

CAIO DE SOUZA LOUREIRO

**Prerrogativas contratuais da Administração Pública sob a perspectiva da
eficiência e da *accountability***

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2022

CAIO DE SOUZA LOUREIRO

**Prerrogativas contratuais da Administração Pública sob a perspectiva da
eficiência e da *accountability***

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2022

Loureiro, Caio de Souza Loureiro

Prerrogativas contratuais da Administração Pública sob a perspectiva da eficiência e da *accountability*; Caio de Souza Loureiro; orientador Floriano de Azevedo Marques Neto -- São Paulo, 2022.

202 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Administração Pública. 2. Direito administrativo - anglo-saxão. 3. Direito administrativo - Brasil. 4. Contrato administrativo. I. Marques Neto, Floriano de Azevedo, orient. II. Título

LOUREIRO, Caio de Souza. **Prerrogativas contratuais da Administração Pública sob a perspectiva da eficiência e da accountability**. 2022. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

RESUMO

Caio de Souza Loureiro. Prerrogativas contratuais da Administração Pública sob a perspectiva da eficiência e da *accountability*. Julho/2022. 202p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, Julho/2022.

O contrato administrativo, enquanto figura apartada de estudo, tem sua origem na concepção de que a contratação carreada pela Administração Pública tem por intuito a consecução de um objeto caro ao interesse público. Como tal, deve-se tomar as ações em prol da execução contratual, o que demanda poderes específicos para que a Administração contraente possa atuar em favor do interesse público que permeia a contratação. A partir daí, admitiu-se que as partes no contrato administrativo ocupassem níveis diferentes, com a primazia do ente público. Ao longo do tempo, o Estado – e suas funções – cambiaram sensivelmente, sobretudo pela ampliação das demandas, o que acarretou um incremento no número e na complexidade da contratação administrativa. A ampliação das funções reclamou maior atuação estatal, o que, por sua vez, aumentou a necessidade de se servir da prestação do particular. Por outro lado, a contratação privada também passou a contar com algumas características tidas como exclusivas do seu par público, o que diminuiu ainda mais o discrimine inicial entre os dois regimes. Atualmente, no país, observa-se que a eficiência contratual está longe de ser uma constante, com inúmeros casos de objetos nunca entregues ou com execução mais custosa e com maior prazo. Por outro lado, encontra-se exemplos cada vez mais latentes de um exercício contumaz e exacerbado das prerrogativas, o que pode levar a conclusão de que o exercício do poder extroverso estatal está longe de representar uma garantia do interesse público. O presente trabalho intenta, portanto, retomar as justificativas que ensejaram a exorbitância, desta feita, com maior afincamento à relação entre prerrogativas e eficiência contratual. Com isso, procura demonstrar que o poder extroverso tem sua delimitação e embasamento na garantia das condições que viabilizam a performance contratual, o que está longe de se confundir com o interesse da própria Administração e, em alguns casos, é mais até mais próximo do interesse do particular contratado. Nesse esteio, constrói-se o entendimento a partir de uma pauta revisitada de preceitos administrativos, consentânea com alterações institucionais, muitas delas refletidas em inovações legislativas. Esse diálogo serve tanto para arrimar a hipótese apresentada como, também, descortina a contradição que há entre a conjuntura atual e a forma pela qual as prerrogativas vêm sendo exercitadas na prática.

PALAVRAS-CHAVE: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EFICIÊNCIA. EXORBITÂNCIA. PRERROGATIVAS CONTRATUAIS.

ABSTRACT

Caio de Souza Loureiro. Government powers in public procurement: achieving effectiveness and *accountability*. July 2022. 202p. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, July 2022.

Public interest is the basis of the government contract theory. Since the contract performance aims to provide a relevant good or service to the public interest, the Government must have the power to ensure such a performance. Thus, having an unequal contractual relation becomes accepted provided that the Government acts in favor of the public interest. Over time, the State - and its functions - changed significantly, primarily due to the expansion of public demands, which increased the number and complexity of public procurement. The expansion of functions has required more actions from the State, which, in turn, has increased the need for procurement. Also, private and public procurement are more similar than ever, losing the original discrepancy. Currently, public procurement in Brazil is far from efficient, with numerous cases of undelivered objects, more costly execution, and more extended deadlines. On the other hand, we find increasingly latent examples of a contumacious and deepened exercise of government powers, which may lead to the conclusion that the State's extroversive power is far from representing a guarantee of public interest. This thesis, therefore, intends to return to the reasons that delivered the government powers, this time with greater emphasis on the relationship between prerogatives and contractual efficiency. It aspires to reveal that the government power is grounded and limited if they ensure the contract feasibility. However, contract feasibility (and public interest consequently) is not always related to government purposes. In some cases, it is even closer to the interest of the private contractor. Then, there is a new agenda of Government canons, in line with institutional changes, many of them reflected in legislative innovations. Such an agenda must be the ground for revisited Government contractual powers. This assumption serves both to support the hypothesis presented and unveils the contradiction that exists between the current situation and how public agents perform the prerogatives.

KEYWORDS: ADMINISTRATIVE STATE. GOVERNMENT CONTRACT. EFFECTIVENESS. GOVERNMENT CONTRACTUAL POWERS.

RÉSUMÉ

Caio de Souza Loureiro. Privilèges contractuels de l'administration publique sous la perspective de la performance et de la accountability. Juillet 2022. 202p. Doctorat – École de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, Juillet 2022.

Le contrat administratif, en tant que figure d'étude distincte, trouve son origine dans le concept selon lequel les contrats passés par le gouvernement visent à atteindre un objet cher à l'intérêt public. En tant que tel, les actions doivent être prises en faveur de l'exécution du contrat, ce qui nécessite des pouvoirs spécifiques pour le gouvernement contractant afin d'agir en faveur de l'intérêt public qui imprègne le contrat. Par la suite, il a été admis que les parties au contrat administratif occupent des niveaux différents, avec la primauté de l'entité publique. Au fil du temps, l'État - et ses fonctions - a considérablement évolué, notamment en raison de l'expansion des demandes, ce qui a entraîné une augmentation du nombre et de la complexité des contrats administratifs. L'expansion des fonctions a exigé une plus grande intervention de l'État, ce qui a accru le besoin de prestations privées. D'un autre côté, la passation de marchés privés a également fini par présenter certaines caractéristiques considérées comme exclusives à son homologue public, ce qui a encore réduit la divergence initiale entre les deux régimes. Actuellement, dans le pays, on observe que l'efficacité contractuelle est loin d'être une constante, avec de nombreux cas d'objets jamais livrés ou avec une exécution plus coûteuse et à plus long terme. En revanche, on trouve de plus en plus d'exemples latents d'un exercice contumace et exacerbé des prérogatives, ce qui peut conduire à la conclusion que l'exercice du pouvoir extraversif de l'État est loin de représenter une garantie de l'intérêt général. C'est pourquoi le présent travail entend reprendre les justifications qui ont donné lieu au caractère exorbitant, en mettant cette fois l'accent sur la relation entre les prérogatives et l'efficacité contractuelle. Ainsi, elle cherche à démontrer que le pouvoir extraverti est limité et fondé sur la garantie des conditions qui rendent possible l'exécution du contrat, ce qui est loin de se confondre avec l'intérêt du gouvernement lui-même et, dans certains cas, il est même plus proche de l'intérêt du contractant privé. À cet égard, la compréhension est construite sur la base d'une liste revisitée de préceptes administratifs, en cohérence avec les changements institutionnels, dont beaucoup se traduisent par des innovations législatives. Ce dialogue permet à la fois d'étayer l'hypothèse présentée et de révéler la contradiction entre la situation actuelle et la manière dont les prérogatives ont été exercées dans la pratique.

MOTS-CLÉS: ADMINISTRATION PUBLIQUE. MARCHÉS PUBLICS. EFFICACITÉ. POUVOIRS ADMINISTRATIFS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. REVISITANDO AS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE.....	18
1.1. A conformação da contratação administrativa.....	18
1.2. O tratamento contratual das prerrogativas da Administração.....	25
1.3. As prerrogativas no Direito brasileiro.....	28
1.3.1. Do Código de Contabilidade Pública da União à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos: a trilha percorrida pela exorbitância no Brasil.....	29
1.3.2. A atualidade das prerrogativas no Brasil.....	35
1.3.2.1. A exorbitância fruto do controle externo.....	38
1.3.2.2. As recentes alterações institucionais do Estado brasileiro.....	43
1.4. Diagnóstico parcial: o anacronismo do modo de aplicação das prerrogativas com a noção do papel atual do Estado.....	51
2. EFICIÊNCIA DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	59
2.1. Eficiência como elemento intrínseco do Estado.....	59
2.2. A eficiência na prática.....	63
2.3. Eficiência e legalidade: harmonização dos princípios.....	69
2.4. Eficiência como vetor da exorbitância contratual da Administração.....	73
2.5. São as prerrogativas imprescindíveis para o resultado da contratação?.....	79
2.5.1. Alguma coisa está fora da ordem: a realidade adversa do contrato administrativo no Brasil.....	80
2.5.1.1. A carência técnica.....	81
2.5.1.2. A avidez na proteção do “interesse público” e na otimização dos ganhos diretos.....	85
2.5.1.3. O medo e a autoproteção.....	89
2.6. Reafirmar a eficiência como elemento distintivo da contratação administrativa.....	99
3. RESSIGNIFICAR A EXORBITÂNCIA: PROPOSTAS PARA O EXERCÍCIO EFICIENTE DAS PRERROGATIVAS.....	105
3.1. A morte e a morte do contrato administrativo.....	106
3.2. Qual interesse público?.....	112
3.2.1. O interesse público e a legitimação do Estado moderno.....	112
3.2.2. Interesses públicos e a falsa dicotomia com o interesse privado.....	115
3.2.3. Os interesses no contrato administrativo.....	118
3.3. Consensualidade, e não imperatividade.....	120
3.3.1. Do império à legitimação democrática.....	122

3.3.2.	A Administração Pública consensual	126
3.3.3.	A concertação interpartes do contrato administrativo.....	130
3.3.3.1.	Custos de transação	137
3.3.3.2.	Consensualidade e confiança	142
3.4.	<i>Accountability</i> : a prestação de contas no exercício de prerrogativas	146
3.4.1.	O conceito de <i>accountability</i> pública.....	148
3.4.2.	Motivação, razoabilidade e prestação de contas como dever do gestor público	150
3.4.2.1.	O ganho direto da Administração contratante não orienta a prestação de contas	152
3.4.3.	A <i>accountability</i> ineficiente	156
3.4.3.1.	Exigências excessivamente formais.....	157
3.4.3.2.	A intransigência com o erro.....	163
4.	Para onde caminham as prerrogativas?	172
4.1.	Ainda é possível falar em prerrogativas	175
4.2.	Prerrogativas em prol da equidade.....	176
4.3.	Exorbitar em favor do contrato.....	179
4.4.	Prestar contas ao invés de se omitir	181
	CONCLUSÃO	184
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	190

INTRODUÇÃO

As prerrogativas da Administração Pública sempre foram o elemento de destaque da relação contratual por ela estabelecida. Não por acaso, a existência das cláusulas exorbitantes é o traço marcante dos contratos administrativos, que os diferenciam dos seus pares privados, e, a certo tempo, ainda lançaram dúvidas sobre a caracterização da relação negocial público-privada como um verdadeiro contrato, tal a disparidade de forças entre as partes relacionadas¹.

Entende-se haver uma espécie contratual administrativa, pois o liame que se constitui entre a Administração e o particular não deve se estabelecer sob os mesmos preceitos vinculativos da relação contratual privada. Forte na concepção do interesse público, o contrato administrativo emerge como figura dotada de características singulares e que o afastam de parcela dos elementos intrínsecos aos contratos de natureza privada.

De fato, se é certa a necessidade de a Administração Pública se valer dos préstimos dos particulares, e essa prestação se conforma mediante contratação, o instrumento de vinculação público-privado se perfaz, pois, na consecução do escopo caro à coletividade. É dizer: a contratação administrativa é justificada unicamente na entrega de uma dada prestação ou objeto caro ao interesse geral e, como tal, o instrumento contratual deve predicar todos os meios necessários à satisfação do objeto contratado, proscrevendo quaisquer ônus imerecidos à coletividade, especialmente a frustração da não entrega daquilo que se esperava.

A preocupação com o atendimento ao interesse público é, pois, raiz de toda a doutrina contratual administrativa, que se alicerça na concepção de que a Administração atua não como mera parte contratante, mas como gestor daquele interesse especial que motivou a contratação. Esse traço, de tão marcante, resiste até hoje, mesmo já superada a discussão sobre a existência de uma contratação administrativa e acaba por influenciar diretamente a regulação e interpretação dos contratos celebrados pelo Estado.

No Brasil, especificamente, a doutrina arraigada nas prerrogativas da Administração floresceu e se solidificou a ponto de, mesmo com toda a evolução na concepção do Estado e

¹ O debate se trava, sobretudo, na contraposição de teorias contratualistas, forte na França, e aquelas que entendiam não haver contrato pelas especiais características dos acordos estabelecidos entre público e privado. O debate, retomado mais adiante, é bem exposto por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (**Princípios gerais de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 667 e ss.), e, mais recentemente e com mais vagar por Fernando Dias Menezes de Almeida (**Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 121 e ss.).

do seu papel, perenizar-se nas sucessivas normativas² e na forma com a qual o contrato administrativo é interpretado e discutido na jurisprudência³, judicial e de contas.

Nesse sentido, as denominadas cláusulas exorbitantes, que amoldam as prerrogativas da Administração no texto da avença, permeiam a redação da Lei n.º 8.666/1993, com mais detença em seu art. 58, e, de modo geral, espriam-se mesmo naqueles contratos submetidos à regulação específica.

A ampla aceitação dessas cláusulas como parte indissociável do contrato administrativo, e mais, como pressuposto de acautelamento do interesse público, é algo que as mantém relativamente alheias à discussão de fundo que se trava acerca do modelo de Estado e do agir administrativo. Sem dúvida, desde o surgimento do modelo contratual administrativo, tanto a concepção de Estado quanto os preceitos que orientam a relação com o particular experimentaram mudanças de maior fôlego, concomitantemente ao escopo que o Direito Administrativo deveria se aliar. Desde então, em breve síntese, experimentou-se modelos mais ou menos liberais de Estado, com maior ou menor intervenção da Administração na sociedade. Ao mesmo tempo, as funções assumidas pelo Estado se avolumaram e ganharam complexidade, ao ponto de que a atuação estatal se espriar para muito além de uma concepção meramente autoritária e do mero exercício de poder de polícia.

O papel indutor de desenvolvimento e a assunção de um papel empreendedor – direta ou indiretamente – aumentou sensivelmente a interação público-privada, muitas vezes sob contornos mais diversos e mais profundos do que a mera contratação de um serviço contínuo ou de um bem ou obra pública. As necessidades públicas demandam provisões muito mais refinadas por parte do Estado, o que reflete diretamente nos arranjos contratuais, que, hoje, devem fazer frente a uma plêiade muito maior de objetos e que, por vezes, demandam

² É interessante notar que já no Código de Contabilidade Pública (Decreto nº 4.536/1922), que se limitava a predicar formalidades que deveriam ser observadas (art. 54), e, ademais, cujo Regulamento (aprovado pelo Decreto nº 15.783/1922) mencionava a aplicação dos princípios gerais de Direito Privado (art. 766), já havia menção que qualquer alteração, quando autorizada, deveria o ser em exclusivo benefício da Administração (art. 797), a quem, ademais, caberia a prerrogativa de modificar ou rescindir, unilateralmente, o contrato. Ao particular que se sentisse prejudicado, restava questionar judicialmente os danos e prejuízos sofridos (art. 802). Não por acaso, prerrogativas similares se encontram, atualmente, na Lei nº 8.666/1993, quer no art. 58, a predicar a possibilidade de alteração ou extinção unilateral, quer no inciso III do art. 79, a informar que, salvo na anuência da Administração, a rescisão se opera apenas pela via judicial.

³ No Supremo Tribunal Federal, a exorbitância administrativa como caractere indissociável do contrato administrativo é cristalizada: “Se no curso do contrato, a União necessitou do que era dela, exerceu um direito que se entende contido nos contratos administrativos, mormente no de concessão, pactos esses que se distinguem dos contratos civis exatamente pela sua ‘mutabilidade’ e pelas chamadas ‘cláusulas exorbitantes’, expressas ou implícitas, incompatíveis com o Direito Civil [...] Aliás, em qualquer hipótese, o Estado-contratante não se despe de sua soberania nem de suas atribuições de poder de polícia.” (excerto do voto de relatoria do Min. Aliomar Baleeiro, condutor do Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 42854/Guanabara, publicado no Diário de Justiça de 28/6/1968).

investimentos e resultam em dispêndios muito mais vultosos⁴. A relevância do Estado – e, por conseguinte, da Administração – supera, portanto, uma mera discussão entre liberalismo e intervencionismo, sobretudo porque, em ambas, a atuação governamental é requerida, seja para induzir comportamentos, seja para assumir a dianteira na prestação de determinados serviços e atividades⁵.

Esse cenário, somado a uma verdadeira competição global por investimentos em prol de desenvolvimento, implica, dentre outras coisas, na cogente atuação eficiente dos Estados, postos numa seara competitiva entre si⁶. Nesse cenário, o Estado não pode mais ser imóvel, porquanto a letargia poderá ocasionar o comprometimento das suas funções, especialmente, das que se relacionam com o desenvolvimento econômico e social. Não por acaso, a última grande adaptação institucional do Estado, no Brasil, adveio com a denominada “reforma administrativa”, na década de 1990, e que teve na Emenda Constitucional nº 19 seu vetor normativo mais relevante. Nela, destacou-se a inclusão da eficiência dentre aqueles preceitos orientadores da Administração, consignados no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Paradoxalmente, o exercício das prerrogativas contratuais da Administração se mantém afastado da eficiência nos contratos. É o que denota, por exemplo, auditoria carreada pelo Tribunal de Contas da União, que demonstrou haver um percentual extremamente elevado (30%) de obras públicas paralisadas ou inacabadas, o que resulta na perda de 20% do investimento previsto⁷. Por certo, o resultado não pode ser imputado unicamente a falhas de

⁴ “El aumento de la actividad estatal se refleja más que en ninguna parte en los dominios de la Administración Pública, porque a través de ella se logra la mayor parte de los fines estatales. La actividad teleológica de la Administración se despliega a través de tres vías principales: la intervención (policía, defensa del orden y seguridad pública), el fomento (promoción y estímulo a la actividad de los particulares) y el servicio público (prestación técnica para la satisfacción de necesidades públicas)” (DROMI, Roberto. **El Derecho Público en la hipermodernidad**. Madrid: Hispania Libros, 2005, p.282).

