



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CONSENSUALISMO COMO MEIO DE PERSECUÇÃO DA FINALIDADE PÚBLICA  
NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Alexandre Augusto Noronha Dias da Cruz

Rio de Janeiro  
2018

ALEXANDRE AUGUSTO NORONHA DIAS DA CRUZ

O CONSENSUALISMO COMO MEIO DE PERSECUÇÃO DA FINALIDADE PÚBLICA  
NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2018

## O CONSENSUALISMO COMO MEIO DE PERSECUÇÃO DA FINALIDADE PÚBLICA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Alexandre Augusto Noronha Dias da Cruz

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

**Resumo** – No cenário das contratações públicas, a Lei de Licitações fornece ao Estado uma série de vantagens e poderes de alteração dos contratos celebrados, com base no interesse público. Este último, historicamente, sempre serviu de premissa teórica para justificar a preponderância da Administração sobre a vontade particular, muito embora seja impossível definir, com precisão e de forma estanque, o que representa a finalidade pública. Justamente em razão da fluidez do conceito de interesse público, é essencial refletir sobre o manejo das prerrogativas da Administração na realização de sua função executiva e a possibilidade de aplicação de uma nova visão filosófica até então não abraçada pela doutrina e jurisprudência do Direito Administrativo.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Contratos Administrativos. Cláusulas exorbitantes. Indisponibilidade do Interesse Público. Consensualismo.

**Sumário** – Introdução. 1. A Dogmática da Indisponibilidade do Interesse Público *versus* Interesse Público por meio do Consenso 2. A Legitimidade das Cláusulas Exorbitantes no Estado Democrático de Direito 3. A Administração Pública Dialógica nas Contratações Públicas como uma Opção de Alto Risco e Grande Recompensa. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o consensualismo como um fenômeno que vem paulatinamente ganhando força na seara do Direito Administrativo, e busca fixar parâmetros para uma atuação do gestor público mais otimizada, pautada primordialmente pela eficiência, refutando a concepção clássica da Administração legal-formalista, que tem por traços marcantes a burocracia e o abuso de sua posição de superioridade nos contratos administrativos.

As cláusulas exorbitantes, manifestação emblemática dessa sobreposição contratual estatal, nada mais são que poderes de alteração contratual impingidos pela Administração ao particular, em nome do bem comum, sempre foram vistas como inquestionáveis pela doutrina e jurisprudência tradicionais.

O interesse público é o cerne existencial de todo Estado Democrático de Direito, e é evidente que deve o administrador adotar os melhores mecanismos concebíveis para a concreção dessa finalidade pública. Contudo, após mais de duas décadas de vigência do Estatuto de Licitações e Contratos, traz-se a lume antigos conceitos do regime jurídico administrativo, como a supremacia do interesse público e sua indisponibilidade, dando-lhes

nova filtragem axiológica, para aferir se as prerrogativas unilaterais do Poder Público remanescem até hoje como dogma no efetivo atendimento dos anseios sociais.

O tema possui relevância em âmbito nacional, uma vez que a atividade licitatória e posterior contratação não se limitam a aspectos econômicos, mas são instrumentos para a consecução tanto do objeto imediato da contratação quanto de outros interesses paralelos da coletividade, como o fomento a determinados segmentos produtivos e a inclusão social, os quais também devem integrar o conceito de uma atividade administrativa ideal. Nesse prospecto, a dinamização das relações contratuais por meio do diálogo entre Estado e setor privado representa característica crucial.

Nessa linha, o primeiro capítulo busca uma análise histórica do pensamento jusfilosófico dominante quando da promulgação da Constituição Federal e do advento da Lei 8.666/93, até a sedimentação tardia do pós-positivismo no Brasil, em meados da década de 2000, se atentando para o fato de que a própria concepção filosófica do ordenamento jurídico sofreu alterações, sendo perfeitamente possível, até mesmo preferencial, a integração de institutos de negociação com o interessado na contratação e de diálogo com a sociedade no desempenho da função administrativa.

Fixada a premissa ideológica, o segundo capítulo se debruça sobre as cláusulas de privilégio do Poder Público nos contratos administrativos, ponderando seus aspectos de legalidade e legitimidade na atuação concreta do administrador.

