

ano 18 - n. 72 | abril/junho - 2018
Belo Horizonte | p. 1-300 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v18i72
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Um novo regime jurídico para os contratos administrativos: aplicação subsidiária da condição de autoridade, inexistência de um regime geral de prerrogativas e enquadramento do contrato administrativo como instrumento de desenvolvimento

A new legal regime for administrative contracts: subsidiary application of the condition of authority, the absence of a general regime of privileges and the framework of the administrative contract as a development instrument

Vivian Cristina Lima Lopez Valle*

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)
vivian.lima@pucpr.br

Recebido/Received: 13.06.2018 / June 13th, 2018

Aprovado/Approved: 26.08.2018 / August 26th, 2018

Como citar este artigo/*How to cite this article*: VALLE, Vivian Cristina Lima Lopez. Um novo regime jurídico para os contratos administrativos: aplicação subsidiária da condição de autoridade, inexistência de um regime geral de prerrogativas e enquadramento do contrato administrativo como instrumento de desenvolvimento. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 175-208, abr./jun. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i72.997

* Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogada. *E-mail*: <vivian.lima@pucpr.br>.

Resumo: O reconhecimento do aumento da complexidade do fenômeno contratual do Estado exige uma releitura da teoria contratual administrativa, especialmente no que se refere às prerrogativas administrativas. A estruturação das prerrogativas públicas no contrato administrativo produz uma visão do contratado como litigante a qual gera insegurança, instabilidade contratual e uma relação jurídica beligerante e conflituosa. A contemporaneidade permite uma interpenetração do público com o privado na relação contratual administrativa, onde a visão do contrato como categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público com exclusividade, possibilita o reposicionamento do regime contratual de prerrogativas públicas, num ambiente de Administração Pública paritária. A necessidade de revisão da noção de autoridade dentro dos contratos administrativos permite o surgimento do conceito de relação jurídica como novo elemento central, onde contratos administrativos passam a ser enquadrados como relação jurídica multilateral e relacional. Apresenta-se um princípio de eleição entre o direito público e o direito privado e o enquadramento das prerrogativas como cláusulas de aplicação episódica, a depender do preenchimento de requisitos específicos, e não como elemento intrínseco na relação contratual. E também se sustenta a extinção do regime geral de prerrogativas estabelecido na Lei nº 8.666/93, com aplicação a todos os contratos administrativos, substituindo-o por um regime específico contrato a contrato. Busca-se, ao final, propor a obrigatoriedade de adoção de mecanismos consensuais de solução litígios, defendendo-se a aplicação subsidiária de prerrogativas, após o estabelecimento de momento de consenso em Câmaras de Conciliação.

Palavras-chave: Prerrogativas contratuais. Aplicação subsidiária. Consenso. Paridade. Desenvolvimento.

Abstract: The recognition of the increase in the complexity of the contractual phenomenon of the State requires a re-reading of contractual administrative theory, especially with regard to administrative prerogatives. The structuring of the public prerogatives in the administrative contract produces a vision of the contractor as a litigant which generates insecurity, contractual instability and a conflicting and belligerent legal relationship. Contemporaneousness allows an interpenetration of the public with the private in the contractual administrative relationship, where the view of the contract as a legal category that does not belong to private law or exclusive public law, makes it possible to reposition the contractual regime of public prerogatives, in an environment of Joint Public Administration. The need to revise the notion of authority within administrative contracts allows the emergence of the concept of legal relationship as a new central element, where administrative contracts are classified as a multilateral and relational legal relationship. It presents a principle of choice between public and private law and the framing of prerogatives as clauses of episodic application, depending on the fulfillment of specific requirements, and not as an intrinsic element in the contractual relationship. And it also supports the extinction of the general regime of prerogatives established in Law no. 8666/93, applying to all administrative contracts, replacing it with a specific contract-to-contract scheme. In the end, it is proposed to propose the obligation to adopt consensual dispute resolution mechanisms, defending the subsidiary application of prerogatives, after establishing a moment of consensus in Chambers of Conciliation.

Keywords: Prerogatives. Episodic application. Consensus. Parity. Development.

Sumário: **1** Contratos administrativos como processos incompletos e mutáveis – **2** Da flexibilização da obrigatoriedade de um regime geral de prerrogativas contratuais – **3** Um ambiente contratual exorbitante subsidiário – **4** Consensualismo nas relações contratuais, assimetria de posições jurídicas, regime subsidiário de autoridade e contrato como instrumento de desenvolvimento – Referências

“O tema do desenvolvimento e dos direitos fundamentais econômicos e sociais deve, portanto, integrar a agenda do Direito Administrativo social hodierno, impactando sobre os tópicos essenciais desse ramo jurídico, tais como a organização administrativa, os serviços públicos, as políticas públicas e a intervenção

do Estado na atividade econômica. Somente assim será possível transformar efetivamente as estruturas socioeconômicas da realidade brasileira, propiciando uma atuação estatal que não se limite a assegurar um mínimo necessário para o exercício das liberdades.”¹

1 Contratos administrativos como processos incompletos e mutáveis

Partindo-se da premissa de que contratos administrativos, especialmente os de longa duração, desenvolvem-se como processo incompleto, adaptável às mudanças que a relação contratual suporta no decurso do tempo, mutáveis e maleáveis às circunstâncias de interesse público,² e que possuem um espaço de certeza diretamente relacionado a essa capacidade de adaptação, mutabilidade e maleabilidade, é possível repensar o regime jurídico de prerrogativas, sobretudo dentro de uma proposta de aplicação subsidiária.

As exigências de interesse público na contemporaneidade impõem um modelo contratual flexível e despido *a priori* de verticalidade, o que não significa flexibilizar ou limitar a utilização de prerrogativas, mas tão somente definir uma aplicação subsidiária, que se coloca com integral força apenas se identificado fracasso nas tentativas consensuais de solução dos eventuais prejuízos ao interesse público.³

Nesse sentido, Cabral de Moncada defende que a busca do interesse público nem sempre exige a presença das prerrogativas, podendo este ser alcançado por outra forma, em especial o contrato administrativo.⁴ Para Licínio Lopes Martins, as concessões e as parcerias público-privadas constituem, no universo dos contratos administrativos, o campo privilegiado do debate doutrinal.⁵

Ao analisar as bases do que denomina de “novo Direito Administrativo”, Suzana Tavares da Silva destaca a importância que o contrato assume no contexto das fontes de direito, sobretudo de formas de implementação de políticas por via contratual. Afirma a autora que no Código de Contratação Pública de Portugal

¹ HACHEM, 2013, p. 64.

² Sobre o tema do interesse público, ver: GABARDO, 2017.

³ Ao analisar o papel das prerrogativas nas contratações públicas, Thiago Marrara identifica inicialmente o problema que se pretende enfrentar neste estudo: “É nesse mar de incertezas que emergem as dúvidas sobre os poderes exorbitantes da Administração Pública. É verdade que há normas gerais que reconhecem e regem esses poderes, mas o problema não está exatamente na ausência absoluta de normas, senão na dúvida quanto à incidência das existentes sobre os multiformes acordos hoje existentes. Em suma, é possível sustentar um regime padronizado de poderes estatais diante dos contratantes ou, diferentemente, mostrase necessário reconstruir a teoria das cláusulas exorbitantes e modular sua aplicabilidade concreta?” (MARRARA, 2013, p. 237255).

⁴ CABRAL DE MONCADA, 2012, p. 52.

⁵ MARTINS, 2014, p. 454.

o contratado é também um instrumento de colaboração entre Estado e privados para a prossecução do interesse público “o que significa que com a sua utilização se procura captar o interesse e a dinâmica privada para a prossecução de tarefas públicas”.⁶

Luis Verde de Sousa defende o enquadramento das relações contratuais administrativas como um projeto contratual, estabelecido num ambiente de legalidade ampla, construído a partir do diálogo, com ganho de eficiência e vantajosidade para o interesse público,⁷ e sustenta que a elaboração conjunta do conteúdo de um projeto contratual possibilita solidez.⁸

Identificando que no ambiente do Direito Civil, pela natureza da autonomia contratual, é possível convencionar-se uma atuação unilateral de uma das partes, o que demonstra que unilateralidade não se encontra apenas no ambiente de prerrogativas da Administração Pública está Maria João Estorninho.⁹ Dessa afirmação pode-se extrair uma conclusão lógica: o regime de prerrogativas contratuais da Administração Pública não precisa ser necessariamente definido pela lei, de forma geral e abstrata, podendo vir a ser definido pelo contrato.

⁶ SILVA, 2010, p. 60-64.

⁷ “Admitir a possibilidade de construção dialógica do projecto contratual (de todo ou de apenas uma parte), é reconhecer também que a Administração dispõe de uma considerável margem de conformação. No entanto, o reconhecimento deste poder discricionário está longe de significar que sua actuação se deve pautar por critérios exclusivamente economistas (fazendo o que for necessário para obter o designado ‘good value for money’), esquecendo a sua vinculação ao Direito. Mesmo investida de poderes discricionários, a Administração está subordinada ao princípio da legalidade. É esse o bloco de legalidade, composto não apenas pela lei, entendida em sentido genérico [...], mas também pelas regras e princípios consagrados na Constituição pelo Direito Internacional em vigor no foro doméstico (pelo Direito Comunitário originário e derivado) e pelos princípios gerais de Direito que a negociação deve respeitar. [...] A grande vantagem reconhecida à construção dialogada do projeto contratual é da eficiência. A negociação concorrencial permite, em regra, ‘a celebração de um contrato globalmente mais vantajoso para o interesse público’ no domínio da contratação pública, este objectivo é traduzido pela expressão ‘good value for money’: a entidade adjudicante deve procurar obter aquilo de que necessita de acordo com as melhores condições possíveis. Esta máxima pode decompor-se em três postulados essenciais, o objecto da procura deve responder, de forma óptima, às necessidades da entidade adjudicante, o contrato deve prever as melhores condições possíveis para a Administração (preço, prazo de entrega ou de execução, custo ambiental, garantias de cumprimento, etc: o adjudicatário deve ser capaz de cumprir plenamente as obrigações que assumiu)” (SOUSA, 2010, p. 46 e 65).

⁸ “Assim, se observarmos a totalidade do universo da realização de um projeto envolvendo um contrato público, podem ser destacados dois tipos de contribuições: i) as que resultam de uma atuação isolada dos envolvidos no procedimento (administração pública e partes interessadas, candidatos, concorrentes ou contratados – que são as partes negociais) e; ii) o resultado do diálogo estabelecido entre as partes, pois enquanto aquela é elaborada por apenas um dos blocos negociais, este ponto surge depois de um debate que visa conciliar aspectos distintos entre as partes visando um entendimento. Assim, a solução, seja ela pontual (referente a apenas um aspecto do projeto) ou global, é elaborada por ambos os blocos negociais ao invés de ser instituída por um dos sujeitos envolvidos na relação. É nesse tipo de ‘inputs’, que por meio de discussões os sujeitos buscam o entendimento para a elaboração do projeto contratual. Dessa forma, a negociação representa um envolvimento dos sujeitos negociais, sendo a Administração Pública de um lado e interessados do outro, ambos buscando a elaboração conjunta do conteúdo de um projeto contratual sólido” (SOUSA, 2010, p. 43).