⁵ Mariana Mazzucato, por exemplo, delinea com vagar a atuação do que denomina “Estado Empreendedor”, e destaca a relevância do Estado na promoção da inovação, cabendo a ele a assunção de uma parte relevante dos riscos e investimentos em inovação, direta ou indiretamente, o que, por si só, é um elemento bastante marcante de como o Estado não é mais – ou, ao menos, não deveria o ser – um ator para quem caiba papel meramente administrativo e para a provisão de serviços básicos, nem tampouco como mero regulador de falhas de mercado (**The entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. Londres: Anthem Press, 2013, p.62).

⁶ “Ocioso afirmar, a esta altura do processo de globalização em curso, do qual somos atores e espectadores, que a visão pós-moderna da condução da política é indissociável da efetiva prossecução e obtenção de resultados econômicos, inegavelmente um *príus* para o logro de resultados sociais, pois que estes demandam aplicação de amplos recursos, que exigem mais lenta maturação e são mais facilmente gerados quando em ambientes econômicos competitivos, como hoje o são os globalizados, nos quais, as unidades políticas não mais detêm monopólios das decisões, como folgadoamente já o tiveram, mas, necessariamente e cada vez mais, as compartilham, ao competirem com um número crescente de sedes de poder autônomas[...]” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.176).

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria nº 011.196/2018-1. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1119620181.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=bc54c40-f42b-11e9-b15e-f383e475037a>. Acesso em 03 de agosto de 2020.

gestão, mas quando se considera que 47% tiveram causa técnica, e, principalmente, que 23% advieram de abandono do particular contratado, é possível inferir que as prerrogativas da Administração contratante não são garantia de êxito no contrato, ou, ao menos, que não estão sendo manejadas de modo exitoso pela Administração.

O fracasso das contratações resulta, forçosamente, na ineficiência das funções estatais. Afinal, tendo em conta a relevância dos contratos para a consecução das atividades do Estado⁸, o sucesso de qualquer projeto de governo é vinculado ao êxito nas suas contratações. Como bem resume Anne Davies, “o Direito Público é sobre o governo, e, atualmente, o governo depende fortemente dos contratos”⁹.

Portanto, não deixa de surpreender o fato de que, mesmo diante das evidências dos vícios da contratação administrativa brasileira e do impacto que essa situação causa no atendimento aos preceitos da eficiência estatal, não se lance um debate efetivo sobre a ineficácia das cláusulas exorbitantes. Não se observa, de fato, uma discussão mais aprofundada sobre qual a real eficácia das prerrogativas da Administração para assegurar o sucesso da contratação, ou, quando menos, se a pauta exorbitante vem sendo corretamente interpretada e aplicada pelos agentes públicos e órgãos de controle.

Não se trata, aqui, de defender *a priori* a derrocada das prerrogativas contratuais da Administração. Mas, parece inegável que algo precisa ser mais bem analisado para aferir de que forma a exorbitância contratual contribui ou não para assegurar o interesse público – afinal, a sua causa de existir. E mais: se não se observa essa causa e efeito entre prerrogativas e eficiência dos contratos, quais as razões para tanto?

Eventualmente, o problema não reside na posição privilegiada da Administração no contrato, nem tampouco na previsão de cláusulas exorbitantes. Pode, antes, ser uma questão de calibração desse poder extroverso, de modo a amoldá-lo sob outra perspectiva, mais

⁸ Para Bruce L. R. Smith, é possível cogitar de um “Estado contratual”, tendo em conta que “a complexidade crescente do governo moderno trouxe novas formas de ‘administração por contrato’ e uma ampla participação de técnicas especializadas no processo de concepção e implementação de políticas públicas”. E, por conseguinte, “muitas funções do tradicional modelo público, juntamente com uma variedade de novos programas foram delegados, mediante contrato, para organizações privadas” (Accountability and independence in the Contract State. In: SMITH, Bruce L. R.; HAGUE, D.C. (ed.). **The dilemma of accountability in modern government**: independence versus control. Londres: Macmillan, 1971, p. 3-69, tradução nossa).

⁹ Do original “Public law is about government, and nowadays the government relies heavily on contracts” (DAVIES, Anne C. L.. **The Public law of government contracts**. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2008, xv.). A autora expõe, com bases em relatório da Comissão Europeia, que a contratação governamental era responsável, em 2004, por 16% do PIB da União Europeia, e, ademais, que o Tesouro Britânico estimava que o Reino Unido dispense (dados de 2007) aproximadamente 125 bilhões de Libras por ano na contratação de bens e serviços.

preocupada com a eficiência do contrato do que com mera reafirmação de um agir imperativo do Estado.

Sob outro enfoque, a hipertrofia das prerrogativas da Administração contratante pode ter outro efeito colateral deletério, relacionado ao estímulo à corrupção. Entender essa relação passa, inicialmente, pela reafirmação um tanto basilar de que a atuação estatal, cada vez mais abrangente, interfere diretamente sobre um número maior de interesses particulares, cujo atendimento depende diretamente da atuação da Administração¹⁰.

Igualmente inequívoca é a afirmação de que “toda a corrupção se inicia e se exaure no Poder”¹¹. Quanto mais poder nas mãos do agente público, mais suscetível o seu desvio de conduta e mais vulnerável ele fica em relação à pretensão ilícita do particular. Não é difícil, a partir dessa concepção básica, pressupor que a exorbitância da Administração contratante constitui um manancial fértil à prática de atos de corrupção. Afinal, o exercício das prerrogativas contratuais interfere, diretamente, com os benefícios que o particular pretende auferir com o contrato e, no sentido inverso, pode acarretar prejuízos não previstos e, certamente, indesejáveis.

O abuso na aplicação das cláusulas exorbitantes ocorre numa multiplicidade de situações: ele pode advir, por exemplo, da decisão favorável ao particular contratado sem o cumprimento dos requisitos para tanto (um pagamento sem a aferição correta da entrega do escopo), mas, também, pode ser utilizado pelo agente público para forcejar o recebimento de vantagem indevida, quando este se vale das prerrogativas para obstar o exercício de um direito lícito do particular, ao postergar deliberadamente ato de sua competência, mesmo sem razões que justifiquem esse atraso¹². Não por acaso, exemplos relevantes de atos de corrupção recente se originaram no manejo indevido de muitas dessas prerrogativas, concentradas em agentes públicos específicos¹³.

¹⁰ “Outra causa circunstancial da corrupção, geralmente apontada pelos estudiosos da matéria, decorre da generalizada intervenção do Estado moderno na ordem econômica e da consequente ampliação de seus órgãos, serviços e funções.” (PINTO, Francisco Bilac Moreira. **Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.60).

¹¹ HABIB, Sergio. **Brasil: quinhentos anos de corrupção**: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 98.

¹² “Se acelerar uma decisão correta não compromete o funcionário, tampouco o compromete retardá-la. O momento em que este exerce seu poder de decisão é em grande medida discricionário. Daí que este é um dos pontos em que está mais difundida a corrupção, mesmo que muitas vezes esta seja de pouca importância”. (MAIRAL, Héctor. A. **As raízes legais da corrupção**: ou como o Direito Público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. São Paulo: Contracorrente, 2018, p.142).

¹³ Refere-se, aqui, dentre outros, aos casos de corrupção na Petrobras e Eletrobras, na qual uma parte dos supostos ilícitos cometidos, conforme depoimentos prestados nas ações criminais, teve origem no poder que diretores dessas empresas detinham para aprovar pagamentos e aditivos contratuais, alguns deles devidos em face de equívocos nos projetos de engenharia.

Ainda assim, as discussões que usualmente versam sobre a prevenção desses ilícitos acabam se voltando ao enrijecimento de um controle *a posteriori*, com pouco vagar sobre mecanismos que mitiguem o arbítrio no uso das prerrogativas contratuais da Administração. Pouco se fala sobre um controle *a priori* e sobre instrumentos de *accountability* que possam conformar o exercício da prerrogativa administrativa em caminho menos nebuloso e com maior transparência. Ao contrário, tomam-se como automáticos os atos de exorbitância no contrato, com pouco apreço pela análise mais detida da sua motivação e, principalmente, dos resultados que a tomada desses atos busca alcançar.

O cenário vai, assim, limitando-se numa acepção de que quanto mais rigor e veemência na utilização das prerrogativas em desfavor do particular, melhor o resultado e menor a chance de insucesso da contratação. Há uma certa tendência a reduzir cada vez mais o consenso e, pior, de delimitar até mesmo aquele que sempre foi o principal marco de defesa do particular contra a exorbitância contratual da Administração: o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos¹⁴.

Não é exagero pressupor, então, que há um verdadeiro recrudescimento na interpretação das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Algo antagônico com o momento atual do estudo das relações público-privadas, que se mostra muito mais propenso à diminuição do império da ação estatal em prol de uma maior consensualidade nos atos e decisões. Há um visível movimento de estímulo a uma maior contratualização da Administração¹⁵, o que implica reconhecer a mitigação do espaço destinado à tomada de decisões unilaterais, em contrapartida ao aumento de decisões negociadas e discutidas com os particulares, de modo a tornar não apenas mais democrática a atuação administrativa, como, também, para prover-lhe os benefícios que a interação com o privado pode ocasionar¹⁶.

¹⁴ Ilustram essa afirmação exemplos recentes de julgados do Tribunal de Contas da União que, ao analisar previamente editais de concessões de serviços públicos, impõem restrições, no mínimo, originais para a proteção do equilíbrio econômico-financeiro, entendendo expressamente haver um “excesso” nos pedidos de recomposição. É o caso, portanto, da denominada “cláusula de relevância”, que predica ser passível de recomposição apenas eventos cujo impacto alcance um patamar econômico-financeiro mínimo, ou, ainda, a predileção para que a recomposição não seja feita concomitantemente ao evento danoso, mas, sim, em revisões periódicas.

¹⁵ Conforme Odete Meaduar, “[o]s instrumentos contratuais hoje ocupam amplo espaço na doutrina e na prática”, e, citando Jacqueline Morand-Deviller: “Em nossos dias, o uso da fórmula contratual está ‘na moda’. O ‘tudo contrato’ é visto como forma consensual e parceira de administrar e de melhorar as relações com os cidadãos e entre as pessoas públicas. As relações são consentidas mais que prescritas. Elas se tecem em rede mais do que de modo piramidal. É um enfoque pluralista e consensual da ação pública que se manifesta pela externalização, regulação e negociação.” (MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, ano 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012).

¹⁶ Comentando as normativas europeias sobre a contratação pública e a sua internalização no Código de Contratos Públicos de Portugal (CPP), Luís Solano Cabral de Moncada apresenta a razão desse movimento: “As vantagens da contratualização da actividade administrativa são bem conhecidas. Permite a intervenção do particular na conformação da decisão administrativa em moldes que, sem perderem de vista o interesse público,

O que o presente trabalho busca, portanto, é revisitar as prerrogativas contratuais da Administração Pública, pondo-as em perspectiva sob o viés da relação com a eficiência contratual. A intenção, aqui, é a de avaliar o uso das cláusulas exorbitantes de modo a inferir algumas falhas na sua utilização e, principalmente, apresentar sugestões de aprimoramento na sua conformação de modo a corrigir vicissitudes e otimizar a relação contratual.

Para tanto, o trabalho tem início com a análise das razões de ser das prerrogativas contratuais da Administração. Entendidas como instrumento imprescindível à consecução do interesse público, é preciso ressignificar qual é, de fato, o interesse relevante das contratações públicas. Daí porque o tópico inaugural pretende reafirmar que a força motriz do contrato administrativo é a entrega de um bem ou prestação relevante à coletividade, e, como tal, a exorbitância da Administração contratante deve almejar essa finalidade, e não um exercício formalista e vazio de prerrogativas. Caminho dessa ordem sugere uma tendência para que tais prerrogativas acabem por atuar em favor da Administração, e não do contrato.

Pressupor que o interesse da Administração é sempre coincidente com o interesse contratual está longe de ser uma verdade absoluta, tanto o mais porque o “interesse da Administração” é um conceito abstrato que, desvelado, tende a ser o interesse do agente ou agentes públicos diretamente envolvidos na contratação e, que, por certo, podem traduzir suas preferências e interesses individuais¹⁷, e, mesmo quando não necessariamente revelem malfeitos ou desvios, podem se afastar do que seria o melhor para o sucesso da contratação.

O interesse público – e a sua propagada supremacia – passa, então, a ser utilizado como um trunfo justificante de todo e qualquer ato praticado pela Administração contratante, o que pode implicar resultados indesejáveis à própria coletividade.

A partir dessa revisão do papel das prerrogativas, é possível cotejar as prerrogativas com a eficiência, com o propósito de verificar como as falhas ou excessos nas prerrogativas acabam por comprometer o resultado contratual, muitas vezes com o aval da legislação, da doutrina e da jurisprudência, inclusive dos Tribunais de Contas. O intuito é demonstrar que há sérias

deixando este, cada vez mais, de ser delimitado de modo apenas unilateral pela Administração em execução da lei, como convém a uma economia cada vez mais aberta à contribuição dos privados e utilizando mecanismos globalizados de actuação. Em consonância com a contratualização da actividade administrativa a lei em vez de determinar rigidamente a actividade da Administração limita-se, cada vez mais, a fornecer um quadro programático dentro do qual a Administração goza de ampla liberdade para conformar a sua actividade concreta, desde logo recorrendo ao acordo com os particulares co-contratantes” (**Consenso e autoridade na teoria do contrato administrativo**. Lisboa: Quid juris Sociedade Editora, 2012, p. 9).

¹⁷ “Embora, provavelmente, mais apto como um instrumento do comportamento legislativo mais do que do administrativo, os conhecimentos da teoria da escolha pública sugerem que os agentes públicos atuam em seu próprio interesse, seja para aumentar o seu poder, seja para se posicionar em importantes círculos” (NOAH, Lars. Administrative arm-twisting in the shadow of congressional delegations of authority. *Wisconsin Law Review*, Madison, EUA, n. 5, 1997, p. 911, tradução nossa).

implicações na aplicação irrestrita e imediata de prerrogativas contratuais, a partir da presunção de que o agente público irá sempre atuar em prol da eficiência e afastado de ilícitos.

Evidenciar essa situação é relevante à crítica que compõe a hipótese desse trabalho. Afinal, o que se intenta demonstrar é a essencialidade da revisão das prerrogativas em benefício de gestão mais alinhada com o modelo e funções estatais contemporâneos. Numa concepção menos autoritária e mais consensual de Estado, privilegiando-se a contratualização da atuação administrativa, é incongruente lastrear a gestão contratual numa noção de império da vontade unilateral da Administração.

A seguir, traz-se proposição de aprimoramentos na gestão contratual, afastando-a dos vícios apontados nos tópicos anteriores. O intuito dessa parte do trabalho é demonstrar que há alternativa à tradicional concepção de que o contrato depende da manutenção de uma iniquidade desproporcional entre as partes. Reconhecer como intransponível a preponderância absoluta da Administração contratante é um equívoco e pode ser viável – desejável, até – conceber um modelo mais equilibrado de gestão contratual, de modo a privilegiar o resultado da contratação.

Essa hipótese não predica a derrocada da prerrogativa da Administração e nem tampouco prescinde do atendimento ao interesse público. Antes, considera que o poder extroverso pode ser exercido de maneira mais comedida e, bem conformado, atuar de modo mais eficiente aos desígnios do contrato e, por conseguinte, do interesse que motivou a contratação. E é com esse intuito que o derradeiro tópico expõe um “novo” enfoque sobre as prerrogativas, que, em realidade, é bastante próximo do seu intuito original, mas que foi desvirtuado na *práxis*.

1. REVISITANDO AS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE

O contrato administrativo tem nas prerrogativas da Administração um elemento fundante e que influencia todo o seu estudo e aplicação. A vinculação entre contrato e exorbitância é algo tão marcante que foi, no início dos estudos sobre o tema, motivo de discórdia daqueles que entendiam não haver propriamente um contrato, dada a existência de inequidade entre as partes.

É interessante notar que, no debate original do contrato administrativo, a dúvida residia muito mais na existência de um contrato, com seus elementos tradicionais, e menos na imprescindibilidade de uma posição privilegiada da Administração. Essa servia, ao mesmo tempo, como um elemento de demarcação do contrato administrativo e como razão para que se considerasse não haver relação contratual.

Retomar esse debate revela bem como a prerrogativa da Administração é elemento intrínseco do contrato administrativo e ajuda a entender a importância que as cláusulas exorbitantes têm no estudo dessa contratação. Contudo, é preciso entender de onde vem essa relevância, pois a exata compreensão do papel desempenhado pelas prerrogativas pode ajudar na tarefa de reconstruir e ressignificar a sua condição, desta feita, em consonância com preceitos igualmente importantes do Direito Administrativo e da relação público-privada.

Nesse capítulo, a proposta é, pois, revisitar as origens da posição privilegiada da Administração contratante, não para mero estudo histórico, mas, antes, porque dessa volta ao passado, encontram-se elementos relevantes à tese aqui sustentada. Em algum momento, invariavelmente, as prerrogativas da Administração se agigantaram e, eventualmente, afastaram-se sobremaneira das suas origens, o que ajuda a explicar algumas das falhas apontadas mais adiante.

Portanto, é prudente ter-se em mente que a defesa de um exercício mais razoável e consensual dos privilégios contratuais da Administração não é algo alheio à motivação dessa condição especial que detêm os órgãos e entidades públicas contratantes. Ao contrário, arrisca-se a dizer que é muito mais consentâneo com o fim buscado desde a gênese do instituto das prerrogativas, além de se aproximar muito mais com um modelo estatal que é diferente daquele que, por muito tempo, guiou a aplicação da exorbitância contratual administrativa.