O terceiro capítulo sugere vertente de implementação prática das tendências de consensualismo e flexibilização do rigor formal da lei, visto que uma construção filosófica que não encontra aplicação na realidade fática tende a se tornar inócua. Ao fim, o capítulo assevera a possibilidade de se esculpir uma Administração Pública atuando em cooperação com o setor privado no cumprimento de uma profusão de objetivos concretos, todos abarcados sob a égide abstrata do interesse público.

Adota-se o método hipotético-dedutivo para sustentar a tese, com a formulação de proposições hipotéticas e submissão destas à análise crítica do pesquisador em face do arcabouço legislativo pertinente. Logo, por seu aspecto valorativo, trata-se de pesquisa eminentemente qualitativa.

## 1. A DOGMÁTICA DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO *VERSUS* INTERESSE PÚBLICO POR MEIO DO CONSENSO

A expressão positivismo jurídico comporta múltiplas dimensões significativas. Talvez um de seus precursores mais emblemáticos se encontre no Código Civil Francês de 1804, que teve papel determinante na disseminação do direito em forma codificada. Com base nos ideários iluministas da Revolução Francesa, o Código Napoleônico buscou estabelecer um direito simples, unitário e aplicável a todos<sup>1</sup>, rompendo com os moldes absolutistas. Em razão das inúmeras arbitrariedades cometidas pelo regime monárquico recém abolido, havia a concepção de que o direito posto, a lei escrita, refletia a vontade do povo, de modo que deveria ser obedecido em sua literalidade<sup>2</sup>.

Por sua vez, Kelsen<sup>3</sup> buscava atribuir feição epistemológica a esse positivismo jurídico, separando o Direito e da Moral, buscando compreender a ordem jurídica como um conjunto de normas em si mesmo. Tais pensamentos contribuíram para a formação do sistema da *civil law* ou direito romano-germânico, o qual serviu de herança para o direito brasileiro.

Luiz Roberto Barroso<sup>4</sup> é categórico ao afirmar que o positivismo teve como legado o afastamento do Direito da Filosofia e de discussões envolvendo legitimidade e justiça, equiparando-o essencialmente ao próprio texto escrito da lei, e possibilitando que Estados-nação se utilizassem do manto da legalidade para instaurar regimes que representaram verdadeira degeneração no processo evolutivo da humanidade.

Em que pese ser possível afirmar que o constituinte de 1988, ao iniciar nova ordem jurídica, já o fizesse sob as ondas do pós-positivismo, é certo que no Brasil essa concepção jusfilosófica só veio a ganhar concretude no início Século XXI, quando a doutrina passou a desenvolver o tema. Barroso<sup>5</sup>, ao abordar a concepção pós-positivista, a conceitua como uma “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras” e sustenta que “o discurso acerca dos princípios,

---

<sup>1</sup>BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra, Tradução e Notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 65.

<sup>2</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. *Revista dos Tribunais Online*: Revista de Processo v. 172 p. 3-4, jun. 2009.

<sup>3</sup>BROCHADO, Mariá. *Magistratura: Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*. Niterói: Ímpetus, 2012, p. 23.

<sup>4</sup>BARRROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 240, p. 4, abr./jun. 2005.

<sup>5</sup>Id. O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 232, p. 147, abr./jun. 2003.

da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética deve ter repercussão (...) sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas.”

Logo, do ponto de vista filosófico, o pós-positivismo é a marca do verdadeiro Estado Democrático de Direito, buscando firmar uma ordem jurídica com supedâneo histórico-axiológico, e não formal-legalista, em prestígio aos direitos fundamentais e à máxima da dignidade da pessoa humana como elemento nuclear do sistema.

Essa construção filosófica tem relevância quando se discute a aplicação do princípio da legalidade à luz do regime jurídico administrativo. Pelo referido regime entende-se o conjunto de normas de direito público que dão perfil verticalizado à Administração Pública em suas relações aos particulares, fixando-lhe prerrogativas e sujeições.<sup>6</sup> Ao contrário do Poder Legislativo e Judiciário, o Estado Executivo ainda demonstra recalcitrância ao pós-positivismo e retém, em sua função típica administrativa, a mesma postura imperativa oriunda dos tempos de absolutismo.<sup>7</sup>

Mais especificamente, no que tange à supremacia do interesse público sobre o privado, a tradicional doutrina administrativista sempre sustentou a sobreposição do interesse coletivo em face do particular. A única ressalva seriam os próprios direitos fundamentais, contra os quais o interesse público não poderá ser brandido<sup>8</sup>, pois como já demonstrado, constituem o alicerce precípuo, jusfilosófico, do Estado Democrático de Direito.