⁹ “É perfeitamente compatível com o Direito Privado o exercício unilateral destes poderes por um dos contratantes, impondo a sua vontade ao seu parceiro contratual. Há normas de Direito civil que especificamente contemplam esta possibilidade, e nos demais casos, isso é perfeitamente admissível ao abrigo da autonomia privada das partes. O que me parece específico é apenas o facto de a Administração ser dotada desta possibilidade independentemente de previsão legal” (ESTORNINHO, 2003, p. 115-148).

2 Da flexibilização da obrigatoriedade de um regime geral de prerrogativas contratuais

Diretamente ao ponto, defende-se a flexibilização da obrigatoriedade de um regime geral de prerrogativas contratuais na lei e substituição por um regime contratual adequado às necessidades de interesse público em sentido estrito, buscadas com a celebração do ajuste.

A flexibilização da aplicação das prerrogativas não é matéria inédita ou exclusiva do pensamento doutrinário do século XXI. No presente estudo se busca fundamento nestas reflexões para propor uma aplicação subsidiária, condicionada a um momento anterior de consenso.

De fato, como já mencionado anteriormente, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, já na década de 80 do século XX, abordou criticamente os poderes da Administração Pública nos contratos administrativos, vinculando-os aos princípios que os sustentam e refutando um suposto caráter autoritário. Para o autor, a utilização aleatória de prerrogativas é arbitrariedade. Há na sua doutrina interessante afirmação, que se coaduna com a proposta de aplicação subsidiária e de substituição de um regime geral de prerrogativas. Sustentava o autor que as exigências fundadas no interesse público, motivadas nos fatos, podem ou não impor prerrogativas, conforme a natureza do ajuste, o que implicava na afirmação de que nem todos os contratos administrativos necessitavam conter prerrogativas.¹⁰

Já no século XXI, Diogo de Figueiredo Moreira Neto buscou enfrentar a temática dos poderes exorbitantes nas contratações públicas, defendendo um uso discricionário pelo Poder Público, especialmente pela exigência de legitimidade, assim como pela saliência dos direitos fundamentais.¹¹ O autor sugere flexibilização e abandono de uma padronização legal, com adoção de modulação de poderes para atender às diferentes necessidades de cada contratação. Nesse aspecto residiria a discricionariedade, para avaliar a conveniência e a oportunidade de inserir ou não, caso a caso, em cada contrato, as prerrogativas.¹²

Concorda-se com o autor quando este afirma que aceitar novos meios de gestão pública e contratual não significa necessariamente desviar-se das finalidades de interesse público,¹³ exatamente porque o contrato é meio para a consecução do

¹⁰ FRANCO SOBRINHO, 1981, p. 153-154.

¹¹ No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais assumem um papel de destaque, influenciando a leitura dos diversos ramos jurídicos. Nesse sentido: BITTENCOURT NETO, 2017; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2015; CASSAGNE, 2016.

¹² O autor sustenta inclusive que tal postura não viola a supremacia do atendimento do interesse público, pois “as condições em que esse atendimento darseá ou se possa dar, é matéria administrativamente disponível, sempre que se instaure concurso com outros princípios constitucionalmente relevantes” (MOREIRA NETO, 2008, p. 585-589).

¹³ *Ibid.*, p. 586.

interesse público e não um fim em si mesmo. A flexibilização do regime contratual não é abstrata e logicamente geradora de prejuízo ao interesse público e respeita outros valores constitucionais, como segurança jurídica e boa-fé.

Nessa análise, há vozes em clara dissonância, podendo-se citar Alice Gonzalez Borges, que salienta que as prerrogativas abstratamente consideradas não podem ser consideradas como práticas ilegais e abusivas, propondo um aperfeiçoamento do modelo, “dirigindose sobretudo a cláusulas esparsas em várias leis, que ainda consagram privilégios autoritários sem razão em um ordenamento jurídicoconstitucional que privilegia os direitos fundamentais”. A autora, todavia, não admite flexibilização de prerrogativas ou discricionariedade para a sua indicação no contrato, pois afirma que estas se destinam a preservar o interesse público.¹⁴

Também contrário à flexibilização de prerrogativas contratuais, Thiago Marrara entende que não é imprescindível a modificação das normas gerais vigentes, afirmando que a legislação geral não impede a eficácia de normas especiais sobre o assunto e que a interpretação lógica e teleológica da Lei de Licitações é capaz de limitar a aplicabilidade e os efeitos das prerrogativas em alguns módulos convencionais.¹⁵

Com todo o respeito, o que se pretende é que a formulação e a execução do contrato não estejam direta e intrinsecamente vinculadas a prerrogativas e por isso discorda-se de tais posicionamentos. Busca-se uma alteração de cultura e de procedimento no ambiente contratual. E destaque-se pouco crível que o gestor público brasileiro, a partir da interpretação hermenêutica, simplesmente abandone o regime geral estabelecido na Lei nº 8.666/93 e uma certa cultura de adoção da unilateralidade.

A realidade da contratação pública brasileira demonstra, sintomaticamente, uma corrosão da aplicação do regime jurídico administrativo no ambiente contratual, que cede lugar para uma interpretação procedimental focada na legalidade estrita, unilateral e extremamente verticalizada.

Sobre essa constatação, Fernando Menezes de Almeida aponta que o regime de prerrogativas exorbitantes é extremamente perigoso, pois pode resultar em desvios de finalidades públicas, com *estímulo à ineficiência da Administração Pública, que não investe em planejamento adequado do contrato pela facilidade da alteração unilateral deste. Também destaca que há uma onerosidade maior no contrato, decorrente do custo da incerteza produzida pela unilateralidade. E ainda sustenta que um regime geral legítima práticas autoritárias dos governantes, incompatíveis*

¹⁴ BORGES, 2010, p. 165.

¹⁵ MARRARA, 2013, p. 255.

com o Estado de Direito, e facilita a ocorrência da *improbidade administrativa*, pela possibilidade ampla de alteração de cláusulas contratuais.¹⁶

As prerrogativas fazem parte de um ambiente exorbitante, que não mais deve ser a marca do contrato administrativo, mas pode ser dele decorrente no momento em que se identifica perigo ao interesse público que o contrato pretende satisfazer. Há situações em que claramente a utilização de prerrogativas é plenamente justificável e importante para a gestão pública.

Ou seja, na hipótese de que condutas do contratado possam vir de encontro com as finalidades do contrato, o Poder Público está autorizado a estabelecer o regime exorbitante na relação contratual, para, a partir deste, utilizar prerrogativas como a alteração unilateral, a extinção unilateral ou a aplicação de sanções, por exemplo. Mas se propõe que essa aplicação de prerrogativas seja subsidiária a um momento anterior de consenso.

Agindo o contratado de modo a prejudicar o contrato ou sua execução, cabe ao Poder Público buscar através do consenso a modificação do comportamento. Diante do insucesso no consenso, o Poder Público estaria autorizado a adotar prerrogativas para salvaguardar o interesse público. Nesse sentido Sérvulo Correia aponta que a busca pelo interesse público é o objetivo da Administração Pública e que é grande o grau de direção do interesse público sobre o contrato administrativo.¹⁷

Ou seja, propõe-se uma fase prévia, obrigatória, preliminar, antecedente ao estabelecimento do regime exorbitante no contrato, que será conduzida sob as bases do consensualismo, e na qual se buscará através da negociação resolver o conflito entre os interesses públicos e privados. Do fracasso no diálogo caberia a adoção de soluções imperativas, nos moldes tradicionais previstos na Lei nº 8.666/93.

A proposta é de criação por lei de um momento prévio de diálogo, que pode ser estabelecido nas Câmaras de Conciliação. Instaurado o conflito de interesses, cabe ao Poder Público primeiro discutir uma solução negociada nestas Câmaras de Negociação para após utilizar-se das prerrogativas.

3 Um ambiente contratual exorbitante subsidiário

A adoção do ambiente exorbitante que se propõe não está inserida num espaço de discricionariedade administrativa puro, justamente porque o Poder Público somente poderá utilizar-se das prerrogativas com a devida e suficiente motivação (na forma do preconizado pela Constituição de 1988 e pela Lei nº 9.784/99),

¹⁶ ALMEIDA, 2008, p. 335-345.

¹⁷ CORREIA, 2013, p. 591-592.

diretamente atrelada à análise do conflito dentro da relação contratual e esta deve conter os pressupostos de fato e de direito justificadores da decisão administrativa e do processo de tomada de decisão, de modo a possibilitar controle do abuso de poder e do desvio de finalidade.

E com isso pode-se elencar requisitos para a aplicação subsidiária das prerrogativas contratuais:

- a) urgência (perigo ao interesse público);
- b) excepcionalidade (aplicação episódica);
- c) *ultima ratio* (caráter residual às soluções consensuais);
- d) justificação (benefício às finalidades contratuais).

Para análise destes requisitos é importante compreender que as prerrogativas deixam de representar na relação contratual a sua essência, para assumir o papel de um possível desdobramento, que somente tem utilização autorizada diante de um caso concreto em que se verifique a sua ocorrência.¹⁸

¹⁸ A superação da teoria contratual administrativa baseada na ideia da autoridade e unilateralidade encontra espaço de sustentação na doutrina de Antônio Menezes Cordeiro, para quem “*O Direito Administrativo do Estado Social e Democrático de Direito é um Direito do poder público para liberdade solidária, um ordenamento jurídico no qual as categorias e instituições públicas devem estar, como bem sabemos, orientadas ao serviço objetivo do interesse geral, tal e como proclama solenemente o artigo 103 da Constituição Espanhola de 1978. Para trás ficam felizmente, considerações e exposições baseadas na ideia da autoridade ou de poder como esquemas unitários a partir dos quais se conferia o sentido e a funcionalidade do Direito Administrativo. Neste tempo em que vivemos, toda a construção ideológico-intelectual montada a partir do privilégio e da prerrogativa vai sendo superada por uma concepção mais aberta e dinâmica, mais humana também, a partir da qual o Direito Administrativo adquire um compromisso especial com a melhora das condições de vida da população por meio das distintas técnicas e instituições que compõem este ramo do Direito Público. O lugar que antigamente ocupou o conceito de prerrogativa e de privilégio agora é ocupado, por direito próprio, pela pessoa, pelo ser humano, que assume um papel central em todas as ciências sociais, e também obviamente no Direito Administrativo. Com efeito, a consideração central com cidadão nas modernas construções do Direito Administrativo e da Administração Pública proporciona o argumento medular para compreender em seu cabal sentido este no direito fundamental à boa administração assinalado no projeto da Constituição Europeia (art. II- 101), de acordo com o artigo 41 da Carta Europeia do Direitos Fundamentais. A pessoa, o cidadão, o administrado, o particular, segundo a terminologia jurídico-administrativa, deixou de ser um sujeito inerte, desarmado e indefeso frente a um poder que tentava controlá-lo, que lhe prescrevia o que era bom ou mal para ele, ao qual estava submetido e que despertava, em razão de seus exorbitantes privilégios e prerrogativas, uma espécie de amedrontamento e temor que acabou por colocá-lo de joelhos ante a todo-poderosa maquinaria de dominação em que se constituiu tantas vezes o Estado. [...] O novo Direito Administrativo, que parte da ideia de serviço objetivo ao interesse geral como suprema tarefa dirigida à Administração Pública, incorpora uma nova visão do sentido das instituições e categorias de nossa disciplina. Por exemplo, os dogmas da executividade e executoriedade atuação administrativa não de ser reconfigurados a partir da luz que projeta o princípio – e direito fundamental da pessoa – da tutela judicial efetiva. Os poderes, denominados pelo legislador de privilégios e prerrogativas da Administração, em matéria de contratos públicos, devem ser operados exclusivamente quando assim o requeira o serviço objetivo ao interesse legal. Vale dizer, nos casos em que seja preciso a prerrogativa de modificar os contratos, será necessária uma prévia declaração motivada, argumentada, da própria Administração explicando as razões que aconselham no caso concreto o exercício de tal poder. Motivação que pode ser objeto de impugnação ou de paralisação cautelar. Agora os poderes devem se previstos expressamente, já não há poderes implícitos. Isso como regra geral, o que não exclui a possibilidade de haver algum caso, cuja amplitude da motivação deverá ser proporcional à amplitude de espectro de discricionariedade, no qual seja necessário, para assegurar o serviço com objetivo ao interesse geral, o exercício, motivado e justificado, de uma determinada prerrogativa. Em realidade, o novo direito Administrativo apresenta-nos*”