1.1. A conformação da contratação administrativa

É importante delimitar que, ao se falar da origem do contrato administrativo, não se está a falar do momento histórico em que o Estado entabulou os primeiros instrumentos relacionais com particulares, para a consecução de bens e prestações específicas. Decerto, a origem efetiva de um contrato (ou instrumento equivalente) celebrado entre Administração e particulares é muito anterior àquela que importa ao presente estudo¹⁸.

Contudo, seria ilógico retomar a discussão ancestral sobre contratação administrativa, sendo certa a racionalidade de delimitar o objeto à concepção moderna dos contratos celebrados pela Administração. O corte cronológico, portanto, parte de finais do século XIX, quando se conformaram as bases do Estado moderno e, por tabela, a moldura do contrato administrativo¹⁹.

A vinculação entre a noção moderna de contrato administrativo é, pois, dependente do modelo de Estado que passou a existir no século XIX e se aprofundou no início do século XX. À época, importou, sobretudo, a concepção do papel estatal como gestor social, ampliando-se as fronteiras da sua atuação²⁰. A essa aglutinação de funções sob tutela estatal, somou-se a concepção liberal, apregoando que, em termos de atividades econômicas, o Estado deveria se abster, ou, quando menos, prestando-as de modo indireto. Nesse contexto, havia um paradoxo entre a assunção cada vez maior de papéis estatais, que ajudaram a conformar o Estado moderno, e, por outro lado, a prevalência de um modelo liberal em que o Estado delega algumas dessas funções à iniciativa privada, concentrando consigo funções mais diretamente relacionadas ao seu papel ordenador e ao exercício do poder de polícia. Já naquela época, questões como os custos de prestação de serviços pelo Estado, e os investimentos e os riscos envolvidos na implementação da infraestrutura necessária para essa prestação, desaguaram na ideia de que ao Estado era melhor trespassar essa tarefa ao

¹⁸ Cuidando especificamente das concessões – presentes, também, no surgimento do modelo contratual moderno – Floriano de Azevedo Marques Neto dá conta de que “a concessão como recurso do Poder Público para cumprir tarefas suas que não podem ser desempenhadas diretamente é instituto ancestral [...] que remonta aos primórdios do direito ocidental, um instrumento que serviu às finalidades e aos modelos de organização de Roma, nos sistemas feudais, nos regimes absolutistas e que, nesse processo de apropriação e requalificação dos institutos jurídicos vai ressurgir, em novos quadrantes, já no âmbito do direito administrativo oitocentista.” (**Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 36-37).

¹⁹ O que se insere, sobretudo, na formação do ideal de um Estado de Direito, o qual “além de disciplinar as relações de direito privado, passou, então, a obrigar que as condutas estatais estivessem pautadas na lei, posto ser esse o único instrumento de regulação válida de todas as relações do Estado.” (ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Natureza e limites da atuação dos tribunais administrativos. **Interesse Público – IP**, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21326/48608>. Acesso em: 7 abr. 2022).

²⁰ “Compete, pois, ao Estado exercer uma contínua obra de proteção, de propulsão e de coordenação em todo o vasto domínio da humana atividade. Obra esta que não se move em plano de abstratas declarações puramente teóricas, nem consta de meras proibições, mas se concretiza em providência positivas de caráter orgânico e construtivo/[...].” (VECCHIO, Giorgio del. **Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1952, p.107).

particular²¹. Este, por sua vez, recebia a perspectiva de retornos expressivos, para os quais era necessário ter em termos mais sólidos a relação com o ente estatal demandante, o que, naturalmente, coube aos contratos²², de início, regidos pelo direito privado, donde também se modificaram, lastreados na preocupação com maior rigidez e segurança das relações, especialmente mais complexas com o desenvolvimento negocial pós revolução industrial²³. Maria João Estorninho dá conta de como, num primeiro momento, a assunção de serviços e obras pelos particulares foi vista com ampla aceitação, sob a perspectiva de que o trespasse de empreendimentos e prestações ao privado era a única forma de viabilizar sua consecução. E mais: que a assunção dos enormes riscos advindos dessa assunção, bem assim, do alívio que ensejavam às sempre combalidas finanças públicas tornava a prestação privada como algo desejável e aqueles particulares que a executavam como parceiros e beneméritos da coletividade²⁴.

Nesse período, ainda segundo a autora, os contratos albergavam o modelo concessionário e eram, ainda, sujeitos ao regime de direito privado. Seu surgimento alinhava-se, pois, ao modelo de Estado liberal vigente, na qual a prestação múltipla de tarefas forcejava a Administração ao reconhecimento da sua insuficiência em prover da maneira adequada tudo que aquilo do Estado se exigia²⁵.

²¹ “[...] com a transformação e alargamento das atribuições do Estado ocorrida nos séculos XIX e XX, este sente a necessidade de realizar determinadas obras e desenvolver certos serviços para os quais não tinha estrutura humana e financeira e conhecimento. Por isso mesmo, verificou-se a essencialidade de envolver os particulares no desenvolvimento dessas tarefas.” (MENDES, Pedro Vaz. **Pacta sunt servanda e interesse público nos contratos administrativos**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 27).

²² “En efecto, el concesionario de servicio público es un empresario, que no se propone un acto de filantropía, sino la realización de beneficios. Para ello, antes de comprometerse a hacer funcionar el servicio público, en las condiciones establecidas por la Administración, hace sus cálculos. Considera las cargas pecuniarias que tendrá que soportar al respecto, como asimismo los beneficios que obtendrá. Esto es perfectamente legítimo: el empresario debe tener, en esta materia, una situación estable, intangible; la situación jurídica individual creada por el contrato” (JÈZE, Gaston. **Principios generales del Derecho Administrativo**. T. III. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, p. 13).

²³ “A evolução da vida económica determinou importantes transformações jurídicas que atingiram o próprio conceito e técnica do contrato. Classicamente o contrato consistia num acordo de vontades criador de direitos e obrigações. Mas nos últimos séculos entendeu-se que esse acordo estabelecia entre os titulares das vontades acordantes uma relação nos termos por eles intencionalmente queridos e livremente regulados. O contrato passou a ser um acto jurídico bilateral intencional e indeterminado. Com o desenvolvimento do sistema capitalista no século XIX, surgiu em muitos casos a necessidade de substituir o acto especial e individual de estipulação de cada negócio pela fixação de cláusulas uniformes invariáveis para cada tipo de transacção comercial, cláusulas unilateralmente elaboradas pela parte de maior poder económico e oferecidas, já redigidas e em bloco, à mera adesão do público”. (CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. v.I, 10ª ed. 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997, 569).

²⁴ **Curso de Direito dos contratos públicos**: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2012, p. 18.

²⁵ “Num segundo momento, a Administração recorreu à colaboração dos particulares para que estes a ajudassem a desempenhar as suas atividades de prestação de bens e serviços. Isso verificou-se numa época em que a Administração, considerando-se guardiã do interesse público, pretendeu preservar aquilo a que, de uma forma egoísta, entendia ser o seu monopólio, mas a que, no fundo, não conseguia dar resposta satisfatória. De

A regência pelo direito privado foi gradualmente cambiando para um regime público, inicialmente, muito mais por uma perspectiva de competência jurisdicional do que por uma razão material. Com efeito, o debate sobre a existência de um regime contratual administrativo se originou nas discussões sobre a competência de tribunais judiciais ou administrativos para decidir sobre os conflitos oriundos dos contratos que tinham a Administração como parte. Especialmente, em França, a construção de uma teoria própria do contrato administrativo fundou-se sobretudo na definição da competência de tribunais administrativos para apreciar as contendas da Administração contratante²⁶, nas primeiras décadas do século XX. O componente material, por certo, já orientava essa discussão²⁷, mas apenas ganhou preponderância num segundo momento, forte na ideia (ou princípio fundamental geral²⁸) de que a continuidade dos serviços públicos (em sentido amplo) contempla um interesse público a permear qualquer avaliação das relações da Administração com os particulares, incluídos aí alguns dos contratos por ela celebrados.

No seu nascedouro, a concepção moderna do contrato administrativo já fazia a distinção entre os negócios da Administração, segregando aqueles que se circunscreviam à mera atividade comercial do Estado daqueles que se prestavam à consecução de um interesse público. Para os primeiros, entendeu-se que a submissão ao regime privado contratual era cogente, sendo certo que, nessa hipótese, o Estado atuava de alguma maneira apartado da sua função natural ou precípua. Para os últimos, no entanto, a persecução do interesse público conformava a necessidade de um regime específico, próprio para assegurar esse propósito²⁹.

fato, a Administração viu-se inevitavelmente ultrapassada pro tarefas que continuava a julgar suas mas que se tornavam cada vez mais numerosas e variadas.” (**Curso de Direito dos contratos públicos**. Op. cit., p. 16).

²⁶ “De fato, a atuação da jurisdição administrativa, em especial do Conselho de Estado, é elemento chave na compreensão da relação dos doutrinadores franceses com a matéria. É jurisprudencial [...] a edificação dos elementos que formarão a matéria-prima da teoria do contrato administrativo, assim como, em momento anterior, já era jurisprudencial definição do regime jurídico aplicável aos contratos celebrados pela Administração.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. Op. cit., p. 124-125).

²⁷ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello relata que a motivação inicial para que o Conselho de Estado francês predicasse sua competência para apreciar demandas relacionadas a determinados contratos celebrados pela Administração era, justamente, a existência de um interesse público, incompatível em seus objetivos com a aplicação indistinta dos preceitos contratuais privados. Daí porque, mesmo sem negar inicialmente a submissão desses contratos ao regime privado, o Conselho avocou a apreciação das contendas a eles relacionadas para, com isso, lograr conciliar esse regime com os objetivos do interesse público (**Princípios gerais de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 673).

²⁸ “Nos hallamos aquí ante un principio fundamental. En derecho público francés, no se aplican los mismos textos del código civil o las leyes de derecho privado, que establecen las mencionadas teorías generales; se tienen en cuenta únicamente las ideas generales que justifican estos textos, al mismo tiempo que las necesidades del funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos.” (JÈZE, Gastón. Op.cit., p. 171).

²⁹ MAYER, Otto. **Derecho Administrativo alemán**. V. 1, 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1982, p.188. O autor, conforme se verá mais adiante, chega ao ponto de extremar a sujeição ao interesse público para negar a natureza contratual, tendo em conta a primazia de uma das partes.

A materialidade – ou substância – do regime público dos contratos se aperfeiçoa não na presença da Administração como parte contratante, mas, sim, no objetivo almejado pelo contrato, que deve se voltar à prestação de escopo relevante ao interesse público. Na síntese assertiva de Jaze:

Se não for o caso de funcionamento de um serviço público, não está em jogo nenhum interesse geral essencial e não há a necessidade de prevalecer o interesse geral sobre o interesse particular. Portanto, aplicam-se, pura e simplesmente, as regras do Direito Privado, que se fundamentam no princípio da igualdade entre os indivíduos.³⁰

Nesse excerto, destaca-se um conceito que, até hoje, é muito caro à teoria contratual administrativa e, de resto, ao Direito Administrativo: a supremacia do interesse público. De fato, Jêze acentua o fato de que os contratos celebrados pela Administração, nos quais exista interesse geral essencial é causa para que o regime contratual seja moldado para assegurar que esse interesse geral sobressaia sobre o interesse particular do contratado pela Administração.

Esse preceito arreiga uma visão antagônica entre a Administração contratante e o particular contratado, em alteração à visão inicialmente admitida de que este, ao assumir prestação relevante e com riscos elevados, era um verdadeiro benemérito³¹. A prevalência absolutista do interesse público, então, torna inviável a relação harmônica entre as partes do contrato administrativo, cujo fim almejado, consentâneo com o interesse geral, opõe e subjugam os interesses privados do particular contratado.

Interessante notar que o papel privilegiado da Administração foi uma das causas pelas quais se entendia não existir um contrato administrativo, porquanto inexistente alguns dos caracteres contratuais essenciais, a começar pela autonomia das partes contratantes. Otto Mayer, expoente dessa doutrina negativista do contrato administrativo, entendia que, muita mais que mera questão semântica – chamar-se, ou não, contrato –, o problema residia no equívoco em miscigenar elementos próprios da Administração em um instituto eminentemente privado. É importante destacar que a teoria do autor é marcante numa divisão entre público e privado, justamente para assegurar a autonomia de um estudo

³⁰ Do original: “Si no se trata del funcionamiento de un servicio público, no se halla en juego ningún interés general esencial. No hay que hacer prevalecer el interés general sobre el interés particular. Por tanto, se aplican pura y simplemente las reglas del derecho privado, que se basan en el principio de igualdad de los individuos.” (JÈZE, Gaston. **Principios generales del Derecho Administrativo**. Op. cit., p. 320).

³¹ “Aos poucos, contudo, o particular passou a ser considerado como um adversário da Administração, possuidor de interesse antagônicos aos do Estado, iniciando-se uma fase de atrito e mal-estar nas relações entre a Administração Pública e os seus co-contratantes.” (ESTORNINHO, Maria João. **Curso do Direito dos contratos públicos**. Op. cit., p.18)

administrativista³². E, nesse sentido, conclui que a relação entre Poder Público e privado é um ato administrativo unilateral, exteriorização da vontade da Administração, que se conclui pelo consentimento do particular³³.

Contra essa corrente, alega-se que a precedência de uma das partes contratuais não é algo estranho ao regime privado, que, inclusive, já prevê há muito a figura do contrato de adesão. Mais representativo para configurar a relação é a liberdade de contratar, isto é, a faculdade do contraente consentir com relação contratual. Aderir ou não às cláusulas previamente previstas é o foco da autonomia da vontade, não sendo bastante para proscreever a existência de um contrato o fato de haver preponderância de uma das partes, inclusive com prerrogativas unilaterais de modificação e extinção³⁴.

³² “Lo esencial es el poder público y la manera como se determina su actividad por la organización del derecho público. Para la ciencia del derecho administrativo, las instituciones jurídicas son las formas constantes que de ahí derivan para las manifestaciones del poder público. [...] Trátase, ahora, de circunscribir el derecho civil a sus límites naturales y de quitarle una cantidad de instituciones jurídicas de las que se había apoderado, en su perjuicio y también en perjuicio de esas instituciones, porque ellas no pueden ser bien comprendidas sino ubicadas en la esfera del derecho público.

Los rastros de esta evolución se encuentran en nuestra terminología: hablamos de dominio público, de servidumbres públicas, de contratos administrativos, de indemnizaciones de derecho público y otros créditos de ese género. Eso ha comenzado siempre por ser una designación externa y sin consecuencias, por la cual se quería indicar que había allí algo de extraordinario y que no se explicaba mediante las reglas ordinarias del derecho civil. Nos acercaremos a la verdad, pues, descartando completamente el derecho civil en esas instituciones y llenándolas con la idea del poder público.

En ‘Arch. F. off. R’’, III, ps. 3 y ss, he tratado de demostrar toda la importancia de esta diferencia: el contrato de servicio público, por lo mismo que pertenece al derecho público, no es y no puede ser un contrato en el sentido del derecho civil. G. Meyer, que en el fondo está de acuerdo conmigo, subraya que sería lógico renunciar a la palabra ‘contrato’. Yo no me opongo. Se podrían inventar términos técnicos completamente lógicos, pero siempre existirían dificultades para introducirlos en nuestros usos. (MAYER, Otto. **Derecho Administrativo alemán**. Op.cit., p.183-184, Nota 3).

³³ CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. 1ª ed. reimpressa. Coimbra: Almedina, 2013, p. 344-345. No Brasil, a tese de inexistência do contrato administrativo é defendida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, no seu **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 681 e ss..

³⁴ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Op.cit., p 577. CASSAGNE, Juan Carlos. **El contrato administrativo**. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 24-25. Em conclusão à profícuo estudo sobre a evolução da teoria do contrato administrativo, Fernando Dias Menezes de Almeida sintetiza a discussão: “A posição pela negação da possibilidade da existência de uma relação contratual a reger a colaboração entre particulares e a Administração no desempenho de funções estatais fundamentava-se sobretudo numa visão do Estado que ressaltava seu aspecto de superioridade – atributo da soberania estatal – em relação aos indivíduos. São corolários desta superioridade, de um lado, a ausência de isonomia entre eventuais vontades pública e privada contratantes; de outro, a impossibilidade de o Estado propriamente negociar seus interesses soberanos. Esta posição tende a separar de modo absoluto a esfera pública da esfera privada, tomando, explícita ou implicitamente, a noção de contrato como aquela individualista de certo período do Direito privado. E, por não vislumbrar seus tradicionais elementos ideológicos – autonomia da vontade, igualdade das partes e estrito respeito à máxima *pacta sunt servanda* – na relação da Administração com os particulares colaboradores no desempenho das funções estatais, afasta dessa relação a noção de contrato. A possibilidade de afirmação teórica do contrato administrativo pressupõe a troca, como fundamento do Direito público, da noção de soberania estatal pela noção de serviço público. Com esse novo fundamento, menos relevantes se apresentam os elementos ideológicos (acidentais) do contrato – pelo viés individualista – e mais relevantes ressurgem os elementos substanciais.” (**Contrato administrativo**. Op.cit., p. 151-152).

Por conseguinte, a imprescindibilidade do aceite do particular para ultimar a relação com a Administração afasta a noção de mero ato unilateral de sujeição do particular ao Poder Público³⁵. A vontade do privado é condição *sine qua non* para aperfeiçoar e concluir a relação, transmutando-a, pois, em algo mais do que mero ato unilateral. E, se é verdade haver comunhão de vontades – a do Poder Público, que convoca particulares para com ele se relacionar, e a do privado que acata e adere com essa convocação –, há o reconhecimento da submissão dessa relação a um instrumento contratual, e não apenas a mero ato administrativo para o qual o particular aderiu³⁶.

Conquanto tenha enfrentado resistências na sua gênese, o contrato administrativo prevaleceu como um instituto autônomo. E, com base nessa supremacia do interesse público (ou geral), assentou-se o caractere marcante do contrato administrativo, que foi sendo constantemente replicado até assumir a posição de verdadeiro dogma³⁷. Desde então, a Administração contratante passou a ser vista numa posição dotada de privilégios em relação ao particular por ela contratado, que deveria se submeter aos desígnios e decisões daquela, o que se justificava sob a avaliação de que a Administração age, no contrato, em prol do interesse geral.