No entanto, modernamente, existe abalizada doutrina<sup>9</sup> que sustenta que a supressão do interesse particular em face ao interesse público não poderia ser presumida, assumindo valor dogmático, absoluto, mas sim dependente de análise casuística. Dessa forma assevera Alexandre dos Santos Aragão<sup>10</sup>:

de fato, as situações disciplinadas pelo direito público são muito mais complexas do que aquela que poderia ser resolvida por uma abstrata e geral prevalência do interesse público sobre o interesse privado. O que deve ser feito é ponderar os diversos interesses juridicamente tutelados que estiverem em jogo, sejam eles públicos ou privados (...). Não existe uma norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público. (...) A jurisprudência já tem avançado em refutar invocações retóricas e generalistas do interesse público para justificar restrições a direitos, apesar de elas ainda serem bem comuns [...]

<sup>6</sup>PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 129-130.

<sup>7</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: ano 1, n. 3, p. 3-4, out./dez. 2003.

<sup>8</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 106.

<sup>9</sup>Ibid., p. 107-108.

<sup>10</sup>Ibid.

Já a outra faceta da supremacia do interesse público seria sua indisponibilidade, representando limitações ao Poder Estatal no atendimento do bem comum. E nesse âmbito, reflexões doutrinárias mais atuais acerca do tema sustentam que um determinado grau de disponibilidade do interesse público não corresponderia ao seu sacrifício, mas sim ao seu atendimento aperfeiçoado, sendo certo que em determinados casos a celebração de um acordo com o particular pode cumprir melhor a finalidade pública que uma imposição unilateral irrefletida com base na lei positiva<sup>11</sup>.

Quanto ao princípio da legalidade, a tradicional assertiva, inúmeras vezes reverberada pelos operadores do direito, de que a Administração obedece o princípio da legalidade estrita, somente podendo fazer o que for previsto por lei somente há de permanecer verdadeira se, levando em conta a sedimentação do pós-positivismo e interpretação valorativa provisória, perpetuamente mutante no sistema jurídico, a chamada legalidade for entendida em sentido amplo, em atendimento não apenas à lei estrita, mas a princípios que expressam diretamente os objetivos constitucionais, o que a doutrina vanguardista denomina juridicidade<sup>12</sup>.

E por conseguinte, não há qualquer óbice, a não ser a falta de inovação legislativa concertada, para que o consensualismo ganhe espaço em detrimento da colisão de interesses entre Administração e particular, colisão que ocorre devido à adoção da acepção clássica da Administração baseada no *jus imperii*, e carecedora de superação diante dos arquétipos atuais do Direito.

Expoente no tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>13</sup> com razão já alertava para o consenso como forma alternativa de ação estatal e meio de alcance de uma democracia substantiva, em que a participação da sociedade nas políticas públicas acarretaria maior eficiência e efetividade social, sendo dever das variadas instituições da Administração Direta e Indireta de instituir processos participativos adequados, sugerindo a desmitificação do conceito positivista de interesse público<sup>14</sup>.

Esclarece-se que, embora se faça crítica ao positivismo, ao mesmo tempo é forçoso reconhecer que a cultura positivista é elemento histórico de uma nação, herança da qual é impossível o desprendimento.

E já que assim o é, afigura-se válido, ao longo dos próximos capítulos, analisar a legislação pertinente e lhe sugerir alterações que representem aproximação a valores pós-positivistas. Mas, desde já, defende-se que a solução mais adequada a qualquer anseio da

---

<sup>11</sup> Ibid., p. 109.

<sup>12</sup> Ibid., p. 85.

<sup>13</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p. 1.

<sup>14</sup> Ibid., p. 4.

coletividade reside na convergência de atuações dos envolvidos, sendo mais apta a gerar pacificação social a lei que oportunizar a formação de acordos em seu texto, do que aquela que traz solução rígida pré-concebida.