A subsidiariedade na aplicação das prerrogativas está vinculada ao atendimento desses requisitos, os quais necessariamente devem ser cumulativos, para que o ambiente exorbitante seja instaurado.

A *urgência* está relacionada com a demonstração de uma situação que afete o interesse tutelado no contrato, indicando que a execução contratual está em perigo, podendo refletir comportamentos do contratado indevidos.

A *excepcionalidade* está ligada à proposta das prerrogativas não serem conaturais ao contrato e não constituírem o contrato *a priori*, possuindo aplicação episódica e não integrando as bases do negócio.

A *ultima ratio* pressupõe que as prerrogativas terão um caráter residual a soluções consensuais. Propõe-se que, estabelecido o conflito de interesses, o Poder Público seja obrigado a instaurar uma fase prévia de negociação, no qual através dos mecanismos consensuais se buscará pôr fim ao litígio. Somente após o insucesso da via consensual, demonstrando-se que o consenso não pôde obter mudanças satisfatórias ao interesse público no comportamento do contratado, é que o Poder Público estará autorizado a utilizar as prerrogativas.

A *justificação* é intrinsecamente ligada à demonstração do benefício às finalidades contratuais com a utilização das prerrogativas e representa o princípio da motivação e uma aplicação direta da teoria dos motivos determinantes. O controle desse requisito se dá através da aplicação dos princípios da finalidade, eficiência, motivação, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse contexto o reposicionamento do regime jurídico de prerrogativas contratuais é defendido para reorganizar-se em relações especiais de sujeição, porém sem a manutenção implícita da condição de subordinação. A noção de sujeição na teoria tradicional pressupõe um aspecto de relação de subordinação estrutural que não se ignora. Porém, entende-se que pode ser ressustancializada, especialmente para permitir a sua aplicação subsidiária.¹⁹

O contrato é instrumento de gestão de interesses, tenham natureza econômica ou não, e pode ser veículo para o estabelecimento de relações especiais de sujeição. Esse pode ser um caminho para a noção de aplicação subsidiária de prerrogativas públicas na relação contratual.

A relação de sujeição especial envolve relações jurídicas diferenciadas, ressaltando-se os deveres que decorrem de atos administrativos realizadores de

uma nova funcionalidade da instituição da motivação, que agora terá uma maior relevância, especialmente quando se tratar das cláusulas exorbitantes. *A razão dessa nova maneira de contemplar o Direito Administrativo encontra centralidade na pessoa e em seu direito fundamental a uma boa administração*” (CORDEIRO, 2007, p. 133-136; grifos nossos). Sobre essa visão de Direito Administrativo de cunho social, ver também: BALBÍN, 2014; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2015.

¹⁹ Mas deve se ter em mente que essa proposta de sujeição deve ser bem dimensionada na medida em que traz em si implicitamente uma proposta de subordinação, exatamente o oposto da Administração Paritária.

direitos subjetivos públicos. O serviço público, nesse contexto, seria o espaço das relações jurídicas especiais. As prerrogativas aparecem circunstancialmente e não estruturalmente. Dependem da caracterização dos requisitos antes referidos.

Para Francisco Zardo, as relações de especial sujeição possuem como característica um amortecimento da legalidade, especialmente por não serem criadas pela Administração.²⁰ Sobre o assunto, Maria João Estorninho assevera que as relações especiais de poder pretenderam justificar em determinados espaços jurídicos a introdução de limitações aos direitos fundamentais, sem fundamento legal específico.²¹

No entendimento de Clarissa Sampaio Silva, o contexto das relações de sujeição especial refere-se a subjugar os direitos fundamentais à boa prestação do serviço, e um dos fundamentos dessa limitação seria o caráter voluntário da sujeição.²²

Egon Bockmann Moreira também está alinhado nesse sentido, admitindo as relações de especial sujeição, embora sob o enfoque de “relação administrativa especial”, caracterizando nas concessões de serviço público vínculo jurídico excepcional, estatutário e originário da relação entre o particular e o órgão ou ente da Administração Pública. A substituição da expressão é necessária, na sua visão, porque remete a uma noção de submissão e de verticalidade incompatível com o Estado Democrático de Direito.²³ O autor ainda diferencia as relações gerais das relações especiais, afirmando que “a mesma fonte normativa que autoriza o concessionário a exercer o múnus público é a que outorga ao concedente a competência extraordinária de emitir comandos imediatamente vinculantes ao concessionário”.²⁴

²⁰ “Além das relações gerais entre a Administração Pública e os cidadãos que derivam da simples submissão destes ao poder ordenador da vida comunitária, os particulares também estabelecem vínculos específicos com o Estado. ‘Fala-se, então, em relação de sujeição especial, caracterizada por uma submissão mais aguda do particular à Administração Pública, já que ele está agindo no âmbito do aparelho estatal’. Os exemplos comumente citados são servidores públicos, os estudantes, os presidiários e os militares. A principal característica das relações de especial sujeição seria o ‘amortecimento’ na expressão de Jorge de Figueiredo Dias, do princípio da legalidade. Assim, obrigações poderiam ser criadas pela administração, sem a mediação do Parlamento”. O autor ainda detalha o contexto em que foi concebida a teorização acerca das relações de especial sujeição, assinalando que “a teorização sobre as relações de especial sujeição tem origem na Alemanha, século XIX. Muitos dos deveres frente ao Estado careciam ‘de consagração legal e foram estabelecidos pela própria Administração por meio de normas ditadas por ela’. Como recorda Ernst Forsthoff, foi Otto Mayer que ofereceu a fórmula para justificar tais normas no âmbito de um Estado de Direito: ‘pela entrada em uma instituição pública, aquele que utiliza a instituição se submete a uma relação específica de poder, cujos deveres concretos são determinados pela instituição’. A entrada a que se refere Forsthoff no interior da administração poderia derivar da vontade (funcionários públicos e estudantes), de uma sentença judicial (presidiários) ou da lei (serviço militar obrigatório)” (ZARDO, 2014, p. 40-41).

²¹ ESTORNINHO, 2003, p. 164-165.

²² SILVA, 2009, p. 92.

²³ Sobre as noções de democracia e Estado Democrático de Direito, ver: CORVALÁN, 2015; DURÁN MARTÍNEZ, 2015; MORAIS; BRUM, 2016; SALGADO, 2017.

²⁴ MOREIRA, 2010, p. 180.

Em oposição à figura das relações especiais de sujeição estão Eduardo Garcia de Enterría e Tomas-Ramón Fernandez, afirmando a superação do conceito e a sua imprecisão.²⁵ No mesmo sentidopositor está Canotilho, afirmando que as relações de especial sujeição seriam uma espécie de espaço livre da Administração Pública e violador das garantias constitucionais. Afasta a natureza de ordem extraconstitucional e sustenta serem essas relações integrantes de um estatuto heteronomamente vinculado à Constituição.²⁶

Entre uma e outra proposta, Francisco Zardo e Fabrício Motta afirmam uma visão mais flexível do princípio de legalidade, reconhecendo a impossibilidade material de a lei estabelecer um rol taxativo das condutas infratoras, o que justificaria a definição das condutas por regulamentos, tanto nas relações gerais quanto nas especiais, seja porque não se tem uma definição certa sobre quais relações seriam de sujeição especial, e também porque não há clareza sobre as consequências que derivariam do reconhecimento de determinada relação como de sujeição especial, além de não existirem modelos estáticos, permanentes, uniformes e únicos.²⁷

Na visão de Maria João Estorninho, na medida em que os contratados se submetem voluntariamente ao contrato estariam automaticamente numa relação especial de sujeição.²⁸ A utilidade dessa discussão para o tema deste estudo está relacionada exatamente à possibilidade de aplicação episódica das prerrogativas públicas.

A aplicação subsidiária da condição de autoridade dentro de um ambiente exorbitante é a face nova da teoria contratual administrativa contemporânea. A Administração Pública paritária não aparece na relação contratual *a priori* na condição de potestade pública, mas preserva essa condição para uma atuação episódica nos termos acima propostos.

A utilização de prerrogativas deve ser subsidiária à negociação, sob pena de retorno ao modelo de autoridade que se pretende revisar.²⁹

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2004, p. 169.

²⁶ CANOTILHO, 2003, p. 466-467. Todavia, Francisco Zardo aponta que, em sentido diverso, "Hans J. Wolff afirma que pela natureza das coisas, estas relações não podem ser declaradas mortas, no direito administrativo alemão. Efectivamente, elas estão pressupostas na Lei Fundamental: são uma realidade administrativa e a sua conservação é indispensável à capacidade de funcionamento da colectividade e da Administração. Para o autor, a relação especial de direito administrativo não anula a existência de uma relação geral. A diferença entre ambas é que a primeira limita de forma especial o exercício dos direitos fundamentais e aumentam os deveres. Todavia, diversamente do que ocorria no passado, tais relações estão jungidas à reserva de lei. Assim deverá ser o próprio legislador a fixar, por razões do Estado de Direito democrático e devido aos direitos fundamentais dos atingidos, os princípios das relações especiais de direito administrativo" (ZARDO, 2014, p. 43).

²⁷ *Ibid.*, p. 45; MOTTA, 2007, p. 220-226.

²⁸ ESTORNINHO, 2003, p. 165.