A finalidade pública é, pois, elemento indissociável do contrato administrativo. Esse conceito perdura até os dias atuais e conforma, com maior ou menor intensidade, a disciplina das cláusulas exorbitantes. Não por raro, o apego desmedido à supremacia do interesse público na relação contratual administrativa acaba servindo como arrimo a exageros e abusos por parte do Poder Público contratante, o que acaba por desvirtuar a finalidade do contrato. Esse é, inclusive, um ponto fulcral do presente estudo: ele não nega o desiderato público do contrato, pelo contrário, busca, sim, reaproximar a finalidade pública como pressuposto de validade e objeto da exorbitância, de modo a mitigar o risco de excessos. Conforme se verá mais adiante, o abuso no exercício das prerrogativas contratuais do Poder Público acaba afastando o contrato da sua finalidade – e do próprio interesse geral –, com resultados que comprometam ora a eficiência da contratação, ora a lisura do procedimento, beneficiando,

³⁵ MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 283.

³⁶ CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. v.I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 286.

³⁷ Entre nós, marcante a posição de Hely Lopes Meirelles: “Inegável é que nos contratos administrativos cabem normas de direito privado, mas estas só se aplicam quando não conflitem com os princípios expressos ou implícitos do direito público, nem contrariem o fim supremo da Administração, que é a realização do bem comum. Nessa conformidade já decidimos que, nos contratos administrativos, principalmente nos de concessão de serviços públicos, feitos a benefício da coletividade, não se podem interpretar suas cláusulas contra os interesses dessa mesma coletividade, para só se atender aos direitos individuais da empresa.” (**Direito Administrativo brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.237).

justamente, interesses privados – do particular e do agente público – em detrimento do interesse coletivo.

Por ora, contudo, carece-se de maior detalhamento a compreensão das prerrogativas contratuais.

1.2. O tratamento contratual das prerrogativas da Administração

A consciência de um privilégio da Administração contraente foi materializada no reconhecimento de que o contrato administrativo teria que concretizar regalias por meio de cláusulas específicas, que transmutassem à relação contratual as prerrogativas detidas pela Administração. Essa uniformização de cláusulas padrão nos contratos constituiu, pois, o passo seguinte natural na evolução da teoria contratual administrativa³⁸.

A questão, nesse segundo momento, vencida a certeza sobre o imperativo do interesse público, era, justamente, como manejar essa necessidade em contratos que não eram abertos o suficiente à consecução desse interesse. Por certo, o modelo privado ainda era forte no conceito da *pacta sunt servanda* e era diminuta, por consequência, a flexibilidade para promover alterações em prol da melhoria da execução e, especialmente, para assegurar a qualidade da prestação³⁹. Num período de especial desenvolvimento como foi o final do século XIX, os termos originais dos contratos de concessão prescreviam rapidamente diante de avanços tecnológicos e a vinculação estrita à original disciplina contratual impedia a incorporação dessa melhoria nos serviços prestados à população. Na síntese de Maria João Estorninho, que tão bem analisa essa circunstância, “o contrato de direito privado tornou-se pouco adequado às exigências do interesse público”⁴⁰.

Nascem aí as cláusulas exorbitantes, como instrumento para amoldar o contrato administrativo aos desígnios do interesse público, permitindo, enfim, que o Poder Público dispusesse dos meios para dirigir e influenciar a contratação de modo mais efetivo para assegurar os seus objetivos. A denominação da exorbitância é, pois, resultante da noção de que tais cláusulas ultrapassam o cercado da disciplina do contrato privado, dele se afastando nesse particular⁴¹.

³⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho administrativo como sistema**. Madri: Marcial Pons, 2003, 331

³⁹ MENDES, Pedro Vaz. **Pacta sunt servanda e interesse público nos contratos administrativos**. Op.cit., p. 33

⁴⁰ **Curso de Direito dos contratos públicos**. Op. cit., p. 19.

⁴¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.207. MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 189.

E a exorbitância pode, enfim, ser resumida na acepção de Jèze como a característica dos contratos administrativos, nos quais, “o contratado não está vinculado apenas a sua obrigação, como ocorreria num contrato entre particulares, mas, antes, deverá pressupor que suas obrigações se estendem a tudo o que é absolutamente necessário para assegurar o funcionamento regular e contínuo do serviço público.”⁴²

Sobre esta premissa, enfim, cristalizou-se a concepção do contrato administrativo ao longo do século XX, naqueles países que se filiaram ao modelo francês – inclusive o Brasil – de modo que, desde então, compreender o contrato administrativo perpassa dois estágios: reconhecê-lo como uma figura autônoma, motivada pela sujeição ao interesse público e, no esteio, contemplar as medidas que consagram esse interesse e acabam por concretizar o afastamento do contrato administrativo do seu congêneres privado⁴³.

De tal sorte arregado no conceito de contrato administrativo, há quem sustente que as cláusulas exorbitantes “existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas [porquanto] indispensáveis para assegurar a supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular”⁴⁴.

É interessante, nesse aspecto, retomar discussão havida no Supremo Tribunal Federal quando da discussão do Recurso Extraordinário nº 89.217, em jogo decreto estadual que rescindia contrato de arrendamento. Após debate sobre a caracterização do contrato como um contrato administrativo, o Tribunal concluiu, por maioria, que os elementos da avença não atraíam o interesse público e, porquanto, indevida a rescisão por inexistir prerrogativa da Administração. No voto vencido do Min. Cunha Peixoto, no entanto, a reafirmação da condição implícita da exorbitância, após reconhecer que há dois tipos de contratos celebrados da Administração, sendo que, naqueles em que “predomina o interesse público [...] a Administração dispõe sempre do privilégio de fixação e alteração das cláusulas

⁴² JÉZE, Gaston. **Principios generales del Derecho Administrativo**. Op.cit, p. 320.

⁴³ Conforme ilustra Fernando Dias Menezes de Almeida, essa dicotomia resume o tratamento doutrinário que a literatura francesa dispensa ao contrato administrativo: “Os livros de curso de Direito administrativo, nos capítulos sobre contratos administrativos, ou os manuais específicos sobre a matéria, basicamente apresentam os mesmo dois grandes blocos de questões: de um lado, os critérios empregados pelo Conselho de Estado para identificar um contrato administrativo, por oposição a um contrato de direito privado da Administração, sendo o primeiro submetido à jurisdição administrativa; de outro, o estudo do regime jurídico específico do contrato administrativo, do qual se destacam as peculiaridades inerentes às ditas cláusulas exorbitantes em sua execução.” (**Contrato administrativo**. Op. cit., p.178-179). Situação semelhante se passa com a doutrina brasileira durante boa parte do século XX e início do século XXI, com algumas exceções, que serão, inclusive, retomadas com mais vagar ao longo do presente trabalho.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, 269. No mesmo sentido, Carlos Pinto Coelho Motta: “A supremacia da Administração fica, por conseguinte, explícita na formalização do contrato administrativo, cujas características diferenciam-no da avença regida pelo direito privado. É desnecessário constar cláusula de rescisão para que esta ocorra.” (**Eficácia nas licitações e contratos**. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 459).

pertinentes a esse interesse público, e, até mesmo, de pôr fim ao contrato em meio de sua execução”. E, enfim, conclui: “Na verdade, constitui hoje foros de cidade que o contrato administrativo propriamente dito traz ínsito o poder de rescisão unilateral, pouco importando que não haja, neste sentido, cláusula prevista expressamente em lei ou consignada no contrato”⁴⁵.

Pois bem. E no que se conforma a prerrogativa da Administração nos contratos?

A resposta à indagação acima é dada, sobretudo, pelo ordenamento jurídico de cada país, que irá delimitar os quadrantes do exercício da exorbitância contratual do Poder Público, tema ao qual se retornará logo a seguir.

Contudo, pode-se sacar um preceito genericamente construído a partir de um conjunto de elementos que acabam por se espriar indistintamente e que servem como um parâmetro para a construção pormenorizada das prerrogativas em cada caso. Via de regra, esses elementos acabam se originando naqueles próprios da teoria administrativa, adaptados aos contornos da relação contratual.

García de Enterría e Tomás Fernández bem condensam esses elementos numa definição bem sintética da exorbitância, que aqui servirá ao delineamento de cada um deles:

La prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuneta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato.⁴⁶

A primeira prerrogativa do Poder Público é, pois, a de definir os termos do contrato, lançando-o ao particular para que este decida, ou não, por aderir à contratação. Ainda que com alguma mitigação mais atual pela abertura de procedimentos de colaboração do particular na definição dos elementos da avença, os termos definitivos do contrato são sempre uma prerrogativa da Administração. Por certo, a expectativa dessa medida é influenciada pela certeza de que é ela quem melhor poderá definir por quais termos o interesse público motivador da contratação irá se aperfeiçoar. Vai daí a competência que detém para deliberar quais são as condições pelas quais o objeto contratado será performado pelo particular.

Em seguida, a Administração replica nos contratos por ela celebrados o poder de autotutela que já detém para a generalidade dos seus atos. Este poder, aqui, parte da capacidade

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 89.217**. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. Redator para o Acórdão: Ministro Décio Miranda. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=182962>>. Acesso em 12 ago. 2020.

⁴⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v.I. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 697.

executória que a Administração detém, de modo a lhe ser permitido decidir e adotar aquilo que entende necessário durante a vigência do contrato, inclusive para determinar-lhe a extinção antecipada. Está-se diante, assim, de uma “autotutela declarativa” da Administração, por intermédio da qual poderá ela “praticar atos administrativos destacáveis, no que diz respeito à execução e à extinção do contrato, atos esses que são obrigatórios para o contraente particular.”⁴⁷

A executoriedade se aperfeiçoa, portanto, unilateralmente e sem a necessária concordância do particular, que é forçado a anuir com as decisões tomadas pela Administração. Resta-lhe, quando discordante, valer-se de meios de contestação *a posteriori*, instaurando processos, administrativos ou judiciais. Na prática, o âmbito de contestação da decisão da Administração costuma ser, senão restrito, de demandante consecução, e, muitas vezes, se ultima de modo extemporâneo.

Dessas diretrizes gerais, deriva o tratamento dispensado às prerrogativas em cada país, sendo certo que nem todos eles seguiram o denominado modelo francês. Pelo contrário, especialmente nos países de prevalência da *common law*, a predileção se deu por um modelo distinto de contratação⁴⁸. Para os fins do presente trabalho, importa perquirir com mais detença a moldura dispensada aqui no país.

1.3. As prerrogativas no Direito brasileiro

O Brasil aderiu com vigor à concepção francesa de Direito Administrativo, o que contribuiu para incorporar no ordenamento nacional o modelo de exorbitância, de início, na doutrina e jurisprudência que interpretavam o Código de Contabilidade Pública da União. Conquanto a concretização positiva da exorbitância tenha ocorrido de modo mais explícito no Decreto-Lei nº 2.300/1986⁴⁹, desde muito antes as prerrogativas da Administração compunham o cenário contratual do Poder Público, no país.

Essa relativa demora em incorporar com maior profusão a exorbitância no texto legal nem de longe representou uma resistência ao exercício dos privilégios da parte pública do contrato. Pelo contrário, a trajetória das prerrogativas se assentou até com mais força pelo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial a seu respeito, o que pode ajudar a compreender a razão de, hoje, tratar-se de um conceito tão arreigado, e de haver tanta resistência na incorporação de noções mais atuais do relacionamento público-privado contratual.

⁴⁷ **Curso de Direito dos contratos públicos**. Op. cit., p. 46.

⁴⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. Op. cit., p. 172 e ss.

⁴⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. Op. cit., p. 198.

1.3.1. Do Código de Contabilidade Pública da União à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos: a trilha percorrida pela exorbitância no Brasil

O Código de Contabilidade Pública da União (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922) trouxe consigo a discussão sobre os contratos celebrados pela Administração Pública, no Brasil. No seu texto, os contratos merecem tratamento bastante superficial, limitando-se à previsão das formalidades para a sua validade (a grande maioria de caráter orçamentário), mas já com referência à algumas das disposições que viriam a se conformar, mesmo sem previsão expressa, numa parcela das cláusulas exorbitantes hoje plenamente reconhecidas. Com efeito, o art. 55 do Código já mencionava que os atos de prorrogação, suspensão ou rescisão contratual deveriam observar formalidades legais, “inclusive registro pelo Tribunal de Contas”. Ao passo que o art. 57 também outorgava à Corte de Contas o “assentimento prévio” à “relevação de multas aplicadas em virtude de lei ou de contratos celebrados com a administração pública”.

É relevante notar, até aqui, que o texto do Código não consignava poderes extroversos do Poder Público, atendo-se sobretudo a condicionar o controle exercido pelo Tribunal de Contas, o que é natural, considerando a natureza predominante orçamentária deste diploma. No Regulamento Geral do Código⁵⁰, os contratos recebem um tratamento mais detalhado, com disposições que já predicavam um modelo de exorbitância, ainda que o regime privado tenha sido eleito para disciplinar as avenças celebradas pelo Poder Público (art. 766⁵¹). Mesmo com a primazia dos princípios do regime privado, o dispositivo ressalva as normas específicas do Regulamento, que, por certo, encerram elementos próprios da exorbitância. De início, a prerrogativa administrativa para estipular o contrato e, aprovar previamente a contratação, podendo, inclusive, anular todo o procedimento de adjudicação (art. 784). Ao particular, restava aderir às cláusulas previamente definidas pelo Poder Público, sem qualquer direito na hipótese de anulação posterior do processo de adjudicação (“sem que da não execução caiba direito à reclamação de qualquer espécie ou responsabilidade para o Tesouro”). Ainda no âmbito da aprovação do contrato, o interesse público surgia expressamente como causa de não execução, mesmo diante da regularidade dos termos do

⁵⁰ Aprovado pelo Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922.

⁵¹ Art. 766. Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que que concerne ao acordo das vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo.

contrato (art. 788⁵²). E era reiterado nas hipóteses em que o Tribunal de Contas negasse o registro do contrato – uma das condições de eficácia –, ao que, então, o Presidente da República detinha a prerrogativa de determinar a execução “quando assim o exigirem os interesses do Estado ou a conveniência da ordem pública” (art. 793).

A exorbitância é mais flagrante a partir do art. 796, que apregoa a necessidade de regulamentos específicos para cada serviço disciplinarem “normas de assistência, fiscalização e direção necessárias à boa execução dos fornecimentos, transporte ou serviço, segundo sua natureza”. Aqui, é nítido o liame entre as prerrogativas e a consecução do objeto tido como relevante ao interesse público, que constitui a pedra de toque da exorbitância. O dispositivo, por certo, assume expressamente que a gestão e fiscalização da execução contratual deve ser objeto de normativa própria, cujo objetivo é assegurar a “boa execução” do escopo contratado.

Logo em seguida, o art. 797 era mais enfático ao prever a modificação contratual como exceção, admitida unicamente quando “se torne necessária, a bem do serviço público”, o que, ademais, necessitava de “uma exposição minuciosa de motivos”. A proposição da alteração contratual cabia ao servidor encarregado da gestão do contrato, era submetida à autorização prévia do Ministro competente e, então, comunicada ao Tribunal de Contas. É importante destacar que o Regulamento não era expresso sobre direito de oposição do particular à alteração, condicionando-a expressamente à necessidade do serviço público e aos trâmites de motivação do ato de aprovação da modificação.

A rescisão – ou a caducidade, nas concessões – também mereceu disciplina própria, nos artigos 798 e ss.. De início a rescisão era condicionada à autorização prévia do Congresso Nacional (art. 798), e deveria, para a sua promoção, ser prevista expressamente no contrato por cláusula própria (art. 799). Assim, operava-se a rescisão sempre que houvesse fatos determinantes para tanto, podendo o gestor do contrato promover a rescisão do contrato, “independente de qualquer interpelação administrativa ou judicial”. Aqui, portanto, é assertiva a possibilidade de rescisão unilateral, sem qualquer anuência do particular contratado. A este era delegado, apenas, o questionamento judicial caso entendesse ter sofrido prejuízos com a rescisão (art. 800), e somente decisão judicial era competente para assegurar reversibilidade da rescisão ou satisfação do prejuízo suscitado pelo privado.

⁵² Art. 788. Por grave motivo de interesse público e do Estado, o ministro pode abster-se de tornar exequível qualquer contrato, embora reconhecido regular.

Conforme se depreende dessa disciplina, tanto na mutabilidade como na rescisão contratual retoma-se, mais uma vez, o pressuposto do interesse público como causa e justificativa do poder extroverso de rescisão. Num primeiro momento, então, é o alcance do interesse coletivo que motiva a rescisão, fundamentando-a, mas, também, é ele o principal limitador da prerrogativa, isto é, funciona também como um balizador para evitar o arbítrio da decisão rescisória pela Administração⁵³.

A disciplina dispensada pela legislação ao contrato administrativo, à época do Código de Contabilidade Pública da União, não exauria a discussão. Pelo contrário, suscitava mais incertezas do que um ambiente jurídico estável e seguro.

O primeiro ponto de discórdia sobre o contrato era, justamente, a sua sujeição ao regime público. A dicotomia criada pelo Código, ao predicar o regime privado, mas com exceções de relevo (notadamente sobre as prerrogativas do poder público para alterar e rescindir unilateralmente a avença), provocou um ambiente de incertezas sobre o alcance e forma de aplicação dessas exceções, de resto, distintas da prática usual do regime contratual privado, donde prevalecia maior equidade entre as partes, cuja manifestação das vontades era mais acentuado.

A discussão não foi devidamente saneada pelo Judiciário, a quem, afinal, caberia arbitrar a rescisão (por expressa menção no texto do Código) e a mutabilidade, dentro do poder geral de controle do ato discricionário⁵⁴. O ambiente de indefinição entre a aplicação dicotômica de regimes distintos provocava não apenas decisões em caminhos distintos, mas, também, a crítica feita pelos administrativos da época contra a interpretação judicial que se motivava com mais vigor nos preceitos do regime privado⁵⁵.