## 2. A LEGITIMIDADE DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como já referenciado, os pressupostos dogmáticos do Direito Administrativo têm origem no absolutismo, pressupondo a relação entre Estado e seus súditos por meio do exercício do poder de império daquele. Trata-se de uma assimetria que dá gênese igualmente a normas orientadoras e a regras fechadas no texto normativo. Modernamente, atrela-se o *jus imperii* à finalidade pública, deixando de lado o termo “arbitrariedade” de tempos monárquicos para se falar em prerrogativas do Estado<sup>15</sup>.

Os contratos administrativos são justamente aqueles imbuídos pelas nuances do regime publicista, e por essa interpretação histórica, inexoravelmente acarretam relação contratual verticalizada, ostentando cláusulas de disposição unilateral por uma das partes, as quais resultariam nulidade plena em qualquer outro cenário contratual. São as chamadas cláusulas exorbitantes, nota distintiva dessa espécie contratual, que são as prerrogativas do Poder Público de impingir sua vontade ao contratado, independentemente da vontade deste último<sup>16</sup>.

Nessa esteira, dispõe o art. 58 da Lei nº 8.666/93<sup>17</sup> sobre os poderes da Administração dentro do contrato, quais sejam, a modificação e rescisão unilaterais do vínculo contratual, fiscalização, aplicação de sanções por descumprimento da avença, possibilidade de ocupação temporária de bens privados a depender da essencialidade do objeto contratual. Poder-se-ia citar também a admissão da *exceptio non adimpleti contractus* apenas de forma diferida, nos moldes do art. 78, XV da Lei de Licitações<sup>18</sup>.

Ao tratar do tema, Marcos Juruena Villela Souto<sup>19</sup>, adepto à implementação do consensualismo e da flexibilização das cláusulas exorbitantes, ressalta o fato de a Constituição

---

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de ; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 572-574.

<sup>16</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 377.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> SOUTO apud MOREIRA NETO. In: ARAGÃO, op. cit., p. 472.



da República Federativa do Brasil<sup>20</sup> de 1988 prever tão somente a busca da finalidade pública e os respeitos aos princípios administrativos, de modo que não há supedâneo exposto às cláusulas exorbitantes em seu texto. Por serem obra do legislador infraconstitucional, as cláusulas de modificação unilateral não gozam da mesma deferência que uma norma prevista pelo constituinte.

Em outras palavras, não há qualquer óbice posto pela CRFB/88<sup>21</sup> para que o legislador forneça novo tratamento às cláusulas exorbitantes. Atualmente, por ser a Lei nº 8.666/93<sup>22</sup> produto do pensamento do século passado, ainda se encontra fortemente imbuída do espírito de assimetria estatal em suas relações, de forma que as faculdades de alteração unilaterais são conferidas de forma apriorística à Administração, e sequer há exigência de que constem no instrumento convocatório da licitação ou no contrato administrativo, sendo presumidas, implícitas em qualquer vínculo contratual regido pelo direito público.

Cita-se trecho de artigo<sup>23</sup> da revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro sobre o modelo de licitações adotado pelo ordenamento pátrio:

[...] priorizou-se o estabelecimento de um procedimento com inúmeras exigências e fases para a escolha do contratado privado, (...) pois acreditava-se que a ênfase no excesso de formalismo seria fundamental para mitigar os desvios éticos na condução das contratações públicas. Os recentes escândalos de corrupção revelam, no entanto, que esse modelo não foi capaz de ilidir a corrupção. E o que é pior: (...) estimulou a concentração no setor público de empresas especializadas em burocracia licitatória, produzindo externalidades negativas que agravam ainda mais o denominado Custo Brasil [...]

Sobre esse aspecto, Moreira Neto<sup>24</sup> joga luz sobre determinadas desvantagens dessa forma de consecução dos objetivos estatais: a imprecisão e insegurança dos resultados advindos do manejo das prerrogativas da Administração nas transações como traço absoluto, comprometendo a eficiência; o encarecimento dos custos na contratação pela chamada álea administrativa (alteração unilateral pelo Estado), também agredindo a eficiência; e a falta de transparência e mácula ao princípio da proteção da confiança legítima do particular contratado.