²⁹ Na doutrina da contratação europeia, em especial no regime de Contratação Pública de Portugal, identifica-se um espaço interessante para a sustentação da tese do reposicionamento de prerrogativas a partir

4 Consensualismo nas relações contratuais, assimetria de posições jurídicas, regime subsidiário de autoridade e contrato como instrumento de desenvolvimento

Um novo regime jurídico para os contratos administrativos não pressupõe o contrato como extensão do poder da Administração Pública e nem as prerrogativas como estruturantes da relação contratual. O consensualismo presente nesse novo regime jurídico admite a autoridade como uma das possibilidades do contrato, circunstancial, episódica e subsidiária.

É preciso se estabelecer qual o ponto de partida da análise das prerrogativas na relação contratual. Se o ponto de partida for o Direito Administrativo tradicional, estruturado sob a condição de autoridade, faz sentido toda a retórica argumentativa de defesa do poder que até o momento está presente em todos os manuais sobre o assunto.

Mas, se o ponto de partida desta análise é o consensualismo e o modelo de Administração Pública paritária, não há espaço para retórica de defesa de poder divorciado da realidade fática do conflito. Não há espaço para desigualdade de posição jurídica *a priori* ou para a unilateralidade como condição do negócio.

O consensualismo permite interpretar o contrato como declaração negocial, caracterizando-o pelo consenso e pela igualdade assimétrica entre as partes. A dinâmica contratual passa a ser pautada por declarações negociais que somente admitirão a condição de potestade pública (com a autotutela e o regime de prerrogativas) quando os requisitos acima indicados estiverem presentes, passando a condição de autoridade como exceção e não regra contratual.

Em discussão está a execução coativa do ato administrativo nas relações contratuais. Em Portugal, no Código de Contratação Pública a condição de autoridade já se caracteriza como excepcional, admitindo situações de excepcionalidade para a autoridade unilateral.³⁰

Há uma reflexão sobre a autoridade, sua influência no ato administrativo e no contrato e o problema da exorbitância do poder.³¹ O Código de Contratação Pública toma posição pelo consensualismo, procurando “preservar uma certa igualdade

da aplicação subsidiária da autoridade no contrato, as chamadas declarações negociais potestativas. Licínio Lopes Martins aponta para o caminho da declaração negocial potestativa e explica que pode haver primazia da Administração Pública através de outras formas que não a autoridade, afirmando que a autoridade pode ser negociada (MARTINS, 2014, p. 482-517).

³⁰ Em especial ver artigos 302 a 315 do Código de Contratação Pública.

³¹ Várias são as situações que nesse sentido merecem uma análise mais detida, especialmente considerando o uso abusivo da condição potestativa (situações como a apreensão de bens e a aplicação de sanções decorrentes do poder de polícia, como exemplo a tranca de carro, com pagamento de multa e de outro valor para liberação do veículo). Nesse sentido, Pedro Miguel Matias Pereira defende que a execução coativa do ato deve ser excepcional e devidamente justificada (PEREIRA, 2011, p. 110).

contratual na desigualdade estrutural do contrato administrativo”.³² Essa discussão também deve ser realizada no Brasil.

Não se nega a necessidade de a Administração Pública conservar o poder administrativo e a condição de autoridade. Mas se defende que essa condição seja excepcional ao atendimento das finalidades de interesse público. A utilização do consenso não implica renúncia da condição de autoridade. Estruturalmente a Administração Pública se submete a uma condição contratual com declarações negociais e um programa contratual gerido pelo consenso. Circunstancialmente age com unilateralidade, especificamente para evitar prejuízos ao interesse público.

A doutrina portuguesa trabalha a autotutela no ambiente dos contratos como declarativa (de caráter opinativo, tratando-se de meras declarações negociais)³³ e executiva (com poder de execução prévia das decisões administrativas, coercitiva, utilizada no regime da exceção e devendo ter limites bem estabelecidos conceitualmente).³⁴

Nesse raciocínio é defensável que o poder seja manifestado como exceção na relação contratual e que se possibilite um reposicionamento das prerrogativas no contrato. Admitindo-se *a priori* apenas a autotutela declarativa, permite-se um ambiente relacional que produzirá muito mais resultados de interesse público.

³² *Id.*

³³ “O regime regra fixado no CPP determina, então, que as declarações emitidas pela Administração Pública na execução do contrato administrativo são meras declarações negociais. O regime excepcional, fixado no 307º, nº 2, apenas confere a alguns tipos de declarações – os relativos ao exercício dos poderes extravagantes do contraente público – a natureza de acto administrativo. Este preceito significa uma tomada de posição do legislador que, notando a natureza consensual e procurando preservar uma certa igualdade contratual na desigualdade estrutural do contrato administrativo, determina o carácter opinativo, em regra, das declarações dos contraentes públicos. Consequentemente, estas declarações não são proferidas ao abrigo do privilégio da autotutela declarativa. A restrição deste poder de declarar o direito aplicável à situação concreta implica que, para que as suas declarações, proferidas fora do exercício dos poderes do contraente público previstos no Código, sejam mais que meras declarações negociais, os contraentes públicos têm que procurar outras soluções. Em primeiro lugar e lembrando o espaço de consenso que é o contrato administrativo, o contraente público pode (e deve) procurar o acordo com o cocontratante sobre a interpretação do contrato. Em segundo lugar (até logicamente) o contraente público poderá recorrer à via judicial através da ação administrativa comum... obtendo uma decisão jurisdicional sobre o conflito surgido no âmbito execução do contrato administrativo. Em terceiro e último lugar, encontra-se a estranha solução de resolver o contrato” (PEREIRA, 2011, p. 109-110).

³⁴ Trata-se do “privilégio de execução prévia, que se traduz na faculdade que a Administração (e, para o que interessa, os contraentes públicos) tem para executar as suas decisões por autoridade própria, independentemente de uma pronúncia judicial. Nestes termos, as declarações do contraente público que revistam a natureza de acto administrativo constituem, de acordo com a autotutela declarativa, título executivo, podendo, portanto, sustentar uma execução com recurso à via judicial sem necessidade de intermediação dos tribunais quanto ao direito aplicável. [...] Para além da executividade dos actos administrativos do contraente público, o Código prevê, de forma inovadora, a executoriedade do cumprimento de algumas obrigações determinadas por aqueles actos, id est, o contraente público pode, quanto àquelas obrigações, promover a execução coerciva. Assim, apesar de, em regra, os actos administrativos não poderem ser impostos coercivamente pelo contraente público (art. 309º, nº 2, 1ª parte), o Código permite que o sejam, para além de outras situações previstas na lei, nos casos de ‘actos que determinem, em geral a resolução do contrato, ou, em especial, o sequestro e o resgate de concessões.’ Ou seja, nestes casos há possibilidade de o contraente público promover a execução coactiva das obrigações determinadas por acto administrativo com aquele conteúdo, o que significa que, estes actos, para além de executivos, são actos executórios que o contraente público pode, por isso, autonomamente executar” (*ibid.*, p. 112-113).

O modelo de exceção proposto no Código de Contratação Pública de Portugal admite que a Administração Pública possa emanar, dentro das exigências de interesse público, uma declaração negocial potestativa para determinar condutas dentro da relação contratual. E para isso não é necessária a anuência do contratado.³⁵

Nas situações limite ou de necessidade de interesse público, de urgência, é perfeitamente cabível a utilização da unilateralidade pelo Poder Público, sob pena de o contrato perder a utilidade.

Nessas circunstâncias, é defensável a autotutela executiva da Administração Pública. E apenas nessas circunstâncias. Episódica e subsidiariamente, e não conjunturalmente. Licínio Lopes Martins afirma nesse ponto que a autotutela executiva não é conatural do contrato. É exterior ao contrato e deve ser utilizada residualmente e em regime de exceção para proteger o contrato e o interesse público no caso de falta de colaboração do contratado.³⁶

Mark Kirkby aponta que deve ser reconhecida maior maleabilidade ao contrato no que diz respeito à parte estrutural deste em relação ao ato administrativo, pois isso proporciona maior grau de eficácia na regulação das circunstâncias em que a Administração Pública é convidada a intervir, ao possibilitar ampliar os efeitos jurídicos que almejam que sejam produzidos.

Destaca o autor que frequentemente ocorrem circunstâncias excepcionais e complexas que impõem a estrita aplicação da norma a situações que não foram previstas, exigindo assim a participação de várias autoridades administrativas e o trâmite de diversos procedimentos. Essas situações exigem não somente uma determinação específica da norma a ser aplicada naquele caso, mas sim a participação constante da Administração Pública nos processos em que se relacionem tanto interesses públicos quanto privados.³⁷

Neste contexto, o contrato mostra-se como uma eficiente ferramenta que possibilita o estabelecimento de uma disciplina coerente em ambientes complexos, possibilitando que a Administração Pública atue de forma racional, com maior adesão das normas à realidade concreta, otimização da atividade administrativa e economia de esforço dos particulares para se adequarem às normas em vigor. No que concerne à diminuição da litigiosidade administrativa, consiste em uma vantagem, pois diminui os conflitos entre a Administração Pública e os particulares, o que favorece consequentemente na eficiência da atuação administrativa.³⁸

Ainda na análise do modelo português, um exemplo interessante de consensualização de atos administrativos na relação contratual e que viabiliza a formulação

³⁵ Sobre a excepcionalidade da unilateralidade no contrato administrativo ver também GUIMARÃES, 2012.

³⁶ MARTINS, 2014, p. 482-517.

³⁷ KIRKBY, 2011, p. 40-43.

³⁸ *Id.*

ora proposta é o caso dos acordos endocontratuais previstos no artigo 310 do Código dos Contratos Públicos de Portugal.³⁹ Tais acordos pressupõem a possibilidade de substituição de atos administrativos durante a execução contratual por negociação entre Poder Público e contratado. Ainda que estejam sujeitos aos limites expressamente delimitados,⁴⁰denotam uma realidade consensual em substituição às prerrogativas.

³⁹ Art. 310 - Acordos endocontratuais

“1. Salvo se outra coisa resultar da natureza dos efeitos jurídicos pretendidos, podem as partes no contrato celebrar entre si, sob forma escrita, acordos pelos quais substituam a prática de actos administrativos pelo contraente público em matéria de execução do contrato ou que tenham por objecto a definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo de tais actos administrativos.

2. Os acordos endocontratuais sobre a modificação do contrato dependem dos pressupostos e estão sujeitos aos limites estatuídos no capítulo seguinte.

3. Os acordos endocontratuais integram o contrato a que dizem respeito.

A previsão de acordos endocontratuais entre as partes, na forma escrita, em substituição de actos administrativos ou de declarações negociais dos contraentes públicos, incluindo a modificação de cláusulas contratuais dentro dos limites legais.” (art. 310, Código de Contratos Públicos de Portugal).

⁴⁰ Art. 311 - Modificação objectiva do contrato

1 - O contrato pode ser modificado com os fundamentos previstos no artigo seguinte:

- a) Por acordo entre as partes, que não pode revestir forma menos solene do que a do contrato;
- b) Por decisão judicial ou arbitral.

2 - O contrato pode ainda ser modificado por acto administrativo do contraente público quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público.

Art. 312. - Fundamentos

O contrato pode ser modificado com os seguintes fundamentos:

- a) Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato;
- b) Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

Art. 313 - Limites

1 - A modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem, a modificação só é permitida quando seja objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação.