Restava, como marco inicial de qualquer embate, a apreciação sobre a natureza de cada contrato celebrado pela Administração, de modo a conceder-lhe, casuisticamente, disciplina geral privada ou aplicação das ressalvas legais do Código de Contabilidade Pública. Essa dúvida original restou bem exposta no já mencionado aresto do STF, quando da apreciação

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. Op.cit., p. 236

⁵⁴ Controle este que, já naquela época, vinha atrelado ao reconhecimento de que a reserva discricionária da Administração, mesmo apta a delimitar a revisão judicial, não sobrevive ao juízo de adequação à finalidade, que, em síntese, pode ser entendido como o atendimento ao interesse público (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 38; LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 279).

⁵⁵ “Nos nossos Tribunais, o contrato administrativo tem sido lamentavelmente confundido com as avenças do direito comum, o que vem causando não pequenos erros de julgamento [...] E, realmente, o vezo de se julgarem institutos do direito público à luz do direito privado merece combatido, para que não se confine a Administração no estreito campo das relações civis e comerciais, onde só entram em linha de conta os interesses particulares, nem sempre conciliáveis com as necessidades coletivas que o Poder Público deve tutelar e prover.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. Op.cit., p. 236-237).

do Recurso Extraordinário nº 89.217, ocasião na qual o Tribunal se dividiu entre aqueles Ministros que entendiam a prevalência do regime público por se estar diante de uma concessão, e aqueles que contestaram a presença de interesse público, entendendo ser o contrato de natureza privada, e, por conseguinte, alheio à influência das ressalvas de caráter publicista – tese vencedora.

Vê-se daí que, assim como no debate europeu, o caráter público do regime contratual administrativo foi concebido sobretudo no seio das concessões de serviço público, de modo a, inicialmente, tornar mais marcante o discrimine entre os contratos celebrados pelo Poder Público. Havia, portanto – como ainda há até hoje – aquelas avenças que permaneciam sem maior discussão sob à égide do regime privado e, doutro lado, aquelas cujo regime dispensado era o de Direito Público. Estas, à época, estavam relacionadas à prestação de serviços públicos, seara na qual era mais perceptível o interesse público envolvido, a atrair a aplicação de regras especiais, distintas do regime privado⁵⁶.

Noutra oportunidade, esse cenário ficou ainda mais expresso, quando o STF apreciou o Mandado de Segurança nº 18.028, cuja Ementa é indene de dúvidas e sintetiza bem o que movia a Corte na definição da natureza do contrato administrativo:

Concessão de serviço público. O contrato administrativo contém a faculdade implícita de rescisão unilateral, tendo em vista o interesse coletivo. Ao concessionário cabe o direito de demandar indenização por perdas e danos se a causa alegada pela Administração não importava em falta por ele cometida, na execução do contrato.

O cenário turvo do Código de Contabilidade Pública sobre a natureza da avença celebrada pelo Poder Público acabava perenizando, também, a discussão de fundo sobre a existência de um contrato dito administrativo. Afinal, reiterava a incidência do regime geral privado, mas com apenas algumas ressalvas, o que só aumentava a incerteza sobre existir um contrato distinto, próprio do regime público. As mesmas correntes que travaram o debate inicial no Direito europeu e se contrapunham sobre existir ou não contrato administrativo também orientaram o embate que se seguia à omissão da regulamentação vigente.

Bem verdade que, mesmo pelo emprego do termo contrato, o Código acabou conferindo vantagens para a tese contratualista, em prejuízo daqueles que negavam a natureza contratual das relações entre Administração e particular. Os defensores da primeira sustentavam, então, que a coexistência entre normas privatistas e publicistas na regulação contratual não era

⁵⁶ J.H. Meirelles Teixeira afirma que “os serviços públicos, sejam diretamente executados pelo Poder Público, sejam concedidos, estão sujeitos a um regime jurídico especial, de direito público, regime que justamente os distingue das atividades privadas.” (**O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos**. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal de São Paulo, 1941, p. 226).

bastante para afastar preceitos de ordem pública na interpretação e aplicação do contrato administrativo. A solução deveria partir, portanto, de uma segregação entre espécies de cláusulas, repartindo aquelas de cunho privado e que protegiam os direitos dos particulares daquelas que contemplavam o interesse público, para as quais a interpretação deveria ser consentânea com esse especial interesse, ainda que disso resultasse supressão ou mitigação dos direitos dos particulares contraentes.

Essa existência dualista não era estranha aos pressupostos da teoria contratualista administrativa, que sempre defendeu limites à primazia do interesse público, salvaguardando uma esfera de proteção dos direitos dos particulares. Essa proteção se originava na vedação a ônus excessivos, suportados pelo particular mesmo diante da derrogação de seus interesses em prol dos interesses gerais que norteiam a contratação. Caberia ao juiz o papel de “árbitro para apreciar se, para o funcionamento do serviço público, a prestação exigida do particular pela Administração não é excessiva, e, caso o seja, é razoável, em prol da equidade, conceder uma compensação para o particular, para evitar um prejuízo que não seria possível prever quando se comprometeu com a contratação”⁵⁷.

E, como era de se esperar, a corrente negativista da relação contratual se valia dessa dicotomia para sustentar que a parcela de prevalência do interesse público esvaziava a natureza contratual. A crítica era especialmente motivada pela defesa da tese contratualista acerca da possibilidade de existir uma parcela de prevalência pública, sem prejuízo dos direitos dos particulares. Aos negativistas, somente seria possível cogitar de uma relação efetivamente contratual no último caso, quando evidente a equidade própria dos contratos⁵⁸. A conclusão a que se chegava, portanto, era de uma situação em duas etapas: um ato unilateral da Administração, de estabelecimento das prerrogativas, e uma relação contratual, voltada exclusivamente ao regramento da equação econômico-financeira, especialmente em relação à proteção do direito do particular à justa remuneração. A essa teoria, denominada “teoria mista”, houve desconsideração da doutrina contratualista, forte no argumento de que

⁵⁷ Do original: “El juez será el árbitro para apreciar si, para el funcionamiento del servicio público, la prestación reclamada por la Administración no es excesiva, y si, en caso afirmativo, resulta equitativo conceder una compensación al colaborador voluntario, a fin de que no sufra un perjuicio que no ha podido razonablemente prever al comprometerse por el contrato.” (JÈZE, Gaston. **Principios generales del Derecho Administrativo**. Op.cit, p. 321).

⁵⁸ Com mais veemência, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Se nesse pretendido contrato há duas ordens de cláusulas: contratuais propriamente ditas, inalteráveis pelas partes, e regulamentares, alteráveis, livremente, pela Administração Pública, não será mais consentâneo com a realidade das coisas e com os princípios jurídicos, reconhecer-se que contrato existe tão-somente sobre a equação econômico-financeira? E se só aí se encontra a relação contratual e se nessa relação contratual o regime jurídico é exatamente igual ao dos contratos de direito privado, por que se negar esse fato e se inventar essa criação cerebrina de contrato administrativo com peculiaridades próprias que inexistem?” (**Princípios gerais de Direito Administrativo**. Op.cit., p. 690).

não se confundem atos unilaterais e contratos, porquanto a relação entre Poder Público e particular se exaure no contrato celebrado entre ambos, que pode perfeitamente comungar disposições mais favoráveis ao interesse público e aos direitos dos particulares⁵⁹.

O histórico de aplicação do Código de Contabilidade Pública revela, então, a prevalência da teoria contratualista, realçando a coexistência entre prerrogativas da Administração e os direitos do particular, circunscritos na equação econômico-financeira do contrato.

A proteção à equação ganhou maior destaque a partir da Constituição de 1934⁶⁰, que predicava a “justa retribuição do capital” do concessionário como um preceito delimitador da competência regulatória e fiscalizatória da Administração, acerca da revisão das tarifas. O art. 137, portanto, estabelecia justamente a binária proteção ao interesse público (quando apregoava competência para limitação dos lucros dos concessionários) e aos interesses privados dos contratos, ao assegurar justa remuneração.

A Constituição de 1937 trazia dispositivo similar, mas com algum aprimoramento. Nela (art. 147), havia a garantia de uma “justa ou adequada” retirada de capital pelo concessionário, contraposta pelo atendimento conveniente das “exigências de expansão e melhoramento dos serviços”. Nítida, portanto, a preocupação em contemplar o interesse público na qualidade e alcance da prestação com os direitos do concessionário. Esse tratamento se replicou nas Constituições de 1946 (art. 151, parágrafo único), 1967 (art. 160, II), sempre no contraponto entre remuneração justa do capital e a expansão e melhoramento dos serviços. O equilíbrio econômico-financeiro, já com essa denominação, surge, enfim, na Emenda Constitucional nº 01, de 1969, que em seu art. 167, mantém a tradicional referência da justa remuneração e a necessidade de expansão e melhoramento de serviços.

Até então, o regramento expresso de equilíbrio era reservado apenas aos contratos de concessão, o que reitera a noção já acima exposta de que essa espécie de contratação foi a que melhor se aproveitou do componente público dos contratos celebrados pela Administração. Com efeito, a noção de interesse público era mais facilmente absorvida pelos contratos de concessão, de modo a atrair as cláusulas excepcionais que mitigavam a equidade entre as partes.

⁵⁹ MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. Op.cit., p. 285

⁶⁰ Diga-se que, apesar de encontrar guarida constitucional apenas na Constituição de 1934, a equação econômico-financeira, ou, ainda, vertentes mais restritas de proteção à remuneração do concessionário, já era prevista em diversos Decretos desde a época do Império, e que se destinavam à regulação própria de contratos específicos. Ampla e profunda análise desse contexto histórico é feita por Floriano de Azevedo Marques Neto (**Concessões**. Op.cit, p. 75 e ss).

Coube, assim, ao Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, ampliar o debate para a totalidade dos contratos administrativos e conferir tratamento mais detalhado às prerrogativas da Administração vis-à-vis a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro. O interessante é que as disposições originalmente constantes nesse Diploma foram replicadas, com algumas poucas novas nuances, na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

A replicação se manteve com a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que substituirá definitivamente a Lei nº 8.666/1993, em 1º de abril de 2023. O art. 58 da Lei nº 8.666/1993, que predica as prerrogativas se mantém com redação praticamente inalterada no art. 104 da nova Lei. É bem verdade que, em alguns pontos – conforme visto no tópico a seguir – a Lei nº 14.133/2021 trouxe alguma mitigação ao privilégio da Administração, com a referência, inclusive, a um certo grau de prestação de contas pelo próprio controle⁶¹. Não houve, contudo, nenhuma grande revolução nos paradigmas anteriores.

Esse, enfim, o caminho trilhado pelas prerrogativas contratuais da Administração Pública contratante até os dias de hoje. Cabe, então, averiguar os contornos que a atual legislação confere ao tema.

1.3.2. A atualidade das prerrogativas no Brasil

O Decreto-Lei nº 2.300/1986 inaugurou o moderno arcabouço da exorbitância no Direito brasileiro, ao predicar quais prerrogativas poderiam ser exercidas pela Administração, de um lado, e o espaço de reserva do direito do particular contratado, do outro.

A estrutura do diploma – posteriormente replicada pela Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 14.133/2021 – previa (art. 48) quatro grupos de prerrogativas: a alteração unilateral, a extinção unilateral, a fiscalização e a aplicação de sanções em virtude do inadimplemento pelo contratado. Noutra parte (art. 55, § 6º - redação original), assegurava-se a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, ao se prever que as alterações das quais resultassem aumento de encargos se fizessem acompanhar de aditamento para recompor o equilíbrio.

Em relação aos diplomas anteriores, o DL 2.300/1986 teve o mérito de concretizar as duas premissas gerais da exorbitância, estabelecendo com mais detalhe tanto o exercício das prerrogativas quanto à proteção que deveria haver em favor do particular, restrita, como sói, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. De fundo, também a justificativa no interesse público arrimava as hipóteses de alteração e modificação unilateral, bem como a

⁶¹ Em especial no art. 171, que faz deferência aos objetivos da contratação por meio de parâmetros técnicos e no resultado (incisos II e III) e exige que ordens de suspensão sejam mais fundamentadas e considerem os efeitos dessa ordem na eficácia do contrato.

fiscalização e aplicação de sanções, todas elas voltadas à garantia da melhor execução do contrato.

Entre o DL 2.300/1986 e a Lei n.º 8.666/1993, foi promulgada a Constituição de 1988, que carreou dispositivo específico sobre a relação contratual administrativa em seu art. 37, inc. XXI. Nele, para além da disposição sobre a regra licitatória e exigências passíveis de constarem no edital, a balança do constituinte pendeu mais à proteção do particular do que à reafirmação das prerrogativas administrativas. Decerto, houve por bem erigir ao texto constitucional duas garantias fundamentais dos contratados: as obrigações de pagamento pela Administração e à manutenção das “condições efetivas da proposta”. Ambas, sem sombra de dúvida, corolários do preceito de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, tido como o principal elemento balizador do jogo de forças contratuais⁶².

Ora, parece claro que ao predicar obrigações de pagamento e a segurança da proposta, a Constituição entendeu por bem fornecer instrumentos bastantes para evitar que a exorbitância contratual fosse desempenhada sem limites. E essa maior preocupação constitucional com a proteção do particular, enfim, orientou a redação da Lei n.º 8.666/1993, que, muito embora reiterasse dispositivos do DL 2.300/1986, cuidou de dar maior destaque aos elementos de proteção do particular.

Nesse sentido, ao replicar o antigo art. 48 do DL 2.300/1986, a Lei nº 8.666/1993 inseriu (art. 58) cautelas em prol do particular, juntamente com a previsão de prerrogativas da Administração. Mantendo as quatro espécies de poderes extroversos do Poder Público contratante, o Diploma incluiu dois parágrafos na linha de defesa do equilíbrio econômico-financeiro. E, assim, os §§ 1º e 2º⁶³ acautelam a equação econômico-financeira, primeiro ao exigir a anuência prévia do contratado para a mutabilidade das cláusulas dessa ordem, e, em seguida, para reafirmar que a alteração unilateral deverá ser revista para a manutenção do equilíbrio contratual. Antes disso, já no inciso sobre a mutabilidade, a Lei ressaltou mais expressamente que a alteração unilateral deve ser condicionada pela “melhor adequação às finalidades de interesse público”.

De modo que o arcabouço legislativo sobre a exorbitância é bastante claro e assertivo sobre os quadrantes da aplicação das prerrogativas. As duas leis gerais de licitações em voga⁶⁴ são

⁶² ARAGÃO, Alexandre de. A evolução da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs, **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 263, maio/ago. 2013, p. 35-66.

⁶³ Mantidas no art. 104 da Lei nº 14.133/2021.

⁶⁴ Explica-se: a Lei n.º 14.133/2021 foi editada com o propósito de substituir a Lei n.º 8.666/1993 (e, bem assim, a Lei nº 10.520/2002 – que dispõe sobre o pregão – e os dispositivos que disciplinam o Regime Diferenciado das Contratações previstos, na Lei nº 12.462/2011). Contudo, prevê uma vigência concomitante

bastante objetivas ao determinar que (i) as prerrogativas devem sempre almejar a consecução do contrato e (ii) estão delimitadas pelo respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, em estreita vinculação ao direito do particular contratado.

O mais relevante do cenário legal é, sem dúvida, a posição de destaque que a proteção à equação econômico-financeiro e à remuneração do contratado assumem diante da previsão constitucional. Sem dúvida, ao contemplar esses temas em seu texto, a Constituição promoveu um relevante avanço – sobretudo à época – na disciplina da exorbitância, ao deixar indene de dúvidas de que as prerrogativas da Administração, já genericamente aceitas, sempre terão seu delimitador nesse espaço de proteção.

Outro movimento a ser considerado é a construção de um ambiente mais consensual na contratação, especialmente por meio da incorporação de mecanismos alternativos de conflitos e pela admissibilidade da delegação de atividades intrínsecas à gestão do contrato para terceiros, acentuada sobretudo na Lei nº 14.133/2021. Este diploma, foi o mais recente passo da trajetória percorrida pela adoção da arbitragem como um instrumento de resolução dos conflitos entre Administração e contratado⁶⁵ - inclusive com o permissivo para que a rescisão contratual, tema caro à exorbitância – possa ser apurada e decidida em processo arbitral. Por sua vez, admite-se que a Administração conte com o suporte de particulares para a consecução das atividades de fiscalização do contrato (art. 117).

Não é exagero supor, portanto, que há uma ótica muito menos imperativa na construção constitucional e legal vigente, com mais detença em concretizar o interesse público. Ao se valer das prerrogativas, então, a Administração deve se guiar pelos estritos limites do que é relevante ao sucesso da contratação, o que inclui, invariavelmente, a guarida das condições de exequibilidade.

A solução legal, enfim, em nenhum momento ambiciona um manejo livre das prerrogativas. Antes, logra conciliar a exorbitância com aquilo que entende ser essencial à proteção do particular e, por conseguinte, do próprio contrato. O grande mérito da construção legal é reconhecer que condicionar o poder extroverso não representa a sua supressão, nem

do regime anterior e daquele por ela instaurado, durante o prazo de dois anos. Apenas vencido esse interregno é que as leis anteriores serão definitivamente revogadas.

⁶⁵ A arbitragem adentrou o universo dos contratos administrativos por meio da legislação de concessões (Lei nº 11.079/2004 e, posteriormente, por alterações na Lei nº 8.987/1995), tendo sido incorporada à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996). Presente também na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2013), a arbitragem dos contratos administrativos suscitou debates doutrinários e jurisprudências que, à míngua do argumento de falta de previsão legal, usualmente buscava esvaziar o instituto por meio da alegação de que direitos indisponíveis (exceção constante da Lei de Arbitragem) não poderiam ser submetidos à decisão arbitral. A Lei nº 14.133/2021 não apenas trouxe a arbitragem para a universalidade dos contratos administrativos (art. 151), como também ressaltou especificamente temas relevantes da contratação que podem ser objeto de processo arbitral (art. 151, parágrafo único).

tampouco implica em mitigar o interesse público. Ao contrário, ratifica a compreensão de que esse interesse é mais bem conformado num equilíbrio, e não no excesso. Exercitar a prerrogativa, destarte, demanda da Administração uma justificativa teleológica, e, sobretudo providências para recompor o impacto eventualmente advindo ao particular⁶⁶.