A fim de evitar esses efeitos perniciosos, faz-se necessário que o interesse público seja reinterpretado para que se abandone a concepção clássica de interesse público genérico, que é

---

<sup>20</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

<sup>21</sup>Ibid.

<sup>22</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>23</sup>NEVES, Aloysio. Contratações Públicas, burocracia e o custo Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: O Tribunal, v. 2, nº 11, jan./jun. 2016.

<sup>24</sup>MOREIRA NETO. In: ARAGÃO, op. cit., p. 582.

a permissiva geral para as atuações mais esdrúxulas da Administração, e se admita que a Administração somente conheça interesses públicos em concreto, casuísticos, os quais exigem detalhada análise pelo executor público para que sejam alcançados.<sup>25</sup>

Neste ponto, parece fulcral ressaltar que, se o próprio interesse público não pode ser reduzido a uma fórmula abstrata e genérica, igualmente as cláusulas exorbitantes não poderiam ser aferidas abstratamente, como o fez o legislador infraconstitucional, pois estas são corolário dele, interesse público.

Outrossim, a atuação administrativa dentro do Estado Democrático de Direito não se subsume tão somente à obediência à legalidade e atuação nos moldes dados pela lei, mas se ampara no pós-positivismo para exigir que, além de legal, a atuação pública seja também reconhecida pelo ordenamento e pela sociedade, assim entendida pelo nível de efetivação dos direitos fundamentais que atinge.

O pós-positivismo, no que tange à Administração Pública, representa a busca pela eficiência administrativa, que não se restringe à economicidade do negócio celebrado, mas abrange também a concreção de outros direitos fundamentais e busca de resultados não econômicos à primeira vista, todos amparados pela Constituição.<sup>26</sup> A título exemplificativo podem ser citados os direitos difusos, de titularidade de toda coletividade indeterminável, como o direito ao meio ambiente equilibrado e a inclusão de minorias no setor produtivo.

Se é certo que o contratado possui direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por expressa previsão constitucional no art. 37, XXI da CRFB/88<sup>27</sup>, tal direito não pode ser visto como limiar das garantias do particular na contratação, mas sim como mínimo inicial garantido, devendo ser admitidas outras estipulações contratuais em nome da busca pelo resultado mais eficiente possível. E, por que não, inclusive com a renúncia contratual pelo Leviatã de um ou outro poder de alteração unilateral, se disso resultar melhor proposta pelo particular, que vê diminuído o risco de ingerência estatal no ajuste, respeitada, obviamente, a inovação legislativa que deve preceder a aplicação do consensualismo nos moldes aqui expostos.

E frise-se, não se busca retirar poderes do gestor da coisa pública, dificultando sua missão constitucional, mas por meio da delimitação concreta e previsão específica de quais prerrogativas poderiam ser empregadas pela Administração em cada vínculo contratual, estar-

---

<sup>25</sup>MOREIRA NETO. In: ARAGÃO, op. cit., p. 585.

<sup>26</sup>OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As tendências das licitações públicas na administração pública de resultados. *Revista Jurídica Consulex*. v. 393, nº 393, 2013, p. 32-33. Disponível em: <[http://www.professorrafaeloliveira.com.br/leitura.asp?id\\_noticia=162](http://www.professorrafaeloliveira.com.br/leitura.asp?id_noticia=162)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

<sup>27</sup>ARAGÃO, op. cit., p. 381.

se-ia exigindo do próprio administrador uma atuação mais diligente e aprofundada, mais *específica*, tal qual a finalidade pública concreta perseguida, em vez de um gestor distante e adepto a padrões burocráticos, prestigiando-se o princípio da eficiência.

Dentro desses valores pós-positivistas, conclui-se que o tratamento hoje conferido às cláusulas exorbitantes, tanto pelo legislador infraconstitucional quanto pelo chefe de governo na adoção dessas prerrogativas estatais, já se mostra obsoleto, incapaz de dar resposta adequada aos anseios sociais, perpetuamente dinâmicos e nunca monocromáticos.