3 - Nos contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, o fundamento previsto na alínea a) do artigo anterior não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa.

Art. 314 - Consequências

- O cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, segundo os critérios estabelecidos no presente Código, sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja:

- a) A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante; ou
- b) Razões de interesse público.

2 - Os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.

De acordo com Bernardo Diniz de Ayala, esta ferramenta traz para o contratante público algumas vantagens, na medida em que, ao não impor modificações unilateralmente, este mantém “a relação contratual pacífica, com redução do risco de litigiosidade” e, simultaneamente, “não perde a possibilidade de, não se formando consenso, recorrer ao seu poder de conformação unilateral do contrato”.⁴¹

Igualmente oportuna a afirmação de Marta Portocarrero,⁴² de que na lógica da consensualização da atuação administrativa, a figura dos acordos endocontratuais é uma forma pacífica de promoção da execução, que pode ser utilizada sempre que dos efeitos pretendidos nada resulte em contrário.

Pedro Miguel Matias Pereira aponta que através dos acordos endocontratuais o Código de Contratação Pública visa obter os mesmos efeitos que se atingiria através de atos administrativos dentro do contrato. A opção do Código é sobre a possibilidade de acordar sobre o exercício dos poderes da Administração contratante, que ao invés de serem exercidos por ato administrativo unilateral e de autoridade, são substituídos por (i) *acordos que substituem a prática do acto administrativo em matéria de execução do contrato*; (ii) *acordos que definem consensualmente parte ou totalidade do conteúdo do acto administrativo*.⁴³

O autor destaca que com esta previsão, o Código permite que os contratantes acordem de forma consensual sobre o exercício dos poderes de conformação da relação contratual conferidos ao Poder Público, ou em outras palavras, acordem sobre o exercício de “poderes públicos de autoridade”, o que no Brasil representa as prerrogativas contratuais.⁴⁴

Cabe destacar que no Direito Comunitário europeu há uma tendência de modificação do regime contratual administrativo, com revisão de suas estruturas. De fato, no Direito Administrativo europeu a defesa da soberania no contrato administrativo já está francamente limitada pelo Direito Comunitário, que retira poder exorbitante do contrato. Essa limitação é muito significativa para o reposicionamento de prerrogativas em contraponto a uma defesa clássica de um poder de modificação do contrato pela Administração Pública.⁴⁵

⁴¹ AYALA, 2011, p. 67.

⁴² PORTOCARRERO, 2002, p. 145.

⁴³ PEREIRA, 2011, p. 114-115.

⁴⁴ *Id.* Sobre o assunto ainda cabe destacar a doutrina de Mark Kirkby, o qual aponta que “Trata-se de acordos celebrados no decurso de um procedimento administrativo e que podem ser de dois tipos: acordos dirigidos à definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo discricionário do ato administrativo final do procedimento; – os acordos de trâmite procedimental, ou acordos integrativos do procedimento, que se destinam a solucionar por consenso uma questão controvertida ou duvidosa (a valoração de uma prova, a interpretação de um preceito, etc.) que possa surgir no decurso daquele, mas que não tenha direta influência no conteúdo do ato final. Podem ser contratos administrativos de fixação ou de transação” (KIRKBY, 2011, p. 280).

⁴⁵ Artigo 72 da Diretiva 24/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho
Modificação de contratos durante o seu período de vigência

1. Os contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos:

É importante mencionar que o que está em discussão é o regime substantivo do contrato. Na medida em que são estabelecidos limites externos ao regime

a) Se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais do concurso em cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão dos preços) ou opção claras, precisas e inequívocas. Essas cláusulas devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas. Não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro;

b) Se houver necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares por parte do contratante original que não tenham sido incluídos no contrato inicial, caso a mudança de contratante:

i) não possa ser efetuada por razões econômicas ou técnicas, como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes, adquiridos ao abrigo do contrato inicial, e

ii) seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade adjudicante.

Todavia, o aumento de preço não pode exceder 50 % do valor do contrato original. Em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente diretiva;

c) Se se verificarem todas as seguintes condições:

i) a necessidade de modificação decorre de circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente não possa prever;

ii) a modificação não altera a natureza global do contrato;

iii) o aumento de preço não ultrapassa 50 % do valor do contrato ou acordo-quadro original. Em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente diretiva; [...]

2. Além disso, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n. 4, alíneas a) a d), os contratos podem igualmente ser modificados sem necessidade de novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, caso o valor da modificação seja inferior a ambos os seguintes valores:

i) os limiares estabelecidos no artigo 4º, e

ii) 10 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, e 15 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de empreitada de obras.

Contudo, a modificação não pode alterar a natureza global do contrato ou do acordo-quadro. Em caso de várias modificações sucessivas, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das modificações sucessivas.

3. Para efeitos do cálculo do preço mencionado no n. 2 e no n. 1, alíneas b) e c), o preço atualizado é o valor de referência sempre que o contrato contenha uma cláusula de indexação.

4. A modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada substancial, na aceção do n. 1, alínea e), quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente. Em qualquer caso, sem prejuízo dos n. 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma ou mais das seguintes condições:

a) A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso;

b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial;

c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro;

d) O adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n. 1, alínea d).

5. As modificações das disposições de um contrato público ou de um acordo-quadro durante a sua vigência que sejam diferentes das modificações previstas nos n. 1 e 2 obrigam a novo procedimento de contratação nos termos da presente diretiva.

(PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho. Estrasburgo, 26 fev. 2014. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.094.01.0065.01.POR>. Acesso em: 21 fev. 2017).

de prerrogativas – a) *urgência (perigo ao interesse público)*; b) *excepcionalidade (aplicação episódica)*; c) *ultima ratio (caráter residual a soluções consensuais)*; d) *justificação (benefício às finalidades contratuais)* –, o próprio regime é questionado em sua existência e aplicabilidade.

Pedro Costa Gonçalves preocupou-se nesse contexto com uma crise da autonomia substantiva do contrato administrativo.⁴⁶ Em obra recente, aponta que “em muitos sistemas jurídicos, o contrato vai entrar em domínios relacionados com funções inerentemente públicas ‘e realizar um *outsourcing* de funções soberanas’”. Afirma que o contrato foi e vai continuar sendo instrumento essencial de estratégia de privatização orgânica e funcional de tarefas públicas e de fomento do consenso nas relações jurídicas administrativas e que é também forma de exercício de poderes públicos de autoridade. Neste contexto, afirma uma Administração por contrato.⁴⁷

O autor sustenta que na contemporaneidade o contrato foi transformado num instrumento fundamental e decisivo de ação da Administração Pública, configurando-se como categoria específica do Direito Administrativo e exigindo sua sujeição a um regime substantivo de Direito Administrativo.⁴⁸

No entanto, o que ora se defende é que o processo de licitação e o próprio contrato estabeleçam mecanismos de autotutela executiva unilateral, porém limitados a situações episódicas e circunstanciais, de modo a não imobilizar a Administração Pública no exercício dos poderes administrativos e, ao mesmo tempo, permitir que o negócio jurídico se estabeleça sobre bases consensuais, respeitando-se o princípio básico que permeia toda a discussão, que é a tutela do interesse público.

Se há prestação de serviço público inadequada, o prejuízo alcança a Administração Pública, o próprio serviço público e os cidadãos. Esse prejuízo ao interesse público, do ponto de vista do Poder Público contratante, já permite medidas unilaterais de proteção dos interesses públicos no negócio jurídico e a aplicação de sanções ao contratado.

Significa dizer que, havendo resistência inultrapassável do particular na prestação do serviço público, na execução contratual, a Administração Pública não

⁴⁶ GONÇALVES, 2004, p. 116-120.

⁴⁷ “Disseminou-se uma lógica de fomento do consenso nas relações jurídicas administrativas a qual, não passando apenas pelo contrato, teve o efeito evidente de abrir campos para novas aplicações desta figura. De resto, o caminho para a entrada do contrato com forma de exercício de poderes públicos de autoridade havia sido iniciado em 1976, com a lei alemã do procedimento administrativo, o que veio disciplinar o designado ‘contrato de direito público’ e consagrar o princípio da utilização do contrato no exercício do poder administrativo. O contrato impunha-se agora como mecanismo jurídico alternativo ao ato administrativo. [...] Nos finais do século XX, contrato – e até mais que o contrato a ‘cultura do contrato’ – estava instalada na Administração Pública e, um pouco por todo o lado, começava a falar-se de uma Administração por contrato” (GONÇALVES, 2015, p. 14).

⁴⁸ *Ibid.*, p.16-18.

pode ser cerceada na capacidade de proteção e defesa do interesse público e deve poder utilizar de tutela executiva unilateral, não porque possui *a priori* prerrogativas no contrato, mas porque tutela o interesse público.⁴⁹

Ou seja, não utiliza prerrogativas porque pode utilizar, mas porque deve fazê-lo nas situações de ameaça aos interesses públicos, e após a demonstração dos requisitos acima elencados.

As prerrogativas deixam de ser instrumento para subjugar o particular no contrato, para transformar-se em garantia da realização do interesse público, numa correta visão da relação jurídica contratual.⁵⁰

Em outro ângulo, a condição de autoridade não está relacionada ao contrato, mas decorre diretamente do interesse público. Parte-se do mesmo raciocínio que permite a edição de atos administrativos dotados de coercibilidade, autoexecutoriedade e imperatividade.

O fundamento não é o ato em si, mas o interesse público que ele tutela. Não há permissivo no ordenamento jurídico para sacrifício individual de direitos sem um interesse público, bastante e suficiente, a justificar tal sacrifício.⁵¹ Ou seja, há uma limitação fundamentada na Constituição para que o ato administrativo possa condicionar liberdades. A limitação é a existência no caso concreto de interesse público que justifique a medida, inclusive segundo as lógicas de razoabilidade, proporcionalidade e finalidade.

No âmbito do Poder de Polícia, o raciocínio permitiu o desenvolvimento da noção de função ordenadora. No âmbito dos Contratos Administrativos, permite a constatação de que a razão geral da utilização de prerrogativas é o interesse público.

⁴⁹ Mesmo entre os autores que defendem a contratualização dos poderes administrativos a “preocupação em relação às dificuldades específicas no que se refere ao adequado constrangimento da Administração aos princípios gerais que regem a atividade administrativa é inegável, e isso mesmo tem sido apontado por abundante doutrina, mesmo por autores cujo pensamento evidencia uma clara simpatia pelos mecanismos da Administração consertada. [...] Fundamentalmente, haverá que garantir que o recurso à via contratual por parte da Administração não implique que esta possa escapar às vinculações jurídico-administrativas que sobre ela impendem quando atua através de atos administrativos e, bem assim, que a posição jurídica subjetiva do particular não resulte degradada pelo recurso à figura do contrato, por relação àquela que o ordenamento lhe garante quando a administração atua por via unilateral (KIRKBY, 2011, p. 57 e 274).