Reafirmar o tratamento legislativo pode parecer tarefa trivial, mas em especial sobre o tema da exorbitância, é primordial ter a certeza dos contornos legislativos. Conforme visto a seguir, a previsão legal é constantemente sopesada por interpretações de outra ordem, invocando genericamente a supremacia do interesse público, mesmo que sem qualquer esforço para demonstrar como esse interesse pode se concretizar em cada caso.

E o que chama a atenção é que, usualmente, esse tipo de aplicação desmedida da exorbitância atinge, sobretudo, o equilíbrio econômico-financeiro, justamente aquilo que a Constituição elegeu como marco de defesa contra as prerrogativas da Administração. Ou seja: onde mais se extrapola na interpretação da exorbitância é na seara que mais deveria ser preservada dessa influência, consoante os ditames constitucionais.

1.3.2.1. A exorbitância fruto do controle externo

Há um interessante fenômeno em curso na aplicação das prerrogativas administrativas, cuja hipertrofia é decorrência do exercício do controle exercido pelos Tribunais de Contas, que, não sem razão, vem sendo entendido como excessivo em muitos casos. Ao exacerbar suas funções, os Tribunais de Contas acabam, não por raro, suplantando a vontade da Administração contratante, para, em sede de controle, determinar a aplicação desmedida da exorbitância⁶⁷ e, por vezes, suplantar a decisão administrativa⁶⁸.

A jurisprudência das Cortes orçamentárias denota a existência de diversos precedentes que se valem de prerrogativas que nem a própria Administração pretendeu manejar. Muitos estão atrelados a revisões adicionais do equilíbrio econômico-financeiro, abrandando a proteção

⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Pareceres. Direito Administrativo contratual**. v.II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 630.

⁶⁷ DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação. O TCU e a infraestrutura**. São Paulo: Editora Singular, 2020, p.158 e ss.

⁶⁸ Em alguns casos, a discussão sobre a interferência do TCU no exercício das prerrogativas contratuais transborda para a esfera de controle de constitucionalidade. Exemplificativos são os precedentes nos quais a decisão da Corte de Contas sobre prorrogação de contratos administrativos. Instado a pronunciar-se sobre a execução de cláusula de prorrogação de vigência contratual, o TCU determinou à Administração que se abstivesse de estender a duração da avença, julgando ser mais consentâneo com o interesse público a realização de nova licitação. Reduziu, pois, a cláusula a mera expectativa de direito do particular, cuja aplicação pressupunha decisão discricionária da Administração contratante. Não obstante, nessas duas oportunidades (Acórdão nº 1591/2003 – 2ª Câmara – e Acórdão n.º 898/2006 – 2ª Câmara), o TCU decidiu por suplantar a vontade administrativa e proscreeu a prorrogação. Em ambos os casos, as partes privadas contratadas submeteram a discussão ao Supremo Tribunal Federal, que, nas duas situações, manteve a decisão da instância do controle (MS 24785 e MS 26250, respectivamente).

constitucional e, ademais, quebrando o liame que a legislação ordinária faz entre a exorbitância e a manutenção da equação contratual.

A conjuntura do controle do TCU sobre os contratos administrativos é outra face de um momento especialmente anacrônico do Estado brasileiro, e, por que não, bipolar. Afinal, ao mesmo tempo em que se avança com disposições legais menos adversariais, há uma resiliência muito grande em diversos setores da burocracia estatal, do seu controle, e, em muitos casos, de uma parcela da doutrina, que, inclusive, sorve da mesma fonte da complexidade das relações sociais, contudo, não para defender um modelo mais flexível e eficiente de Estado, mas, sim, para sustentar que a demanda natural dessa realidade é por mais controles⁶⁹.

Assim, a intensidade do controle exercido pelo Tribunais de Contas, notadamente do TCU, vem oscilando entre uma contenção velada e a explicitação da intromissão no mérito da decisão administrativa.

No primeiro turno, há ainda uma certa timidez em reconhecer que, valendo-se da ampliação da competência constitucional, o TCU acaba invadindo, parcial ou totalmente, as razões do ato administrativo, manejando genericamente a pauta da legitimidade ou economicidade desse ato⁷⁰. O socorro à previsão do art. 71 da CF88 é ampliado, com maior ou menor elasticidade, servindo como modulador da intervenção da Corte no mérito do ato administrativo, mesmo quando esta intervém de fato, mas pretende não desvelar essa intenção sob o manto de que está adstrita à economicidade, ou, como sói, à proteção do interesse público. Fato é que, mesmo quando pretende uma espécie de autocontenção, o TCU acaba recaindo na pretensa posição de guardião de um interesse público, cuja abstração é bastante para permitir o nível que se deseje para intervir e até substituir o administrador.

A bipolaridade do TCU segue sendo marcante, com o Tribunal ora referenciando a decisão administrativa, ora externando explicitamente que detém capacidade para rever o mérito dos atos. De modo geral, a pedra de toque do Tribunal está mais subordinada à concordância ou não com o ato do agente público, com pouca relevância à discussão da deferência ou da intervenção. Em outras palavras, a deferência somente é utilizada como arrimo das decisões

⁶⁹ “[...] a implementação da contratualização faz com que aumentem as demandas por moldes de fiscalização e controle estatais e sociais do cumprimento e da execução dos ajustes, conseqüentemente, de mecanismos jurídico-legais insertos em normas de caráter eminentemente de direito público, fazendo que os vínculos contratuais, desta forma, se tornem cada vez mais influenciados por conteúdos de natureza jurídico-administrativa, tais como as exigências dos controles imperativos exercidos pelos Tribunais de Contas (art. 70, parágrafo único, CF)” (GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Contrato administrativo. Tendências e exigências atuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 196). No mesmo sentido: GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p.105.

⁷⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1097-1100.

quando o TCU adere ao mérito da decisão administrativa. Quando, no entanto, a decisão é adversária do ato, o verniz da deferência e da contenção cede lugar à intenção explícita de controlar e substituir o mérito do agente público.

Na prática, então, inexistente a barreira da deferência ao ato administrativo, porquanto o Tribunal já promoveu deliberadamente a revisão de atos do agente público, inclusive no âmbito das agências reguladoras, que gozariam de maior reserva técnica quanto ao mérito das suas decisões⁷¹.

Ao fim e ao cabo, portanto, o TCU decide conforme lhe convém, a partir do alargamento do conceito de legalidade e, ainda mais abrangente, pela concepção programática dos princípios constitucionais da Administração Pública. Na prática, então, inexistente qualquer limite para o exercício da competência da Corte, que delega a si própria a capacidade de interferir em qualquer ato praticado pelo Poder Público, inclusive naqueles que efetivam as prerrogativas contratuais.

E em termos específicos das prerrogativas, é na capacidade de alteração contratual que o TCU mais interfere na decisão da Administração Pública. O Tribunal não desconhece o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, de matiz constitucional, e a ele se reporta em diversas decisões sobre a possibilidade de alterações contratuais⁷², em alguns casos, inclusive com referência à proibição de enriquecimento sem causa da Administração na hipótese de não promoção de revisões necessárias à manutenção do equilíbrio⁷³.

Contudo, não por raro, revisita alterações promovidas pela Administração quando entende não haver condições para tanto. Ou seja, mesmo quando a Administração se vale da sua prerrogativa para alterar o contrato, o TCU tende a avaliar a adequação dessa alteração, sobretudo nos casos que orbitam a discussão do equilíbrio econômico-financeiro. Assim, o TCU tende a impor condicionantes ou a revisar as próprias alterações ou, ainda, avalizar a recomposição que tenha sido promovida em contraponto à modificação operada no contrato. A Corte de contas acaba sobrepondo a exorbitância da Administração, assumindo a palavra final sobre a mutabilidade contratual para avalizar a alteração promovida pelo ente público,

⁷¹ Acórdão 1704/2018 – Plenário, Relatora: Ministra Ana Arraes. Revisor: Ministro Benjamin Zymler.

⁷² “A tutela dos interesses do particular que contrata com a Administração é exercida pela garantia à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, a equivalência entre os encargos assumidos e a remuneração recebida pelo particular”, voto do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, no Processo n.º 010.501/2016-9. No mesmo sentido: Acórdão 538/2015 – Plenário, Relator: Ministro Augusto Sherman; Acórdão 865/2006 – Plenário, Relato: Ministro Benjamin Zymler. ⁷³ Acórdão 1614/2020 – Plenário, Relator: Ministro Benjamin Zymler.

⁷³ Acórdão 1614/2020 – Plenário, Relator: Ministro Benjamin Zymler.

ou, ainda, revisitando a maneira com a qual a Administração aplica as medidas protetivas do equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse aspecto, tornou-se comum a intervenção, inclusive, no momento de conformação dos contratos, especialmente nos de concessão. A partir de Instruções Normativas por ele editadas, avocou-se uma competência para avaliar previamente os editais de concessão de serviços públicos, subtraindo a autoridade do ente público contratante. Essa intervenção prévia não encontra delimitação no mérito da atuação da Corte, que se aproveita de conceitos elásticos para legitimar a sua competência⁷⁴.

Assim, a partir de 1998, por meio da Instrução Normativa nº 27/1998, o TCU se delegou a prerrogativa para fiscalizar os processos de desestatização (incluindo as concessões de serviços públicos). Nesse ato normativo interno, a Corte entendeu que sua participação se inicia já no que denominou “Primeiro Estágio”, quando da própria concepção do projeto em análise, e se estende pela avaliação e aprovação dos editais de licitações e dos contratos que serão celebrados pela Administração, naquilo que se chamou de “Segundo Estágio” da fiscalização. Em 2004, acompanhando essa mesma sistemática, editou-se a Instrução Normativa n.º 46/2004, voltada à fiscalização das concessões de rodovias federais. Nela, o TCU se ocupou com mais vagar de detalhes da modelagem dos projetos, com destaque para pontos específicos dos estudos de viabilidade, e das cláusulas editalícias e contratuais, com especial atenção ao tema do equilíbrio econômico-financeiro. Em relação às Parcerias Público-Privadas (PPP), o TCU editou a Instrução Normativa nº 52/2007, que reiterava o mesmo procedimento geral de fiscalização da IN 46/2004, explicitando o poder do Tribunal para o controle prévio dos projetos dessa modalidade de concessão. Essas três normas foram revogadas e consolidadas pela Instrução Normativa nº 81/2018, que aprofundou ainda mais a ingerência da Corte, sobretudo para o acompanhamento e fiscalização da execução desses contratos.

Arrimado nessas normas internas, o TCU realizou uma série de avaliações prévias dos projetos de desestatização e concessão, bem assim de atos de gestão contratual adotados pelas agências reguladoras. Essa avaliação, seguindo a linha mestre dos contornos indefinidos e contraditórios que o TCU delega a sua própria competência, adentra o mérito da decisão, sempre amparada pela alegação de que à Corte cumpre assegurar a observância a uma série de princípios, notadamente a economicidade. E, também de acordo com a usual

⁷⁴ DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação. O TCU e a infraestrutura**. Op.cit., p.167.

ressalva, faz questão de mencionar que não está a substituir a vontade da Administração, mesmo quando, de fato, o faça⁷⁵.

Mais recentemente, o Tribunal conformou restrições adicionais à possibilidade de alteração contratual para fins de recomposição, impondo condições adicionais para que os órgãos contratantes exercitem sua prerrogativa de modificar o contrato para assegurar a sua execução.

Há, nesse sentido, uma objeção quantitativa determinada pela Corte para que a Administração promova aditivos contratuais. O TCU validou a denominada “cláusula de relevância”, instrumento constante inicialmente na quinta rodada de concessões aeroportuárias, por meio do qual a ANAC se reserva o direito de apenas analisar pleitos de revisão que guardem um impacto mínimo na equação contratual. Após validar esse entendimento⁷⁶, o Tribunal entendeu por recomendar a sua adoção também nas concessões rodoviárias⁷⁷.

Resta evidente que o TCU exerce um controle negativo da prerrogativa contratual administrativa, ao impor condicionantes para que a entidade pública promova alterações no contrato. Esse tipo de encaminhamento, para além das questões da delimitação da competência da Corte, traz consigo questionamentos relevantes sobre o manejo da exorbitância. A uma, pois há restrições à prerrogativa administrativa, impostas previamente pelo órgão de controle externo. A duas, e tanto pior, porque essas restrições ignoram justamente o equilíbrio econômico-financeiro.

Há, então, uma subversão do regime constitucional e das premissas da teoria da exorbitância. Nessa seara, o preceito é que a Administração goza de prerrogativas, destinadas à proteção

⁷⁵ O que fica flagrante, por exemplo, num dos precedentes originários da aplicação do conjunto normativo aqui exposto, quando, ao analisar projeto de concessão rodoviária, o TCU determinou à ANTT a promoção de alterações nas especificações do edital e do contrato de concessão. E, ao ser questionado pela Agência acerca dessa determinação, assim concluiu: “O Tribunal de Contas, frise-se, não se substitui ao órgão regulador, que é competente para eleger as condições em que se dará tanto a competição entre os interessados, quanto a prestação dos serviços, entre outros aspectos. A contribuição do Tribunal ao processo consiste em verificar se essas condições são fundamentadas e se amoldam, entre outros, aos princípios da legalidade, da eficiência, da economicidade e da razoabilidade. Além disso, não se pode olvidar que a análise e respectiva divulgação de cada estágio do processo de concessão, na forma da IN TCU nº 46/2004, favorece sobremaneira a desejável transparência da Administração.” (voto do Ministro Raimundo Carreiro, Relator do Acórdão 1125/2011 – Plenário).

⁷⁶ Acórdão 2462/2018 – Plenário, Relator: Ministro Bruno Dantas.

⁷⁷ Acórdão 2195/2019 – Plenário, Relatora: Ministra Ana Arraes. Aqui, mais uma vez, com a tradicional ressalva de que não pretende a Corte substituir a discricionariedade da Administração: “Não cabe ao Tribunal a ingerência na esfera de discricionariedade do gestor, que possui por competência a busca da melhor forma de regular; entretanto, considerando o histórico observado do grande número de pleitos de reequilíbrio, muitas vezes relativos a valores de baixa materialidade, bem como a prática de outros setores regulados, mormente a aviação civil, é pertinente recomendar à agência a adoção de medidas de aprimoramento dos contratos, seja pela adoção de uma “cláusula de relevância” ou outra que entender mais pertinente.”

do interesse público, mas que deve se orientar pela reserva de proteção do particular contratado, conformada na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Contudo, a lógica do TCU pressupõe restrições às prerrogativas – no caso, pela alteração do contrato – em detrimento, justamente, do equilíbrio econômico-financeiro. A justificativa: a economia dos recursos técnicos da Administração contratante⁷⁸.

Em síntese: o TCU resumiu toda a complexa análise da exorbitância vis-à-vis o equilíbrio econômico-financeiro à premissa rasa de custos de transação, reduzindo tudo ao esforço empreendido pela Administração na análise de recomposição contratual. Não bastasse os equívocos conceituais dessa simplificação, é de rigor lembrar que, não por raro, os contratos de concessão predicam a obrigação de o concessionário recolher valores em favor do poder concedente, justamente para o custeio da gestão e fiscalização dos contratos.

E é digno de nota que todo o apreço que o Tribunal dispensa ao interesse público tenha sido esquecido nessa avaliação. Afinal, não parece crível supor que os riscos e impactos que a cláusula de relevância enseja ao contrato possam contemplar esse interesse. Na prática, o único interesse que parece ter sido albergado por essa determinação é o da própria burocracia estatal, liberada parcialmente da sua própria obrigação de gestora contratual.

1.3.2.2. As recentes alterações institucionais do Estado brasileiro

O cenário nacional sobre as prerrogativas contratuais da Administração demonstra um antagonismo entre a legislação e a forma com a qual ela vem sendo aplicada.

De um lado, a opção constitucional foi por privilegiar a proteção do contratado, ao reservar-lhe a proteção da sua remuneração e da manutenção das condições da sua proposta. Sem esvaziar as prerrogativas, a Constituição trouxe para a sua guarida o direito do particular, em clara demonstração de apego às garantias do contratado, o que, de resto, coaduna com o próprio norte de toda a Carta, consentâneo com as aspirações do momento em que foi editada.

A Lei n.º 8.666/1993, por sua vez, não se afastou dessa escolha do constituinte, ainda que tenha replicado em boa medida a redação original do DL n.º 2.300/1986. É evidente que da menção às prerrogativas no texto legal não resulta a conclusão a que chegam os Tribunais –

⁷⁸ “A equipe de auditoria propõe recomendar à ANTT que avalie a pertinência e a oportunidade de se instituir na minuta do contrato de concessão a ser celebrado, bem como em outros posteriores, “cláusula de relevância” em relação aos pleitos de revisões contratuais, de forma a limitar ou excluir a possibilidade de apresentação de pedidos de reequilíbrio de pequena materialidade. [...] Além disso, ressalto que a solução ótima passa pela não renegociação dos termos do contrato; em caso de ser inevitável a renegociação, deve-se procurar restringi-la, sempre que possível. Do contrário, os custos advindos do *hold-up problem* se elevam (Rogerson 1992). Em muitos casos, a lógica de desonerar o poder público, implícita aos processos de desestatização, é confrontada pelas constantes e numerosas análises de pleitos de reequilíbrio.” (Acórdão 2195/2019 – Plenário, Relatora: Ministra Ana Arraes).

de Contas e judiciais. Conforme visto, a práxis da exorbitância vem se aproximando muito mais de um parâmetro de primazia absoluta do Estado, com pouco apreço à esfera de proteção do contratado e, assim, alheio à orientação constitucional.

O contraponto ao equilíbrio no exercício dos poderes extroversos da Administração é, quase sempre, feito de um modo velado, o que torna ainda mais difícil diagnosticar e, eventualmente, combater essa situação. Quando menos, a discussão é feita na superfície e sem adentrar a fundo as razões e consequências dessa posição mais imperativa, circunstância que acaba sendo um dínamo para estimular ainda mais excessos, ou, ao menos, pouca fundamentação para a utilização das cláusulas exorbitantes.

A conjuntura desfavorável ao emprego racional das prerrogativas, conforme visto, busca fundamento em argumentos vinculados ao controle e fiscalização, pressupondo que somente com a hipertrofia desses poderes se alcançaria o interesse público⁷⁹. Intervir no contrato passa a ser uma obrigação, e quase sempre a intervenção é sempre feita contra os direitos do contratado, ou melhor, numa base argumentativa que favoreça à Administração contratante, mesmo sem qualquer comprovação realmente segura do acolhimento do interesse público.