### 3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO UMA OPÇÃO DE ALTO RISCO E GRANDE RECOMPENSA

A intervenção direta do Estado na exploração de atividades econômicas e prestação de serviços não é preferencial, pois conduz à ineficiência na execução das finalidades administrativas, sendo gradualmente substituído pela atuação estatal indireta, gerencial. Este molde de atuação administrativa é pautado pela busca de resultados em detrimento de formalidades procedimentais, com a descentralização de atividades e constante fiscalização do desempenho daqueles que atuam ao lado do Estado, visando garantir os direitos fundamentais e a correção de assimetrias mercadológicas, acarretando desenvolvimento nacional<sup>28</sup>.

Para compreender o avanço que representa a figura da Administração Pública por meio do diálogo, deve-se resgatar a noção filosófica habermasiana de Direito, aqui referido como esfera de valor que rege as relações de uma sociedade. Trata-se de mudança de paradigma em que somente se vê racionalidade nas ações humanas quando estas são previamente organizadas entre si, de modo que o valor Justiça não mais significa um conjunto ideal-abstrato instituído<sup>29</sup>.

Enxergar as ações humanas com base nas interações do homem na sociedade, de modo que o alcance de um consenso racional, e portanto, legítimo, apenas seria possível por meio da participação popular, oportunizando a todos o discurso e a possibilidade de influenciar a tomada de decisões. A legitimidade do Direito não mais reside no poder de punir os desconformes ao poder soberano, mas no discurso coordenado de diferentes atores sociais,

---

<sup>28</sup>OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018. p. 586-590.

<sup>29</sup>SÁ, Alexandre de Albuquerque. Reflexões sobre a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e o Direito. In: GURGEL, Claudia (coord.); MELLO, Cleyson de Moraes (coord.); GUERRA, Sônia (coord.); *Dignidade, Direito e Filosofia: estudos em homenagem à André Fontes*. Juiz de Fora: Editar, 2017. p. 439-442.

sendo essencial que aqueles que se submeterão à norma jurídica tenham participado de sua elaboração<sup>30</sup>.

A Administração Pública Dialógica é decorrência desse pensamento aplicado à função executiva típica, trazendo democratização e legitimidade ao processo de formação e execução de políticas públicas.

Não obstante, a implementação de uma visão mais negocial no cenário licitatório-contratual demanda certa cautela em sua análise, pois não se busca deturpar a Lei de Licitações<sup>31</sup> em um convite aberto ao arbítrio dos contratantes. A manipulação do certame e o comprometimento do caráter competitivo pelos licitantes ou pelo agente público encarregado é um problema endêmico de longa data, ao qual a burocratização em excesso e a visão formalista-positivista proveram solo fértil para o enraizamento de tais práticas no cerne da cultura nacional.

Reconhece-se que a aplicabilidade prática do consenso proposta neste estudo, com a possibilidade de flexibilização de alguma cláusula exorbitante de antemão, representa um desafio para o Direito Administrativo brasileiro.

Nesse ponto, parece importante apontar o Ministério Público como um ator em potencial nessa mudança de eixo axiológico. Até a inauguração da nova ordem jurídica em 1988, ao *Parquet* incumbia a fiscalização da lei e a titularidade do poder punitivo do Estado. Após a CRFB/88<sup>32</sup> o Ministério Público passou a contar com novos mecanismos de ação, ganhando vulto seu papel de defensor dos interesses coletivos *lato sensu* e na luta contra atos de improbidade administrativa<sup>33</sup>. O art. 127 do texto constitucional<sup>34</sup> traz redação ampla, representando verdadeira cláusula aberta para as possibilidades de atuação ministerial.

Cita-se o entendimento de Carlos Vinícius Alves Ribeiro<sup>35</sup>, cuja tese de mestrado culminou em livro sobre o tema:

[...] o que importa não é detalhar, como já dito, de forma taxativa, todas as atribuições do Ministério Público, até porque a Constituição da República e as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos não fixaram rol fechado, mas um quadro, uma noção, sendo possível ao Ministério Público exercer atividades até então impensadas

---

<sup>30</sup>Ibid.

<sup>31</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>32</sup>BRASIL, op. cit., nota 20.

<sup>33</sup>PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Prefácio. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ministério Público - funções extrajudiciais: histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.22-23.