⁵⁰ “[...] longe de ver nas prerrogativas que o contraente público dispõe – nomeadamente, a de praticar actos administrativos – um instrumento de subjugação do particular numa relação jurídica eminentemente paritária, o que encontramos no contrato administrativo, tal como configurado no CCP, é a correcta definição da relação jurídica contratual, paritária nos momentos marcados pelo consenso entre as partes e autoritária nos momentos em que se justifica, por via do interesse público em causa, a utilização da estatuição autoritária como forma de ditar o direito para o caso concreto. Nesta configuração não há subjugação, mas sim realismo quanto à correcta prossecução do interesse público e até com a desigualdade estrutural que, adentro um instrumento jurídico de cariz paritário, não deixa nunca de existir entre contraente público e contraente privado” (PEREIRA, 2011, p. 106).

⁵¹ É a posição defendida por Daniel Wunder Hachem: HACHEM, 2011, p. 206-217.

Diante do conflito de interesses na relação contratual, em primeiro lugar a Administração Pública deve buscar a negociação. Se o resultado da atuação consensual e paritária não for satisfatório para o atingimento do interesse público, em última *ratio*, a tutela executiva unilateral deverá ser manejada para salvaguardar a solução ótima ao interesse público na relação contratual.⁵²

Pedro Miguel Matias Pereira nesse ponto afirma como pressuposto que a Administração Pública contratualiza o exercício dos poderes públicos ao invés de exercê-los por autoridade.⁵³ E isso gera a peculiar situação de se impor na relação contratual primeiro a negociação, para somente após submeter os interesses envolvidos no contrato à autotutela executiva.

A gestão do contrato a partir do consenso é defensável exatamente porque o consenso é conatural ao contrato. O problema seria exigir-se *a priori* o consenso fora do contrato, no ambiente do ato administrativo, pois neste a conaturalidade se dá com a autoridade. A sobreposição do consenso sobre a autoridade é factível no contrato pela sua própria natureza. No ato ocorre o inverso, também pela sua própria essência.

Esse raciocínio claramente afeta a teoria clássica do contrato administrativo. E esse é o objetivo, na medida em que se busca um Direito Administrativo capaz de atender aos desafios contemporâneos da Administração Pública contratual.

Resta estabelecer qual seria o fundamento de legitimidade constitucional para sustentar um princípio de preferência do consenso sobre a autoridade nos contratos administrativos.

E nesse raciocínio é importante verificar que a Constituição de 1988 não elege ou disciplina prerrogativas. Apenas a lei o faz. Ou seja, não há na Constituição um critério de eleição vinculado à autoridade nas relações jurídico-administrativas em geral.

Não há no texto constitucional norma fundamental definidora da autoridade como estruturadora da ação administrativa. Pelo contrário. A Constituição tutela direitos fundamentais, acesso universal a serviços públicos e dever do Estado de manutenção da dignidade da pessoa humana.⁵⁴

⁵² A dificuldade de controle está exatamente na discricionariedade que permeia o conceito de solução ótima. Celso Antônio Bandeira de Mello traz considerações sobre a solução ótima: “Deveras, não teria sentido que a lei, podendo fixar uma solução por ela reputada ótima para atender o interesse público, e uma solução apenas sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas. É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fivela para o atendimento do interesse público. Tanto faz se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei” (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 32).

⁵³ PEREIRA, 2011, p. 15.

⁵⁴ MEZZARROBA; SILVEIRA, 2018.

Mas pode se extrair do texto constitucional um fundamento que permeia todos os seus capítulos e justifica a orientação do contrato num ambiente paritário e com aplicação subsidiária de prerrogativas. Trata-se do Direito ao Desenvolvimento.

Desenvolvimento é um “processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político”,⁵⁵ que produz, além do aumento quantitativo do crescimento do país, transformações socioeconômicas com majoração qualitativa da qualidade de vida e do bem-estar dos cidadãos.⁵⁶

O desenvolvimento enquanto direito possui, nessa visão, diferentes dimensões, e é reconhecido na contemporaneidade no plano normativo nacional e internacional. A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, promulgada em 1986, exemplifica adequadamente a importância do direito ao desenvolvimento no espaço econômico, social, cultural e político.⁵⁷

No Brasil, a Constituição de 1988 é permeada em sua estrutura pelo direito fundamental ao desenvolvimento. São diferentes dispositivos constitucionais a tangenciar seu conteúdo e embora não exista uma previsão expressa, há várias normas interligadas à noção de desenvolvimento. E deve ser acrescentado que o artigo 5º, parágrafo 2º, permite a sustentação do princípio, pela abertura no rol de direitos fundamentais (na medida em que a Constituição não refuta outros direitos consequentes do regime e dos princípios por ela adotados e também dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país seja signatário).⁵⁸

De acordo com as lições de Clèmerson Merlin Clève, a Constituição é um grande espaço de luta jurídico-política, e de compromisso entre as classes sociais que participaram da sua elaboração.⁵⁹ Significa dizer que na medida em que proclama os objetivos e princípios fundamentais do Estado e enuncia os direitos fundamentais do cidadão, também está a fixar os programas de ação do Poder Público.

⁵⁵ COMPARATO, 1999, p. 363.

⁵⁶ “A definição contemporânea de desenvolvimento leva em consideração diversas dimensões, não se restringindo à seara econômica. A interdependência desta com a esfera humana e social é justamente um dos pontos cruciais do conceito, que o diferenciam da noção de crescimento. O chamado “crescimento econômico” diz respeito à elevação do produto nacional em um determinado período, notadamente pelo incremento da eficiência no sistema produtivo. Ele se verifica, portanto, em termos meramente quantitativos. O desenvolvimento pressupõe a ocorrência de crescimento econômico, mas não se limita a isso. Para ser alcançado, deve-se “ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Interno Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda”. Além do aumento quantitativo do produto nacional, ele reclama transformações estruturais socioeconômicas que importem a melhora qualitativa dos padrões de vida dos cidadãos, proporcionando a elevação do bemestar social” (HACHEM, 2013, p. 151).

⁵⁷ Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986 – Adotada pela Revolução nº 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986 (ONU, 1986). Para Cabral de Moncada, desenvolvimento não é mero crescimento econômico, não se medindo pelo interno bruto (CABRAL DE MONCADA, 2012, p. 123).

⁵⁸ FERREIRA; LIMBERGER, 2018.

⁵⁹ CLÈVE, 1995, p. 41.

Esse aspecto é relevante para tratar de desenvolvimento através de contratos administrativos. Ao definir desenvolvimento como fio condutor de políticas públicas, a Constituição qualifica interesses que devem ser protegidos como *públicos*, e nessa perspectiva o contrato administrativo, ao incorporar políticas públicas, viabiliza-se como instrumento de desenvolvimento.⁶⁰

Lênio Luiz Streck ao tratar do desenvolvimento nacional explana que a construção de um Estado social de índole intervencionista deve pautar-se por políticas distributivas e afirma que deve haver um compromisso do Poder Público na realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional.⁶¹

A obrigação do Estado contemporâneo de estabelecer políticas públicas voltadas ao desenvolvimento pode ser sustentada também pela vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais.⁶² Nesse sentido Clèmerson Merlin Clève afirma que “a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de tempo, evidentemente).”⁶³

⁶⁰ Importante assinalar que desenvolvimento é decisão constitucional com força normativa e vinculativa da ação estatal. Nesse sentido, “as decisões constituintes que estruturam o Estado se revelam como valores, como princípios ou como regras constitucionais. Faz-se necessária uma compreensão de Constituição como um conjunto de valores, princípios e regras, que conformam o ordenamento jurídico e a vida em sociedade, com força normativa e concepção democrática. Os valores constitucionais se evidenciam no preâmbulo e nos primeiros artigos da Constituição: a justiça, a liberdade, a igualdade, a dignidade, a segurança, o bem comum, o desenvolvimento, a solidariedade, o pluralismo e a garantia do exercício dos direitos sociais e individuais. Esses fins formam o escopo da atuação dos poderes públicos e devem informar também as relações privadas. [...] Embora os valores se manifestem em termos bastante abertos, fluidos, isso não leva à sua superfluidade. Ainda que, de início, não se possa afirmar exatamente o que signifiquem, nem se possa retirar deles uma conduta determinada, o significado dos termos limita, ao menos negativamente, o agir dos órgãos de soberania. Além disso, esses fins últimos são traduzidos em princípios constitucionais, que definem a ação ou o juízo. Gustavo Zagrebelsky afirma que o princípio orienta normativamente a ação ou o juízo, sendo seu critério de validade, exigindo um cálculo de adequação que torna a ação ou o juízo previsíveis, ao menos em sua direção enunciados normativos, e embora apresentem uma textura aberta, não permitem o arbítrio do intérprete, que está vinculado a vontades – da Constituição, do constituinte – preexistentes reveladas pelos valores. [...] A eleição de valores pelo constituinte, e sua eventual concretização por princípios densificadores e regras, não deve ser ignorada sob pena de a atuação do leitor e aplicador da Constituição esvair-se... Os valores constitucionais se condensam em princípios num sentido específico, apresentando um feixe de possibilidades e excluindo determinados meios. Valores e princípios atuam de maneira distinta na efetivação do Direito. Enquanto os valores servem como baliza para a interpretação de uma norma e para o desenvolvimento legislativo, os princípios estão ao alcance do legislador e do juiz, se inexistente regra específica. Ao legislador cabe a conversão do valor em uma norma, a “projeção normativa”, com ampla margem de liberdade; ao juiz, resta apenas a eficácia interpretativa dos valores positivados. No entanto, em relação aos princípios, o leque de opções do legislador é reduzido, pois as regras que podem ser abarcadas pela projeção normativa estão delineadas (mas não predeterminadas) pelo significado do enunciado principiológico. O juiz pode acessar diretamente o princípio, projetando-o normativamente, quando não há desenvolvimento legislativo que apresente uma regra para o caso em apreciação” (SALGADO, 2010).

⁶¹ “O que há em comum em todas as políticas públicas é o processo político de escolha de prioridades para o governo, tanto em termos de finalidades como em termos de procedimentos, e tal já vem condicionado pelos objetivos constitucionais postos ao Estado Democrático de Direito. As funções públicas estão, todas elas, condicionadas pelo cumprimento destes objetivos, ficando sua discricionariedade desenhada por tais conteúdos. Ou seja, formulação e execução das políticas públicas vêm não apenas sujeitas ao controle de sua regularidade formal, como também de sua destinação adequada ao cumprimento dos fins do Estado” (STRECK, 2013, p. 149). Ver, ainda: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2015.

⁶² ARGUELHES; LIMA, 2017; RECK; BITENCOURT, 2016; SARLET; ZOCKUN, 2016.

⁶³ CLÉVE, 2011, p. 105.