Hoje, parece haver uma aceitação de que o panorama legislativo é conformado por aquilo que Tribunais entendem ser o correto, e não pelo que predicam as leis regentes da contratação administrativa e a própria Constituição. Desguarnecida do preceito legal e pressionada pela influência do controle, judicial e de contas, a Administração acaba, ela própria, forçando sua primazia no contrato, muito mais por uma decisão formalista e de proteção própria do que fruto de uma análise de fundo das razões para alterar unilateralmente ou para exercitar de forma desmedida seus poderes de fiscalização e punição.

Mais que isso, numa esfera menos particular que o contrato, a Administração passa a normatizar em causa própria uma situação de mais privilégios na relação com o privado – no nicho contratual ou em geral. Ao administrado, portanto, resta conviver com uma realidade na qual seus direitos são mitigados em múltiplas camadas: a proteção constitucional que inicia sua conformação pelos limites da Lei n.º 8.666/1993, vai se perdendo numa hermenêutica própria das Cortes e deságua em atos pulverizados da Administração – contratuais e normativos – que desvirtuam de uma vez o cenário de equilíbrio constitucional e conformam um espectro de exercício de prerrogativas extremamente prejudicial ao contratado e ao contrato.

⁷⁹ DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação. O TCU e a infraestrutura**. Op.cit., p.152.

Esse processo de depuração leva à conclusão que parece inquestionável: as prerrogativas não são mais exclusivas da Administração contratante. Pelo contrário. Originam-se de fontes plurais, determinadas por agentes que não se confundem com o agente público diretamente responsável pela gestão do contrato. Este acaba servindo de instrumento daquilo que é determinado pela própria Administração, em atos infralegais, mas, também, pela multiplicidade de controles incidentes sobre o contrato administrativo. O que a realidade demonstra é um nível de intervenção dessas ordens controladoras que, com frequência, subjagam e substituem a vontade do agente público.

Há, pois, uma profusão normativa que extrapola os limites da lei formal para alcançar uma plêiade de atos legais, infralegais e oriundos do controle exercido pelos Tribunais de Contas e pelo Poder Judiciário. Não há mais, portanto, uma moldura bem delineada do arcabouço normativo⁸⁰.

A pluralidade normativa e a existência de instâncias sobrepostas de controle são uma realidade que acompanha o papel exercido pelo Estado atualmente, sujeito à um ambiente de múltiplos interesses e demandas. Fazer frente a essa exigência passa por uma fragmentação estatal que se descentraliza e se especializa em estruturas internas diferenciadas. Não há nada de errado, portanto, na origem do modelo de competências – normativas e de controle – multifacetadas. Estas se prestam a permitir que o Estado logre atingir a tudo aquilo que dele se espera.

Contudo, essa situação traz consigo três consequências: o risco de esvaziamento do planejamento estatal, subtraindo-se a prerrogativa do agente político decidir sobre as políticas públicas aplicáveis e transferindo o polo gerador, do Executivo e Legislativo para o Judiciário e demais instâncias de poder⁸¹; como consequência lógica desse primeiro fator, o risco de conflito de competências, pois numa arena apinhada de polos emissores de normas é esperado haver contraposição entre elas, sobretudo quando não estão bem claros os limites do exercício das competências por cada um desses polos; o risco de indefinição sobre o regime aplicável, eis que a multiplicidade de instâncias normativo-decisórias torna quase impossível antever os quadrantes pelos quais um determinado ato deverá ser tomado ou um contrato deverá ser regulamentado e gerido⁸².

⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 209-211, abr./jun. 2016.

⁸¹ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Op. cit., p. 171.

⁸² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 9-13.

Em síntese, sobressai desse cenário uma instabilidade jurídica perniciosa ao manejo das atividades estatais e da relação público-privada. Quando se abdica de alguma racionalidade e concertação, a atuação multifacetada do Estado⁸³, de início tão útil ao atendimento das exigências modernas, passa a ser um entrave à consecução dessas exigências

Esse fenômeno é de tal ordem reconhecido – em sua existência e efeitos adversos – que acabou gerando um movimento de contraponto relevante, culminando na edição de legislação recente, com nítido objetivo de tentar reaproximar a atuação administrativa e seu controle de uma legalidade mais racional, almejando diminuir excessos e coibir arbítrio na relação do particular com a Administração Pública.

A primeira reação ao excesso foi a Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, por meio da qual foram introduzidos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942), especificamente para a “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. A ementa já deixa clara a intenção do Diploma, mas, é oportuno rememorar a Justificativa do Projeto de Lei (Projeto de Lei do Senado n.º 349/2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia) do qual se originou o ato normativo que bem alerta para a causa daquilo que as suas proposições pretendem combater: “O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional”.

A “nova LINDB”, portanto tem alvo específico e se destina a conferir maior racionalidade aos atos da Administração, mas, sobretudo, do Judiciário e do controle. Estes últimos figurando de modo expresse, juntamente com a Administração, nos dispositivos recém incluídos pela Lei n.º 13.655/2018. O alcance tripartite denota que a atenção do legislador não é apenas com o agente público diretamente responsável pelo ato administrativo, mas, também, com aqueles incumbidos de promover o controle desse ato, o que pode ser atribuído, justamente, aos aspectos relacionados com os excessos dos misteres dessas duas instâncias. Almeja-se, dessarte, um quadrante mínimo de estabilidade num cenário de pluriantagonismo, com sobreposição de competências desde aquele que expede o ato – normativo ou administrativo – até aquele que detém prerrogativa para a revisão desse ato.

E não deixa de ser ilustrativa a reação provocada pela Lei n.º 13.655/2018, ainda na sua fase de discussão legislativa, com enorme resistência dos setores que consideravam intransponível a esfera das suas competências. O debate em torno da aprovação da Lei opôs,

⁸³ Aqui entendido não apenas no conjunto de agentes e órgãos públicos, mas também daquelas instâncias de controle.

principalmente, Tribunais de Contas⁸⁴ e partes do Judiciário e das Advocacias Públicas, que viram nas disposições mecanismos de mitigações dos seus poderes, simplesmente porque sujeitava-os a contorno mínimo, a partir de uma avaliação de racionalidade e eficiência. Mesmo com a aprovação do projeto e com a edição da Lei n.º 13.655/2018, a efetividade das inovações carradas pelo diploma ainda não é uníssona. Pelo contrário, há movimentos dissonantes e, especialmente, alguma resistência por parte do Judiciário e, especialmente, do TCU⁸⁵ na interpretação e aplicação da nova LINDB.

O segundo movimento em prol de uma maior racionalidade na relação entre Estado e particulares foi a denominada “Lei da Liberdade Econômica” (Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019), cujo escopo é mais abrangente do que as alterações promovidas na LINDB, pois alcança mais diretamente as diversas facetas da relação público-privada. A Lei da Liberdade Econômica compartilha a mesma origem da Lei n.º 13.655/2018, não apenas porque os dois autores do projeto original desta última também estarem presentes na discussão inicial sobre aquela⁸⁶, mas, sobretudo, pois ambas surgem no bojo da discussão sobre os excessos da intervenção estatal. A Lei n.º 13.655/2018 num viés mais jurídico-institucional, a Lei da Liberdade Econômica numa égide mais voltada à regulação e as relações do Estado na economia.

A ascendência da Lei da Liberdade Econômica é, também, a compreensão de que o papel do Estado se avolumou e se tornou muito complexo. A figura estatal, em contraponto à atividade econômica, não pode mais ser interpretada em contornos bem definidos e herméticos, entre as tradicionais concepções liberal e do bem-estar social, sendo, antes, uma reunião de conceitos e propostas de ambas as correntes. O desafio, portanto, é o de conciliar

⁸⁴ Presidente e ministros do TCU pedem a Temer que veto mudanças na LINDB. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/presidente-ministros-tcu-pedem-temer-vete-lindb>. Acesso em 20 ago. 2020.

⁸⁵ Nesse aspecto, é oportuna a remissão ao Acórdão n.º 2.391/2018 – Plenário, no qual o Tribunal teceu longa consideração sobre o conceito de erro grosseiro (constante do novel art. 28 da LINDB), encampando a noção da Lei n.º 13.655/2018 para orientar a responsabilização do agente público, mas, ao cabo, decide por aplicar a exceção punitiva apenas para os casos de sanção, proscrevendo a elisão de responsabilidade pretendida pelo conceito do erro grosseiro dos casos em que o controle conclui pela existência de indenizações devidas, circunscrevendo-o às hipóteses de aplicação de sanções. Mais revelador é que essa decisão se arrimou numa alegada interpretação conforme a Constituição do Tribunal, que contrapôs o art. 28 da LINDB ao art. 37, § 6º da Constituição (que versa sobre o ressarcimento ao erário). Somente nessa fundamentação, realça-se a situação que as inovações à LINDB pretendem combater. Afinal, é questionável a competência do TCU para o controle de constitucionalidade, no qual se insere a interpretação conforme – o STF, por exemplo, decidiu recentemente que essa competência é adstrita ao Judiciário, não cabendo às Cortes de Contas exercer esse controle (vide MC-MS 35.410/DF, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 15 dez. 2017).

⁸⁶ Refere-se, aqui, ao documento “Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação”, proposta acadêmica apresentada no âmbito da Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/proposta_de_lei_nacional_de_liberdade_economic_a_-_sbdp_fgv_direito_sp.pdf>. Acesso em 20 ago. 2020.

uma sociedade complexa e com necessidades originais, e um Estado que precisa se reinventar para fazer frente a esse novo conjunto de demandas. A compreensão a reinar é a de que somente com um Estado eficaz poderá se desenvolver um ambiente econômico viável. Não se trata, pois, de defender ou não intervenção estatal, pois o foco se desloca para a eficácia da atuação, seja direta ou indireta, com prestação direta ou apenas na regulação. Era esse o liame condutor da proposta original de uma Lei de Liberdade Econômica⁸⁷, mas que acabou se perdendo ao longo do percurso, desde a apresentação da Medida Provisória nº 881/2019 até a discussão travada no ambiente legislativo. Ainda assim, o texto final da Lei nº 13.874/2019 consignou elementos importantes para a adequação do aparato legislativo à nova conjuntura estatal.

Ambos os diplomas têm relevância ao estudo da seara institucional das prerrogativas, mesmo que seu espectro seja muito mais geral do que o âmbito contratual da Administração, especialmente no caso da Lei de Liberdade Econômica. O mais óbvio, sem dúvida, é a premissa que move as duas leis, a evidenciar uma tendência legislativa em prol da revisão dos parâmetros delineadores da relação público-privada. A ótica que move o legislador, nos dois casos, remete à percepção de que o caráter imperial do Estado e a natureza adversarial da sua relação com o particular não tem mais lugar.

Há, pois, mais uma evidência da contradição entre um modelo de regramento muito mais avançado do que aquilo de que se cogita na aplicação das normas vigentes. E isso fica bem nítido em alguns dispositivos de ambas as leis em apreço.

Partindo dos preceitos mais abstratos, a Lei de Liberdade Econômica traduz dois princípios que atingem precisamente o cerne da discussão sobre as prerrogativas. Assim é ao predicar que a liberdade econômica se arrima na “boa-fé do particular perante o poder público” (art. 2º, II) e que deve haver o “reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado” (art. 2º, IV).

No primeiro caso, pressupor que o particular age de boa-fé com o poder público é algo de suma importância para os parâmetros sobre os quais se deve construir a interpretação das prerrogativas unilaterais. Não por raro, transborda-se o razoável na exorbitância tão-somente pela suposição de que o particular é adversário do Estado contratante e, como tal, deve ter

⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* **Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação.** Proposta acadêmica para a reforma das bases jurídicas da regulação e de sua governança nos âmbitos municipal, estadual, distrital e federal, com minuta de projeto para a Lei Nacional da Liberdade Econômica. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2019. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/proposta_de_lei_nacional_de_liberdade_economic_a_-_sbdp_fgv_direito_sp.pdf>. Acesso em 20 ago. 2020.

tolhido ao máximo os seus direitos no contrato. Concepção desse jaez é o que está por trás, também, de um pensamento que delega ao particular contratado um espírito quase improbo por natureza, o que pode ser verdade em alguns casos, mas que não pode se tornar um dogma. Se assim o for, implicar-se-ia reconhecer que todo contrato administrativo é um campo minado para Administração, e que já se inicia com a necessidade de coibir a prática de atos de corrupção. Afora o desperdício de esforços que ação dessa ordem ensejaria, é certo que a solução encontrada – majorar a exorbitância – parece não demonstrar os resultados esperados, conforme se voltará mais adiante neste trabalho.

Já o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado é ainda mais incisivo na discussão sobre as prerrogativas da Administração, pois acaba por impor um limite adicional à exorbitância. De rigor, não é novidade a acolhida da condição de vulnerável do particular em relação ao Estado. Pelo contrário, este é um tema recorrente no estudo da atividade estatal e do Direito Administrativo e que remonta às origens das doutrinas publicistas. Não por acaso, a concepção reinante já há décadas contempla, justamente, a necessidade de um Estado protecionista do indivíduo, de modo a condicionar a prática dos seus poderes à esfera de guarida do particular. Já há oitenta anos, José Carlos de Ataliba Nogueira expunha que: “Não existem os homens para o Estado, mas é o Estado que existe para os homens”⁸⁸.

De toda a sorte, o pressuposto abraçado pela jurisprudência e pelos órgãos de controle tende a partir da noção oposta, outorgando uma suposta hipossuficiência à Administração em contraposição ao que seria um poder nas mãos do particular contratado. Com isso, esgaça-se ainda mais o tecido do equilíbrio na utilização das prerrogativas estatais, tidas como um instrumento de proteção do interesse público contra a alegada superioridade do privado que contrata com a Administração.

Já as alterações à LINDB, trazidas com a Lei n.º 13.655/2018, são ainda mais incisivas em prover mecanismos de contenção da exorbitância estatal, ou, quando menos, para proporcionar um ambiente mais consensual e menos imperativo. Com mais vigor, os novos artigos 23, 24 e 27 predicam instrumentos de proteção do particular à mudança nos ventos da Administração, por si ou pelo resultado das atividades de controle externo e judiciário. Já o art. 26 consagra expressamente a saída consensual em lugar decisões unilaterais, numa verdadeira guinada do ato administrativo em direção à maior consensualidade, afastando-se

⁸⁸ NOGUEIRA, José Carlos Ataliba. **O Estado é um meio e não um fim**. São Paulo: Empresa Gráfica Revista dos Tribunais, 1940, p. 50

da imperatividade⁸⁹. Esses dispositivos retornarão no último capítulo, mas a referência a eles se presta, por ora, à demonstração de um movimento legislativo que, ao contrário do que vem sendo observado na prática, caminha numa direção de aproximação do exercício do poder estatal com a noção de maior contratualidade e consensualidade. Eventualmente, é crível supor que esses dois exemplos normativos tenham se originado, justamente, nesse anacronismo da Administração – e do seu controle.

Essa dualidade entre correntes interpretativas da ação estatal é tornada flagrante na análise da aplicação da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que estabelece o estatuto jurídico das estatais. Já há muito aguardada para a regulamentação do art. 173 da Constituição, especialmente acerca da disciplina das licitações e contratos promovidos por essas entidades, a Lei nº 13.303/2016 foi extremamente tímida no tratamento diferenciado que se esperava do regramento da contratação pelas estatais. Em grande medida, as regras da Lei nº 13.303/2016 aproximam-se muito do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), que, apesar de ser uma normativa distinta do regime geral, ainda foi concebido no âmbito da Administração geral.

Contudo, a lei das estatais efetivamente trouxe inovações, algumas delas que tocam diretamente no exercício das prerrogativas e que predicam disposições bastante novidadeiras em relação ao regime geral.

De início, a mutabilidade contratual é regida por acordo entre as partes, ao invés de uma primazia da competência modificativa unilateral por parte da Administração (art. 81). Como premissa, ao invés do imperativo presente no regime geral, a Lei das Estatais promove a liberdade do próprio contrato prever a forma da sua alteração, estabelecendo o acordo das partes condicionado apenas à não violação da obrigação de licitar (art.72). Em geral, inclusive, o preceito recorrente do diploma é delegar à disciplina contratual uma série de regras que, no regime geral, estão vinculadas a determinações legais expressas, a reduzir demasiadamente a liberdade entre as partes.

Contudo, o que a realidade da aplicação da Lei das Estatais revela é que, mesmo diante do permissivo legal para maior consenso e liberdade entre as partes, a primazia ainda cabe aos tradicionais preceitos do regime geral. Isso fica claro a partir da análise dos regulamentos

⁸⁹ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov.2018.

internos de licitações e contratos até então editados pelas estatais, em cumprimento à prerrogativa prevista no art. 40 da Lei n.º 13.303/2016.

De fato, pensado como um instrumento para concretizar as disposições mais programáticas da Lei, amoldando-as à realidade de cada empresa estatal, os regulamentos internos acabam sendo repositórios de disposições mais próximas do regime geral, excluindo ou mitigando, inclusive, algumas das inovações trazidas pela Lei n.º 13.303/2016⁹⁰. A resistência das próprias estatais para incorporar inovações previstas pelo legislador é mais uma demonstração das dificuldades encontradas para viabilizar, no dia-a-dia, um modelo de Estado mais consentâneo com a contemporaneidade, sobretudo com as exigências de uma sociedade mais complexa. Ao contrário de facilitar o alcance do interesse público, torna essa tarefa mais árdua e, conforme se pretende demonstrar ao longo deste trabalho, distante das concepções tradicionalistas de uma atuação imperativa e exorbitante do Estado.

1.4. Diagnóstico parcial: o anacronismo do modo de aplicação das prerrogativas com a noção do papel atual do Estado

A análise até aqui empreendida dá conta de que a conjuntura atual das prerrogativas na Administração brasileira revela que o exercício da exorbitância se encontra numa posição anabolizada. Alguns exemplos acima apresentados são bastante ilustrativos do cenário de majoração do poder extroverso da Administração contratante, que vem estressando até o limite a sua posição dominante na relação contratual.

