democrático de direito.

Uma aprofundada e panorâmica análise da temática das cláusulas exorbitantes, desde a controvertida recuperação histórica das distinções adjetiva (processual) e substantiva (natureza jurídica) entre contratos privados e contratos administrativos, até a atual polêmica sobre a eficiência da gestão privada de serviços públicos, leva Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO a propor uma tipologia das cláusulas exorbitantes em três diferentes

classes: 1. Cláusulas de excoutoriedade, decorrentes da lei e não por imposição propriamente contratual, relacionadas ao plano do exercício dos direitos pela Administração Pública; 2. Cláusulas de *jus variandi*, relacionadas às alterações unilaterais dos contratos administrativos, limitadas aos parâmetros da lei e que devem ser submetidas a um juízo de razoabilidade; 3. Cláusulas de previsão de efeitos sobre terceiros, “que atribuam direitos de expropriação, de receber tarifas, de exercer atividades de polícia e outras, que podem se refletir sobre terceiros, e que, por isso, revogariam a regra da *res inter alios acta nec nocet*, no caso dos contratos administrativos *resultam apenas da aplicação das leis*” (MOREIRA NETO, 2008, p. 572-581).

A partir de uma análise do modelo contemporâneo de Estado, não mais aquele fundado nas ideias de supremacia indiscriminada e baixa preocupação com a competitividade, mas um modelo de Estado pós-moderno, obrigado a conviver com os dinâmicos quadros atuais de economia de mercado e alta competitividade, um Estado não somente “mero executor, mas, preferencialmente, como *formulador político* de instrumentos de *fomento*”, MOREIRA NETO sustenta que a sistemática de prerrogativas administrativas fundadas no modelo de cláusulas exorbitantes apresenta uma série de desvantagens ao atual modelo de Estado, dentre as quais importa destacar a imprecisão e a insegurança que um sistema de cláusulas exorbitantes impõe à relação contratual; o aumento do custo da transação por conta da elevação dos riscos inerentes à contratação pública; o *deficit* de transparência na transação contratual, uma vez que as cláusulas exorbitantes ficam previstas genericamente na lei, sem uma especificação a cada relação contratual; e, ainda, o sacrifício da confiança legítima do contratado, uma vez que as prerrogativas podem disfarçar intenções ilegítimas, com a difundida corrupção pelo temor (a política do “veja bem”) (MOREIRA NETO, 2008, p. 581-582).

Neste quadrante, o autor propõe a superação da atual sistemática da rigidez vinculativa das cláusulas exorbitantes, com a construção de um sofisticado modelo flexível de cláusulas discricionárias, fundado nos parâmetros da consensualidade e da flexibilidade, com a dupla limitação da motivação (legitimidade e segurança jurídica), tanto para a adoção ou afastamento da cláusula de privilégio quando da contratação, como para a aplicação de uma determinada cláusula exorbitante contratualmente prevista. Estes seriam parâmetros capazes de proporcionar um diálogo de flexibilização e ponderação mais efetivos e legítimos entre os princípios do interesse público (não autoritário, mas concorrente), da eficiência, da confiança legítima dos particulares e do fomento público. O abandono da superada estática de supremacia indiscriminada do Estado conduz à defesa da primazia dos direitos fundamentais e

da participação cidadã, o que permite reconhecer “que a passagem de uma *viciosa relação de supremacia* a uma *virtuosa relação de ponderação* marca fortemente o atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre *cidadão* e *Estado*, pondo em crescente evidência a *exclusiva missão instrumental que a este cabe*” (MOREIRA NETO, 2008, p. 585-592).

4. Considerações finais

Para tomar por empréstimo as expressões cunhadas por SUNDFELD, pode-se dizer que no diálogo bipolarizado do Direito Administrativo da atualidade desponta o claro avanço ascendente de um modelo de “Direito Administrativo dos negócios” (mais informal, não infenso à consensualidade e mais interessado na gestão e eficiência do agir administrativo), em contraste com a posição decrescente de um conjunto de perspectivas que fundam aquele chamado “Direito Administrativo dos cliques” (burocrático, autoritário, formalista e pouco preocupado com a gestão de custos e resultados da atividade administrativa) (SUNDFELD, 2012, p. 85-92).

A toda evidência, as análises e os debates travados deixam transparecer que a superação do paradigma tradicional da imperatividade faz eclodir, em variados quadrantes, vivas e fecundas comprovações da efervescência com que desponta o paradigma emergente da Administração Pública democrática, o que permite falar, efetivamente, em um novo regime jurídico-administrativo, uma disciplina aberta, dinâmica, dialética e dialógica, fundada lógica, axiológica, metodológica e ideologicamente no quarteto estruturante dos princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito, da sustentabilidade e do princípio republicano.

O Direito Administrativo constitucionalizado entende o Estado e todo o aparato estatal como estruturas meramente instrumentais, insuscetíveis a qualquer corporificação ou personificação substantiva do interesse público, tanto em um sentido amplo (político-axiológico) como em uma dimensão estrita (jurídico-normativa). O Poder Público é instrumento cativo de defesa e promoção dos direitos fundamentais individuais e sociais. Esta é a sua precípua finalidade e fonte última de legitimação. Um modelo de Administração Pública democratizada, fundada na consensualidade e no controle social, submetido a um dinâmico e dialógico modelo vinculado à primazia dos direitos fundamentais e à supremacia da ordem constitucional.

Referências

- AMORIM, Carlos Alberto Novelino de. **Princípio republicano, cargos em comissão e clientelismo político nos Municípios do Estado do Rio de Janeiro: reflexões sobre a profissionalização da função pública no Brasil**. 2008. 116 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Curso de Mestrado em Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- BOMFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 267-309.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesse da maioria. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, p. 845-860, 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/14_98.pdf. Acesso em: 9 jun. 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Do que a República é: uma República baseada na dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martin de Albuquerque**. v. II. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 187-211.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do direito administrativo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 2, n. 6, p. 745-772, 2016. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0745_0772.pdf. Acesso em: 9 jun. 2019.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da Administração Pública democrática. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 03, p. 575-604, 2017. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/3/2017_03_0575_0604.pdf. Acesso em: 9 jun. 2019.
- CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, n. 01, p. 43-54, jan./jun. 2008.
- DIAS, André de Vasconcelos. **Teorias republicanas da democracia**. 2008. 76 f. Monografia da Disciplina de Direito Constitucional (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2008.
- DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In:

ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 311-334.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o Estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 241-266.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32 p. 31-50, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/504/488>. Acesso em: 9 jun. 2019.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

PINTO, Ricardo Leite. Liberdade republicana e Estado constitucional. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXXVI, p. 429-474, 2010.

SILVA, Michel Mascarenhas. A democracia moderna e o princípio republicano: uma imbricação necessária para a proteção do interesse público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2950, jul. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19671>. Acesso em: 9 jun. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativos para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TOGNETTI, Eduardo. Atributos do ato administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 341-362.