E nessa perspectiva, cabe destacar que o desenvolvimento a que se refere o artigo 3º da Constituição Federal está intrinsecamente ligado à prestação de serviços públicos, os quais, em larga escala, estão sendo prestados de forma contratualizada no país.⁶⁴

A Constituição Federal assegura o direito ao desenvolvimento em diferentes espaços jurídico-normativos. Desde o Preâmbulo estabelece que o Estado Brasileiro é destinado a assegurar o desenvolvimento, a igualdade dentro de uma sociedade fraterna.⁶⁵

Prioriza a dignidade da pessoa humana quando trata dos fundamentos da República brasileira⁶⁶ e pauta como objetivo do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com garantia de desenvolvimento nacional, de modo a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos.⁶⁷

O texto constitucional, ao definir as competências das entidades da federação, determina para a União a elaboração de planos nacionais e regionais para o desenvolvimento econômico e social⁶⁸ e também estabelece como competência comum a todas as unidades federativas o combate à pobreza e a integração social.⁶⁹ Autoriza

⁶⁴ Tratando de serviços públicos como mecanismo de desenvolvimento social, Adriana da Costa Ricardo Schier afirma que a devida prestação dos serviços públicos permite à sociedade alcançar níveis de desenvolvimento muito mais abrangentes do que a simples diminuição da pobreza, representando níveis de bem-estar mais elevados (SCHIER, 2011, p. 293).

⁶⁵ PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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. (grifos nossos)

⁶⁶ 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. (grifos nossos)

⁶⁷ Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil:

I - *construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

II - *garantir o desenvolvimento nacional;*

III - *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

IV - *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.* (grifos nossos)

⁶⁸ Art. 21. Compete à União:

IX - *elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.* (grifos nossos)

⁶⁹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

X - *combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.* (grifos nossos)

a União a articular-se dentro de um mesmo complexo geoeconômico e social para promover desenvolvimento.⁷⁰

Mesmo quando a Constituição Federal trata da Ordem Econômica, disciplina a noção de existência digna, justiça social e redução de desigualdades regionais e sociais.⁷¹

Inclusive a atuação do Estado como agente normativo e regulador das atividades econômicas será regida, segundo a Constituição, por diretrizes de desenvolvimento nacional equilibrado, orientadoras de planos nacionais e regionais de desenvolvimento.⁷²

A Constituição promove o Direito ao Desenvolvimento em diferentes aspectos, incentivando turismo, política de desenvolvimento urbano, sistema financeiro nacional, ordem social, saúde, educação, pesquisa científica e até mercado interno, que se orientarão segundo a proposta de desenvolvimento cultural, social e econômico.⁷³

⁷⁰ Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, *visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.* (grifos nossos)

⁷¹ Art. 170. *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social,* observados os seguintes princípios:

VII - *redução das desigualdades regionais e sociais;*

VIII - *busca do pleno emprego;*

IX - *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.*

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifos nossos)

⁷² Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§1º. *A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.*

§2º *A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.* (grifos nossos)

⁷³ Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.*

Art. 182. *A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

Art. 192. O sistema financeiro nacional, *estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem,* abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, *e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.*

Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, *visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

Art. 218. *O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.*

E no plano infraconstitucional e especificamente no ambiente das licitações e contratos, a Lei nº 8.666/93 em seu artigo 3º estabelece como uma das premissas da licitação e do contrato o Direito ao Desenvolvimento sustentável.⁷⁴

Analisando a proposta de desenvolvimento sustentável, Juarez Freitas ratifica a importância da sustentabilidade como um princípio de muitas dimensões, tendo caráter social, ético, ambiental, econômico e jurídico-político.⁷⁵

§1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação

§2º A pesquisa tecnológica voltará-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SINCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. (grifos nossos)

⁷⁴ Art. 3º, §5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§6º A margem de preferência de que trata o §5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV - custo adicional dos produtos e serviços; e

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

§7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no §5º.

§8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

§9º As disposições contidas nos §§5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:

I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II - ao quantitativo fixado com fundamento no §7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso.

§10. A margem de preferência a que se refere o §5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul.

⁷⁵ FREITAS, 2011, p. 85-112. No mesmo sentido está Daniel Ferreira, que ao tratar do desenvolvimento como finalidade pública da licitação e do contrato afirma que "não se pode olvidar que o desenvolvimento nacional configura direito fundamental consagrado na Constituição de 1988 sendo de se afirmar o mesmo em relação ao dever estatal de impulsionar esse processo por meio de estímulos positivos ao cooperativismo, ao associativismo, à micro e à pequena empresa e à participação do empresariado em geral voluntariamente engajado à causa da sustentabilidade" (FERREIRA, 2012, p. 64).

Menciona também o choque entre o novo paradigma da sustentabilidade e o “paradigma da insaciabilidade patológica” e problematiza sobre até que ponto pode ser considerado o desenvolvimento sem levar em conta os direitos fundamentais dos cidadãos.

O autor menciona o instituto da sustentabilidade multidimensional e a agenda de sustentabilidade, que visam garantir um Estado sustentável duradouro com a máxima qualidade possível, para as presentes e futuras gerações, equilibrando desenvolvimento e sustentabilidade em todos os aspectos que permeiam essa relação.

Dessa forma, o autor aborda o valor constitucional do princípio da sustentabilidade pluridimensional, afirmando que tal conceito não leva em consideração um mero desenvolvimento sustentável, mas a necessidade da reunião de uma série de pressupostos para a sua constituição e aponta como parâmetros de sustentabilidade as estratégias antecipatórias sobre os princípios de prevenção e precaução, com o objetivo de um desenvolvimento equilibrado.

O autor afirma que as licitações têm papel importante na promoção da sustentabilidade, destacando a relevância da tomada de decisões em relação a medidas de precaução em zonas de riscos, e associando a decisão sustentável à regulação estatal e à aplicabilidade das medidas da agenda da sustentabilidade.⁷⁶

A inserção pela Lei nº 12.349/2010 da obrigação de promoção do desenvolvimento sustentável na Lei nº 8.666/93, na visão de Edgar Guimarães, permite não só que a Administração Pública regule a transação comercial com o particular, mas de modo mais amplo realize a concretização de políticas públicas com reflexos para toda sociedade.⁷⁷

O autor prossegue enfatizando que outra forma de promoção do desenvolvimento sustentável através das licitações ocorre na fase de planejamento do processo prévio à contratação, pois neste momento se analisa o melhor meio de cumprir o que determina o disposto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93. O objetivo desta análise é evitar que o Poder Público contrate fornecedores que não correspondam aos objetivos traçados pelas políticas públicas definidas para determinada área ou objeto. Dessa forma, sugere o autor que as fases de controle

⁷⁶ Abordando o aspecto das compras realizadas pelo Poder Público, o autor menciona que a alteração na Lei nº 12.349/2010 que modificou o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, representa um dos pilares para o ideal de sustentabilidade a ser atingido pelo Poder Público: “a obrigatoriedade de licitações sustentáveis, em todas as esferas administrativas, isto é, cumpre partir para a implementação imediata das licitações sustentáveis, com a adoção de critérios objetivos, impessoais e fundamentados de sustentabilidade para avaliar e classificar as propostas, em todos os certames, com novo conceito de proposta vantajosa. A obrigatoriedade decorre da aplicação direta do princípio em tela, tese facilitada após a sua recente explicação, que alterou o artigo 3º da Lei de Licitações” (FREITAS, 2011, p. 85-112).

⁷⁷ GUIMARÃES; FRANCO, 2015.

e planejamento no âmbito das licitações devam caminhar juntas, sob pena de responsabilização do administrador.⁷⁸

Embora não seja a sua única dimensão, a noção de desenvolvimento também está diretamente relacionada à ordem econômica na Constituição. Eros Roberto Grau sobre o assunto afirma a soberania econômica nacional como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.⁷⁹ Como o objetivo particular a ser alcançado é definir políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do país, os contratos administrativos apresentam-se como meio adequado ao atingimento do interesse público.

Na medida em que o Direito ao Desenvolvimento é uma importante premissa axiológica e epistemológica da Constituição Brasileira, é perfeitamente defensável que se possa sustentá-lo como elemento estruturador da ação administrativa, sem contudo desconsiderar a relevância de princípios do regime jurídico administrativo que igualmente fornecem parâmetro justificador do modelo proposto, como razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica.

Assim, ao se buscar um fundamento de legitimidade constitucional para sustentar um princípio de preferência do consenso sobre a autoridade nos contratos administrativos se encontra o Direito ao Desenvolvimento e os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e boa-fé.

E como tal há um alinhamento especial com a proposta de contrato administrativo como instrumento de desenvolvimento. Se contratos administrativos de longa ou de curta duração são instrumentos de governo que proporcionam desenvolvimento, há possibilidade hermenêutica de se afirmar a preferência do consenso sobre a unilateralidade, especialmente considerando a contratualização administrativa na prestação de serviços públicos.

O planejamento da ação estatal para viabilizar desenvolvimento, com ações consertadas para formulação e implantação de políticas públicas⁸⁰ encontra espaço na lógica de governo por contratos.

Parcerias entre o Estado e os entes privados são realizadas levando-se em consideração a opção do Estado pela contratualização em substituição à subordinação. O fundamento de legitimidade é o Direito ao Desenvolvimento.

⁷⁸ Todavia, há entendimentos dissonantes. Para Diogo Rais “a questão do desenvolvimento sustentável representa uma grande exceção a toda lógica licitatória, um grande motivo para mitigar ou anular qualquer um dos elementos do sistema licitatório, isto é, em nome da respeitável “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” estaria o Estado autorizado a abrandar as finalidades clássicas das licitações públicas a ponto de transmutá-la em qualquer coisa, menos em um processo licitatório (RAIS, 2012).

⁷⁹ GRAU, 2012, p. 232.

⁸⁰ “No modelo de Estado social, o governo não pode se limitar a gerenciar fatos conjunturais. A Constituição impõe o planejamento das ações futuras, por meio da formulação de políticas a serem implementadas a médio e a longo prazo. Para a execução destas, pressupõe-se uma racionalização técnica dos recursos disponíveis, que levem em conta, globalmente, os objetivos e programas sociais traçados pelo constituinte” (HACHEM, 2013, p. 163).

A tendência na contemporaneidade é a utilização do contrato como instrumento de desenvolvimento cultural, econômico e social. Thiago Marrara aponta que diante da escassez de recursos o Estado é compelido a agir estrategicamente, planejando o futuro.⁸¹ Contratos de longa duração são, na contemporaneidade, forte instrumento de planejamento e, por conseguinte, fomentadores e promotores de desenvolvimento.

Porém, ainda que se trate de uma tendência, é forçoso afirmar que não há na Constituição Federal um critério de eleição para a prestação dos serviços públicos por ato ou por contrato. E de fato talvez não seja necessário. O Estado irá realizar opções pela via do ato ou do contrato,⁸² que todavia serão opções de negociação, especialmente considerando a lógica de módulos convencionais anteriormente exposta.

Há uma efetiva compatibilidade do contrato como instrumento de desenvolvimento com o modelo de Administração Pública paritária e relacional. O consenso passa a ser o modo de atuação preferencial do Estado, o que indiretamente amplia o âmbito negocial da Administração Pública e favorece a opção pelo contrato.

Ou seja, no ambiente interno do contrato a Administração Pública busca a negociação. Se o consenso não for possível, o Poder Público maneja prerrogativas como *ultima ratio* para salvaguardar o interesse público. Não se trata de poder estruturalmente alocado no contrato, mas da condição de autoridade que se impõe porque a Administração Pública precisa preservar o interesse público. As prerrogativas são exteriores ao contrato e relacionadas diretamente ao interesse público, como em qualquer outra circunstância da Administração Pública.