<sup>34</sup>BRASIL, op. cit., nota 20.

<sup>35</sup>RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ministério Público - funções extrajudiciais: histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 65-66.

na defesa dos interesses metaindividuais ou de pessoas consideradas hipossuficientes por lei, acompanhando, assim, o desenvolvimento da sociedade.

Exposta tal conceituação, parece acertado atrelar as cláusulas orientadoras da atuação ministerial com as finalidades licitatórias e a lisura da competição, que são rigorosamente as mesmas, todas ligadas ao interesse público e portanto, envolvendo interesses metaindividuais e o próprio desenvolvimento nacional.

Destaca-se que a função extrajudicial do Ministério Público deve ser uma vertente pujante da instituição. Como exemplo, menciona-se o art. 8º, §1º da Lei nº 8429/92<sup>36</sup> que prevê a possibilidade de atuação extrajudicial no inquérito civil público, o qual é presidido pelo próprio membro do *Parquet*, sendo plenamente possível que o Ministério Público cumpra sua missão constitucional prescindindo da judicialização da questão<sup>37</sup>.

E nesse tocante, observa-se que a Lei nº 8.666/93<sup>38</sup> apenas menciona o Ministério Público ao tratar de notícia ao *Parquet* sobre a ocorrência de ilícitos na licitação, de forma que o texto legislativo fomenta uma atuação eminentemente repressiva do Ministério Público.

Contudo, por aqui se defender a atuação ministerial preventiva, seria salutar a alteração da norma procedimental licitatória para que fosse incluída a previsão de participação do Ministério Público ao longo dos atos sequenciais de obtenção da proposta mais vantajosa.

A intervenção de uma instituição autônoma decerto teria o condão de inibir a má gestão da coisa pública e a improbidade administrativa, possibilitando a descoberta do ilícito mais rapidamente, ou até mesmo o seu não cometimento, quando no panorama atual a descoberta tardia da nocividade permite o sucateamento da estrutura do Poder Público ao longo dos anos.

A título exemplificativo, defendensável a edição pelo legislador de participação obrigatória do *Parquet* ao final da fase de habilitação dos licitantes (art. 27 da Lei nº 8.666/93<sup>39</sup>), como também seria igualmente oportuna norma prevendo a intervenção do *Parquet* ao final do julgamento das propostas (art. 45 da Lei nº 8.666/93<sup>40</sup>) e antes da homologação pela Administração.

Ambas as fases citadas são janelas estratégicas para o cometimento de fraudes no certame e gastos irregulares de dinheiros públicos. Com o olhar do Ministério Público, seria possível a celebração de contratos administrativos com cláusulas personalizadas, imbuídas de

---

<sup>36</sup>BRASIL. *Lei nº 8.429, de 21 de junho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 14 set. 2018.

<sup>37</sup>RIBEIRO, op. cit., p. 77.

<sup>38</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>39</sup>Ibid.

<sup>40</sup>Ibid.

verdadeiro consenso, de acordo com a necessidade concreta da Administração e também do particular, satisfazendo em maior grau o interesse de ambas as partes.

Na contramão, poder-se-ia argumentar que o Ministério Público pode atuar de ofício ou quando provocado, a qualquer tempo, na defesa do interesse público, inclusive no decorrer da licitação, sendo redundante tal alteração normativa. Ocorre que a previsão genérica e eventual da possibilidade de atuação não se mostra suficiente para fornecer a proteção necessária e correspondente à envergadura dos interesses em jogo, sendo certo que a edição de norma infraconstitucional fixando a participação compulsória do *Parquet* estaria apenas reforçando o comando constitucional do art. 127 da CRFB/88<sup>41</sup>.

Ademais, outra possível crítica à atuação do Ministério Público entremeada nas fases da licitação seria o comprometimento da eficiência pela maior morosidade e custo do procedimento. Para essa problemática, salienta-se que a intervenção do Ministério Público não pode importar em paralisação do certame, salvo flagrante ilegalidade, sob pena de comprometer a finalidade pública. Para tanto, a informatização do processo administrativo se apresenta como peça-chave. E além, deve ser exigida do próprio Ministério Público uma atuação célere, devendo a instituição estar atenta ao *múnus* público que exerce e ao princípio da eficiência, especializando a atuação de seus membros.