O que se pretende é a discussão de uma nova raiz dogmática para o contrato, especialmente considerando que quando a Administração Pública opta pelo contrato está optando pelo consenso e não pela autoridade, adotando *um princípio da preferência ao consenso*.

E aparece estruturalmente na relação jurídica Estado-Sociedade, o princípio da Colaboração, como elemento estruturador dos relacionamentos público-privados e definidor dos novos arranjos de interesse público. Esse é o espaço da Administração Pública relacional.

A preferência para a contratualização na prestação de serviços públicos é muito acentuada e integrante da realidade atual, e a colaboração com o privado passa a ser parte da rotina administrativa. É perceptível a ampliação das bases de colaboração na relação jurídica contratual e a maior vinculação das partes ao negócio jurídico, o que gera mais segurança jurídica ao contrato.

⁸¹ MARRARA, 2011, p. 10.

⁸² Tanto no artigo 175 quanto no 22 da Constituição Federal não há um critério definido para a prestação do serviço público, podendo o Estado adotar tanto a forma de ato quanto de contrato, tanto de autorização quanto de concessão.

Esse é um dos motivos da preferência para o negócio ao invés da autoridade. Esse é o novo Direito Administrativo.⁸³ Uma teoria de mudança contratual e de necessidade de novos pactos sobretudo nos contratos de longa duração, mas que atinge também os contratos de curta duração, em que o consenso se apresenta mais apto para o jogo contratual do que a autoridade e os contratos administrativos demonstram capacidade de aprendizagem para a solução dos pontos sensíveis e difíceis da execução.

A contemporaneidade exige o enfrentamento da qualificação do contrato administrativo. Para ser contrato administrativo não necessariamente é indispensável o regime da autoridade. O que qualifica um contrato administrativo é a prestação de serviços públicos ou de atividades de relevância para o interesse público. A autoridade é um dos aspectos do regime administrativo do contrato mas este não se esgota na autoridade. A exorbitância não é contrato, está fora dele.

Há tipos de contratos que, pela sua natureza em termos funcionais, não aceitam a autoridade. Maria João Estorninho defende o fim da diferença entre contrato administrativo e de administração, no que é acompanhada por Alexandra Leitão.⁸⁴ Ao se aceitar o discurso de que só há contrato administrativo porque há prerrogativas a perspectiva é reducionista, num regime de uma só dimensão. E o contrato pode possuir outras dimensões, como a de declaração negocial de direito público.⁸⁵

A inadequação do atual modelo e a necessidade de resubstancialização do regime de prerrogativas, abstrato e permanente, por um “ambiente exorbitante”, concreto e casuístico, pressupõe uma dimensão cultural e ideológica. A Administração Pública quando contrata traz para o contrato sua força e ao mesmo tempo o contrato a mitiga. A desconstrução da teoria clássica do contrato administrativo parte dessa premissa.

Assim, afirma-se como proposta a necessidade de revisão doutrinária do instituto dos contratos administrativos, em especial a característica da autoridade representada nas prerrogativas públicas, ante as transformações porque passa a Administração Pública contemporânea, buscando analisar as possibilidades de aplicação da negociação das cláusulas contratuais em substituição à imposição unilateral delas.⁸⁶

⁸³ Sobre as transformações do Direito Administrativo no século XXI, ver: CORREIA, 2016; BITENCOURT NETO, 2017.

⁸⁴ LEITÃO, 2002, p. 32.

⁸⁵ Não se pode deixar de considerar que o aumento de complexidade contratual acarreta desafios para a gestão pública, especialmente relacionados ao modo de gestão e ao controle sobre os negócios públicos, assim como um certo déficit democrático na tomada de decisão administrativa, embora este não seja o tema enfrentado neste estudo.

⁸⁶ Sobre o assunto Pedro Miguel Matias Pereira afirma que “tal como qualquer contrato, também o contrato público tem, na sua base, um encontro de vontades, o que pressupõe uma liberdade dos contraentes

O que se propõe é uma condição de autoridade subsidiária a uma postura negocial prévia. E, por óbvio, deve-se buscar estabelecer quais as situações em que a condição de potestade pública deve necessariamente ser invocada para a definição do interesse público no caso concreto.

A realidade em construção necessita do estabelecimento objetivo de que parâmetros esse novo modelo de gestão administrativa, negocial, se coloca. Quais são suas estruturas e fundamentos e como se dá a relação com o espaço privado de negociação. E a sequência lógica passa pela afirmação de que o regime exorbitante não é o eixo estruturante da relação contratual administrativa.

Neste ponto, a síntese é o contrato administrativo como categoria do direito, num modelo de reposicionamento das prerrogativas, focado na relação jurídica, voltado a uma Administração distributiva, que se orienta por uma proposta de função ordenadora e não parte da premissa da autoridade como condição do negócio jurídico.⁸⁷

Segundo Gustavo Justino de Oliveira, a nova contratualização passa por um processo que compreende privilégio da cultura do diálogo entre parceiro público e privado, maior atenção a negociações preliminares, troca de concessões mútuas, redução da imposição unilateral e proporcional aumento da interação entre os parceiros, maior interdependência entre as prestações do parceiro público e do parceiro privado.⁸⁸

É um equívoco pensar que a proposta do consensualismo pressupõe uma alteração do vínculo contratual que pode vir a colocar a Administração Pública em subordinação a interesses particulares.⁸⁹ As prerrogativas fazem parte de um regime jurídico especial dos contratos administrativos (ainda que se sustente que não deva ser um regime geral) e são garantia do interesse público e da satisfação dos direitos fundamentais.

A filtragem dos poderes unilaterais da Administração Pública realizada pelo consensualismo não pressupõe a substituição integral das prerrogativas, mas permite um reposicionamento, possibilitando aplicação subsidiária. Em outras palavras, a reestruturação pretendida mantém intacta a condição da Administração

em assumir ou não uma relação jurídica contratual, tendo assim, ao contrário do acto administrativo, um carácter voluntário. Ou seja, e ao invés do que acontece quando lança mão do acto administrativo, a *Administração Pública negocia a sua actuação em vez de ditar o direito para o caso concreto, e é assim que se caracteriza o government by contract*" (PEREIRA, 2011, p. 15; grifos nossos).

⁸⁷ A visão da função ordenadora proposta por Carlos Ari Sunfeld quando trata do Poder de Polícia conforma-se perfeitamente com a visão de uma Administração Pública paritária e distributiva, como já apontado (SUNDFELD, 1997, p. 9-27 e 38-52).

⁸⁸ OLIVEIRA, 2005, p. 569.

⁸⁹ No Brasil essa discussão já se apresentava no Código Civil de 2002. Alice Gonzáles Borges assinala que o Código Civil reflete as tendências contraditórias da atualidade, com a interpenetração do público e do privado, com adoção de novas tipologias contratuais, em que as novas regras aproximam a concepção contratual de 2002 com as peculiaridades do contrato administrativo (BORGES, 2005).

Pública de exercício de poderes unilaterais para a proteção do interesse público, mas estabelece requisitos para sua utilização, ainda que subsidiária.

Na aplicação do modelo proposto assume importância a ampliação democrática do processo de tomada de decisão administrativa, assim como uma necessária estruturação de um sistema regulatório eficiente sobre as relações negociais administrativas.

Referências

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ARGUELHES, Diogo Werneck; LIMA, João Marcelo da Costa e Silva. Políticas públicas, interpretação judicial e as intenções do legislador: o ProUni e o “cripto-ativismo” do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 163-192, maio/ago. 2017.
- AYALA, Bernardo Diniz de. O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de Project Finance. *Revista de Contratos Públicos*, n. 2, p. 67, 2011.
- BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e Administração Pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.
- BORGES, Alice Gonzalez. *Temas de direito administrativo atual: estudos e pareceres*. v. 2, Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 846, 27 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7509>>.
- CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Consenso e autoridade na teoria do contrato administrativo*. Lisboa: Quid Juris Sociedade, 2012.
- CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Manual elementar de direito público da economia e da regulação*. Uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Almedina, 2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos derechos y garantías. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 59-108, jan./abr. 2016.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo*. Novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CORDEIRO, António Menezes. *Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*. Coimbra: Almedina, 2007. n. 2, p. 9-112.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2013.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.
- ESTORNINHO, Maria João. *Requiém pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.
- FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis. Um diálogo sobre a autonomia da Constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas a noção de bloco de constitucionalidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 317-330, jan./abr. 2018.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contrato administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, v. 1.
- GUIMARÃES, Ana Luísa. *O caráter excepcional do acto administrativo contratual no Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2012.
- GUIMARÃES, Edgar; FRANCO, Caroline da Rocha. Controle das Políticas Públicas por meio das Licitações. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 42, abr./maio/jun. 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-42-ABRIL-2015-EDGAR-GUIMARAES-CAROLINE-FRANCO.pdf>>.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *O contrato administrativo: uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*. 1. reimp. Coimbra: Almedina, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2015.
- HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- KIRKBY, Bobela-Mota Mark. *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*. O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra, 2011.

LEITÃO, Alexandra. *A proteção judicial dos terceiros nos contratos da administração pública*. Coimbra: Almedina, 2002.

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013.

MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da nova lei de organização Administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 945, jul./set. 2011.

MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de obras públicas*. O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2014.

MEZZAROBBA, Orides; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. The Principle of the Dignity of Human Person: A Reading of the Effectiveness of Citizenship and Human Rights Through the Challenges Put Forward by Globalization. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 273-293, jan./abr. 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei n. 8.987/95 – parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOTTA, Fabrício. *A função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. 4 dez. 1986, São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – Universidade de São Paulo, 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho*. Estrasburgo, 26 fev. 2014. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.094.01.0065.01.POR>.

PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os poderes do contraente público no código dos contratos públicos*. Coimbra: Coimbra, 2011.

PORTOCARRERO, Marta. *Modelos de simplificação administrativa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2002.

RAIS, Diogo. O regime de preferências instituído pela Lei n. 12.349 de 15 de dezembro de 2010. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (Orgs.). *Leituras complementares de Direito Administrativo: licitações e contratos*. São Paulo: JusPodivm, 2012.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 131-151, out./dez. 2016.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

- SALGADO, Eneida Desiree. Essay on the Constitutional Promises of Democracy and Republic. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 3. p. 85-100, set./dez. 2017.
- SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba. 356f. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço Público como Direito Fundamental: mecanismo de desenvolvimento social. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; SILVA, Suzana Tavares da. *Um novo Direito Administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SOUSA, Luis Verde de. *A negociação dos procedimentos de adjudicação*. Uma análise do Código nos contratos públicos. Coimbra: Almedina, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador: a interferência estatal na vida privada*. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1997.
- ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALLE, Vivian Cristina Lima Lopez. Um novo regime jurídico para os contratos administrativos: aplicação subsidiária da condição de autoridade, inexistência de um regime geral de prerrogativas e enquadramento do contrato administrativo como instrumento de desenvolvimento. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 175-208, abr./jun. 2018.