## CONCLUSÃO

O primado pela eficiência representa a fase atual, como também o futuro do Direito Administrativo. Embora já incorporado ao ordenamento jurídico como cláusula aberta à ponderação de interesses, a aplicação aprofundada do consensualismo parece ser a etapa mais moderna de concreção dos interesses públicos pelo administrador. Fala-se, então, em um contrato muito mais negociado e menos legalizado.

Para que se atinja essa nova etapa, é imprescindível a desconstrução de alguns conceitos, tidos por grande parte da comunidade jurídica como verdades absolutas, tais quais as cláusulas exorbitantes.

Essas cláusulas são poderes gerais de ingerência do Estado na relação contratual que autorizam o comodismo no exercício da função típica administrativa, pois é permitido ao gestor público alterar unilateralmente o pactuado se entender que a linha de ação adotada por ele próprio à época da contratação não fora a melhor; da mesma forma, as cláusulas

---

<sup>41</sup>BRASIL, op. cit., nota 20.

exorbitantes não ponderadas acarretam o encarecimento dos contratos celebrados, uma vez que o particular inexoravelmente irá buscar ressalvas aos eventuais prejuízos decorrentes da posição de superioridade da Administração e suas arbitrariedades.

A fim de inibir esse efeito danoso, a indisponibilidade e busca do interesse público devem ser repensadas, não para sacrificar os interesses coletivos, mas para que o interesse público não sirva de justificativa para uma postura beligerante em oposição ao particular contratado.

Afasta-se dogmatismos de Estado verticalizado para que se possa compreender que a real virtude da atuação administrativa não se encontra no direito positivado, pois a lei jamais será capaz de prever a atuação otimizada da Administração para todo caso concreto. Ao se possibilitar a negociação e renúncia de uma ou outra prerrogativa contratual do Estado, estar-se-ia permitindo nada menos que a continuação da seleção da proposta mais vantajosa, fornecendo mais estabilidade à relação contratual. A norma atual, contudo, não permite tal elasticidade.

A real virtude do administrador, portanto, encontra-se em discernir justamente quais são as melhores formas de disposição da máquina pública para que se possa atingir a finalidade pública e o desenvolvimento conjunto do Estado e do setor privado por meio das contratações públicas. O presente estudo tentou elucidar que a atuação nesses moldes deve se basear, desde o início, na ponderação de interesses e na busca do diálogo com as partes envolvidas, alcançando a satisfação de interesses em grau evidentemente maior que uma solução imposta pela legalidade estrita.

Trata-se de tarefa hercúlea incumbida ao Executivo, que se realizada sem a devida deferência, poderia ser desfigurada em campo fértil para a improbidade administrativa. Por essa razão a intervenção concomitante de outros atores sociais e institucionais deve ser considerada, notadamente o Ministério Público, ganhando especial destaque seu potencial papel no ambiente das licitações e contratações públicas.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 240, abr./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 232, abr./jun. 2003.

BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra, Tradução e Notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.429, de 21 de junho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 14 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BROCHADO, Mariá. *Magistratura: Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*. Niterói: Ímpetus, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: ano 1, n. 3, out./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de ; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NEVES, Aloysio. Contratações Públicas, burocracia e o custo Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: O Tribunal, v. 2, nº 11, jan./jun. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As tendências das licitações públicas na administração pública de resultados. *Revista Jurídica Consulex*. v. 393, nº 393, 2013. Disponível em: <[http://www.professorrafaeloliveira.com.br/leitura.asp?id\\_noticia=162](http://www.professorrafaeloliveira.com.br/leitura.asp?id_noticia=162)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



\_\_\_\_\_. Prefácio. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ministério Público - funções extrajudiciais: histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ministério Público - funções extrajudiciais: histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SÁ, Alexandre de Albuquerque. Reflexões sobre a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e o Direito. In: GURGEL, Claudia (coord.); MELLO, Cleyson de Moraes (coord.); GUERRA, Sônia (coord.); *Dignidade, Direito e Filosofia: estudos em homenagem à André Fontes*. Juiz de Fora: Editar, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. *Revista dos Tribunais Online: Revista de Processo* v. 172, jun. 2009.