Esse perfil traz consigo problemas graves relacionados com a eficiência da contratação e, bem assim, com a lisura das relações público-privadas, temas que serão abordados nos capítulos seguintes desse trabalho. Mas, muito além disso, o que se apresenta atualmente acaba por afastar a aplicação das prerrogativas de outros elementos igualmente relevantes no estudo da Administração Pública, inserido no contexto evolutivo do próprio Estado.

De alguma forma, há uma oposição diametral entre a forma como as prerrogativas vem sendo compreendidas no Brasil de hoje, com o caminho que o Estado vem tomando. O rigor na supremacia das prerrogativas remete a algo muito mais próximo da noção de imperatividade, própria de um modelo de Estado que já se entendia ultrapassado mesmo há algumas décadas. Parece haver pouco apreço aos direitos do particular contratado, indevidamente contrapostos

⁹⁰ Essa realidade é bem demonstrada na excelente pesquisa empírica promovida por Pedro Ivo Peixoto da Silva, que apreciou diversos Regulamentos editados já em consequência do permissivo da Lei das Estatais. Após suscitar provocação sobre as razões do apego ao tradicionalismo, relacionando-o com o momento mais sensível de edição da própria Lei n.º 13.303/2016, no bojo dos escândalos da Operação Lava-Jato, o Autor conclui pelo baixo grau de inovação nos Regulamentos analisados, em favor de uma alta repetição legal (**Regulamentos de licitações editados sob a lei 13.303/2016: instrumentos de inovação ou de repetição?** 2018. Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2018).

– porquanto não absolutamente antagônicos – com o propagado interesse público, de modo que não há muita reserva em suprimir direitos dos contratados pela Administração, desde que genericamente alegado que atitude desse viés se justifica no interesse público.

Algo assim é incongruente com um movimento vívido de interpretar o Estado de um modo mais democrático e voltado cada vez mais à consensualidade e contratualismo, o que, a seu turno, é incompatível com o que se mantém forte na aplicação das prerrogativas. Estas parecem conservar, ainda com mais vigor do que no passado, um caráter unilateral de Estado, no qual a ação da Administração era marcadamente imperativa e sujeita a menos contraponto. As prerrogativas parecem restar isoladas, sendo um dos últimos bastiões daquilo que já foi reinante, mas que cede espaço para elementos característicos de outra forma de Estado. E não deixa de ser interessante que muitos desses elementos se fazem presentes no Direito positivo e na interpretação dada ao agir da Administração, o que nos faz habitar um orbe de dois vieses: privilegia-se demasiadamente o arbítrio do Estado na consecução do poder extroverso contratual, de um lado, ao passo que, por outra visada, há uma recepção – e até aceitação – a soluções consensuais ou de maior relevância ao direito do administrado.

As prerrogativas vivem, então, num ambiente anacrônico, em que o contraponto não é apenas na atualidade, mas, antes, remonta ao momento em que a noção do serviço público como corolário do interesse público passou a conformar os contratos da Administração, primeiro nas concessões do início do século XX, e, depois, para todas as espécies contratuais, ao longo daquele mesmo centenário. De fato, o modelo de exorbitância atual parece volver a uma perspectiva ainda mais remota, quando da primazia de imperatividade como caractere indissociável do papel da Administração.

É bem verdade que a prerrogativa, enquanto manifestação de poder estatal, sorve na fonte original da imperatividade⁹¹. Afinal, a posição privilegiada da Administração jamais foi questionada, mesmo nas discussões sobre a existência de um contrato administrativo. Pelo contrário, foi justamente a certeza quanto à imprescindibilidade de prever essa primazia da parte pública, enquanto exteriorização do poder estatal, que justificou a dúvida sobre haver uma relação contratual ou mero ato unilateral da Administração para o qual o particular manifestava apenas sua anuência.

A conceituação de um Direito Administrativo é gerada, pois, com amparo numa noção de interesse público, sobre o qual se erguia a aceitação da superioridade da Administração com

⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, p. 7-18, set. 2009.

a mitigação de direitos privados⁹². À época, portanto, era natural a aceitação de uma posição contratual privilegiada da Administração, sobre a qual o interesse da coletividade estaria devidamente assentado. Ao particular contratado restava, então, a anuência com a sua posição de inferioridade na relação contratual.

Conquanto o contrato administrativo tenha sua gênese na aceitação de uma prevalência do poder público sobre o particular, o que extrapolava o âmbito meramente contratual, sendo antes uma condição geral do que se entendia como um direito da Administração⁹³, as prerrogativas não parecem ter sido um mero instrumento arbitrário à livre disposição do agente público, mesmo para aqueles que tinham a exorbitância como o elemento primordial do contrato administrativo. Mesmo na origem, essas eram tidas como um instrumento de proteção ao interesse público e não como um poder carente de propósito.

A imperatividade não se confundia, portanto, com despotismo, mesmo que induzisse à prevalência do Estado sobre o particular. Ao contrário, um dos principais amparos da noção de Estado moderno era, justamente, a proteção do indivíduo, ainda que de um modo eminentemente formal e legalista⁹⁴.

Portanto, desde o seu nascedouro, o direito do particular não era proscrito em absoluto⁹⁵. Ao contrário, a ele se resguardava a garantia de uma justa remuneração, o que subsistiria mesmo à exorbitância da Administração. Assim, qualquer exercício das prerrogativas contratuais pelo Poder Público deveria vir acompanhado de medidas compensatórias, de modo a acautelar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para além disso, ao particular

⁹² CASSESE, Sabino. **Derecho Administrativo: história y futuro**. Madri: INAP – Instituto Nacional de Administración Pública, 2014, p. 363. AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif faites a l'École des ponts et chaussées**. 10^o ed. Paris: Dunod Éditeur, v.I, 1878, p. 26. Ainda segundo Aucoc, a prevalência do interesse público “é natural, eis que a ordem pública não pode subsistir se todos não apoiarem a restrição a sua liberdade individual e a coisa pública somente poderá se valer por meio da contribuição de cada cidadão.” (*ibid.*)

⁹³ Carlos Ari Sundfeld, ao comentar as “categorias iniciais do Direito Administrativo”, segrega-as entre as que dizem apenas com a função gerencial e aquelas que “pretendem sobretudo afirmar que a Administração Pública deve ter prerrogativas, poderes especiais. Suas decisões seriam atos administrativos: atos de autoridade, capazes de impor obrigações aos particulares. Em seus contratos as partes não seriam iguais, pois ela teria poderes de mudar sozinho o ajustado. Ela própria, Administração, e outras entidades dela derivadas seriam pessoas jurídicas com poderes especiais, concedidas pelo direito público.” (**Direito Administrativo para céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 27-28).

⁹⁴ A existência de autoridade administrativa, que não se confunde com autoritarismo é, ademais, um pressuposto do Estado Democrático, conforme apontado por Sabino Cassese: “En los Estados modernos el poder público necesita del componente de autoridad, colocado en un plano superior y rodeado de privilegios. La explicación reside en que de esta forma se completa la puesta en práctica o realización de las decisiones de quienes ha sido elegidos por el pueblo. En realidad, esta es la segunda versión del componente de la autoridad. La primera y más antigua no estaba relacionada con la investidura democrática, sino más bien con el origen divino de la autoridad del rey” (**La democracia y sus límites**. Sevilha, Espanha: Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2018, p. 38).

⁹⁵ ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos contratos públicos**. Op.cit., p. 18.

sempre foi reservada a faculdade de se socorrer ao Judiciário sempre que entendesse ter havido prejuízo indevido, ocasionado pelos atos ou omissões da Administração contratante. Essa espécie de exceção à exorbitância, longe de mitigar o privilégio da Administração, tem causa, justamente, na perspectiva do interesse público, que, aqui, consubstancia-se no êxito da contratação. Ora, a decisão por contratar pressupõe a ciência prévia de que a entrega ou prestação do escopo relevante à coletividade demanda participação do particular, capaz de efetivar esse escopo de modo mais adequado do que a própria Administração. Portanto, cogitar da supressão do direito do particular, sem qualquer salvaguarda dos investimentos realizados e custos incorridos, teria um de dois resultados, ambos negativos ao interesse público: ou não acudiriam interessados no contrato e este jamais seria realizado, ou na hipótese de vir a ser celebrado, poderia jamais ser concluído. No último caso, omitir-se limites à mutabilidade contratual compromete a exequibilidade da avença, pondo em risco o objeto executado, ou, quando menos, forcejando ônus demasiado ao particular, adstrito à execução desvantajosa em virtude do temor de sanções mais gravosas. E, justamente por temor dessa realidade, a tendência é que contratar com a Administração se tornasse atividade temerária, a afastar o interesse do setor privado.

Daí porque a teoria da exorbitância administrativa se fez acompanhar da noção de que as prerrogativas outorgadas ao Estado contratante jamais poderiam sobrepor integralmente os direitos dos particulares. O exercício do privilégio público nos contratos, portanto, deveria sempre se balizar num mínimo necessário à proteção da remuneração do contratado, de modo a atrair o seu interesse no contrato e, ademais, a proteger a exequibilidade da avença. De mais a mais, o risco é elemento essencial dos negócios – públicos ou privados – de modo que diminuir a percepção do risco da contratação administrativa é pressuposto para que o ônus público seja menor⁹⁶. Não há muito segredo: qualquer risco é precificado e, quanto pior o cenário, maior o preço cobrado⁹⁷. A busca por uma conjuntura de menor risco, portanto, é dever da Administração, no seu papel de guardião do interesse público.

⁹⁶ Estas ventajas al contratista no están determinadas por un inesperado espíritu paternalista en la Administración, sino porque ésta obtiene ella misma el beneficio de una rebaja general en las cifras de oferta que logra en el mercado contractual al eliminar la necesidad de que los contratistas busquen coberturas frente a responsabilidades más amplias, dada, además, la generalización de este beneficio por la técnica de contratación en masa.” (ENTERRÍA, Eduardo García; Fernández, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Op.cit., p. 696).

⁹⁷ O cenário de desequilíbrio de riscos traz consigo, ademais, a possibilidade de o particular mitigar os riscos assumidos por meio de prestação ou entrega com menor qualidade, numa conta simples de diminuição dos custos e investimentos para equalizar eventuais prejuízos maiores (ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos contratos públicos**, Op. cit., p.20).

Não por acaso, o fenômeno mais atual no Direito Administrativo está calcado em noções de parceria, por meio da qual consensualidade e contratualidade ganham força, em direção a um modelo administrativo colaborativo⁹⁸. Esse sentimento é bem descrito por Luís Solano Cabral de Moncada, ao afirmar que: “Uma coisa é certa: a Administração está cada vez menos só no exercício da sua actividade”⁹⁹.

Há, pois, a exacerbação de um contraponto ao modelo imperativo que acompanhou a compreensão do Estado, especialmente no berço da exorbitância contratual. À hipertrofia social, seguiu-se a ampliação das tarefas de Estado, num movimento inicialmente surgido com o Estado do Bem-Estar social, e que se ampliou ao longo das últimas décadas para superar a discussão meramente econômica entre liberalismo e intervenção estatal.

Hoje, a pluralidade de interesses sociais coage o Estado a se repartir em vários, de modo a contemplar exigências multifacetadas e que extrapolam o aspecto meramente econômico. Não se trata mais de interpretar o papel do Estado com a ótica restrita de liberalismo e intervencionismo. A uma, pois alguns consensos se impuseram sobre essa discussão, a começar pela aceitação de que, por menor que seja a prestação direta pelo Estado, sua presença ainda é constante, seja como mero regulador, seja naquela parcela que lhe é intrínseca e que irá sempre exigir a provisão estatal para se concretizar. A duas porque não parece ser a intenção do Estado abdicar de diversas prerrogativas que detém como fonte de organização social e econômica e, em relação à provisão de serviços públicos, continuará ele a deter a competência para gerir e regular essa prestação. A três porque não há como admitir a ausência do Estado para diversas necessidades que demandam – no escopo do presente trabalho – a promoção de contratações.

A bipartição usual de público e privado, usualmente invocada para conformar os quadrantes da atuação estatal, ou, quando menos, de regras e preceitos publicistas, já não se faz mais presente. E, com isso, concepções outrora estanques acabam por se espraiar entre si, tornando-as muito mais fluídas e absorventes da influência, uma da outra¹⁰⁰.

⁹⁸ Vitor Rhein Schirato demonstra que a convivência dualista de modelos é uma tônica, de modo mais amplo, na formação decisória do contrato administrativo, especialmente quando contrapostos um modelo mais rígido – próprio do regime geral – com modelos mais permeáveis a essa nova concepção de Estado, como é o caso das concessões. (SCHIRATO, Vitor Rhein. A formação das decisões da Administração Pública nos contratos administrativos. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, set. 2018/fev. 2019, p. 185-205.)

⁹⁹ MONCADA, Luís Solano Cabral de. **A relação jurídica administrativa**: para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.105.

¹⁰⁰ De rigor, como todo fenômeno evolutivo dessa ordem, também este processo não foi algo que surgiu de uma geração espontânea. Antes, vem sendo construído já há algumas décadas. Não por acaso, é interessante rememorar o que já dizia, na década de 50 do século passado, Alberto Moniz da Rocha Barros: “O capitalismo

Diante desse cenário, não há mais como conceber que a atuação estatal possa se quedar delimitar em quadrantes muito bem delineados. Antes, a plêiade de interesses relevantes, cada qual com necessidades específicas, exige muito mais do Estado, que deve se reinventar num sentido muito mais amplo e, independentemente de qual feição venha a adotar – mais ou menos intervencionista –, será sempre chamado a desempenhar funções complexas¹⁰¹. Ignorar essa responsabilidade é um catalisador para a perda de legitimação estatal, o que é ainda mais ingrato justamente porque, nessa nova realidade, o Estado é instado a atuar num ambiente ainda nebuloso e especialmente distante daquele com o qual havia se acostumado a agir¹⁰².

O fenômeno evolutivo, como sói, encerra dificuldades próprias das resistências às visões novidadeiras, nem sempre efetivadas de imediato¹⁰³. É esperado um momento de comunhão entre características tradicionais e aquelas trazidas pelas novas teorias e interpretações, no qual dificuldades adicionais advirão para a correta incorporação dos novos conceitos. De igual maneira, é natural haver questões candentes acerca de qual corrente deverá se seguir, com a expectativa de decisões transitórias e contraditórias.

Não haveria de ser diferente na evolução das prerrogativas contratuais da Administração Pública, sobretudo em relação ao parâmetro que a fundamenta, seja pelo viés mais de império, seja por um conceito mais paritário entre as partes¹⁰⁴ – ambos, conforme visto adiante, manejados como pressupostos de atendimento ao interesse público.

de Estado desfavorece as definições e as divisões. A ‘publicização’ do Direito Privado por ele trazida é atropelo para o nosso cartesiano amor às ideias claras e distintas. Obliterou-se a discriminação entre ‘público’ e ‘privado’, por se terem tornado mais do que nunca comuns aos diversos ramos do Direito, conglobados sob uma ou outra divisão, as técnicas de uma e outra.” (**O poder econômico do Estado contemporâneo e seus reflexos no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1953, p. 223-224).

¹⁰¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto chama a atenção para essa realidade, naquilo que chamou de um contraponto entre um “Estado Monoclasse” e um “Estado Pluriclasse”: “Enquanto no Estado Monoclasse esse atendimento estava quase totalmente reduzido à solução do antagonismo público-privado, no Estado Pluriclasse, as novas formas de conflitualidade envolvendo interesses individuais, coletivos, difusos, públicos e privados passaram a demandar um aparato administrativo público muito mais complexo, de maior entrosamento com os inúmeros outros sistemas administrativos desenvolvidos na sociedade civil, que o alimentam o complementam.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, Estado e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995, 79-80.).

¹⁰² HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980, p.96-98.

¹⁰³ O fenômeno de resistência é bastante comum, também na rejeição à inovação legislativa, o que ocorre com frequência em matéria de Direito Administrativo. Nesse tema, José Vicente Santos de Mendonça traz o conceito de “interpretação retrospectiva”, existente nos “momentos em que a lei muda, mas a doutrina continua interpretando-a como se nada tivesse ocorrido.” (Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017).

¹⁰⁴ “Em suma, verifica-se nos vários planos da função administrativa uma evolução de um modelo de exercício unilateral dos poderes para uma relação (tendencialmente) paritária entre o Estado e os particulares. Contudo, certo é que em matéria de contratos administrativos ainda não foram assacadas todas as consequências deste novo enquadramento do relacionamento entre a administração e os particulares. Efetivamente, a estabilidade do contrato, o princípio da pacta sunt servanda, continua frequentemente a ser colocado em causa pelo interesse

De toda a sorte, nos contratos administrativos, essa trajetória se inicia com a mitigação do pressuposto adversarial entre Administração e particular¹⁰⁵, não para pressupor exata equidade entre as partes, mas para conceber a exorbitância numa nova medida, mais racional e voltada ao interesse público, não o da Administração ou o do agente público.

Infelizmente, o que a análise da conjuntura atual brasileira demonstra é um caminho inverso, no qual a exorbitância segue em direção a um momento de menor racionalidade e de aplicação cada vez mais imperativa.

O desvirtuamento da prerrogativa, de matiz mais acentuada na arbitrariedade, é, pois, uma construção conveniente dos governantes e da própria Administração, indo, não por raro, muito além daquilo previsto no aparato jurídico-normativo. Acima já se viu como a realidade atual da exorbitância, no país, é muito distante dos contornos conferidos pela legislação, quando não frontalmente contrária aos ditames legais.

É possível cogitar que uma parte desse deletério modo de exercitar as prerrogativas tenha origem no histórico do Estado brasileiro, marcadamente autoritário desde a formação da República. Por certo, o manejo das prerrogativas está intimamente relacionado ao pressuposto orientador do Estado¹⁰⁶, sendo certo que quanto mais autoritário o for, mais provável que os poderes ao seu dispor sejam alteados. Afinal, o autoritarismo não se impõe com um poder central fragilizado e governos pouco democráticos têm pouco ou nenhum apreço com a legitimação dos seus atos, motivado puramente no próprio poder estatal.

É fácil, portanto, identificar, no campo político, as razões pelas quais o Estado brasileiro ainda pereniza conceitos anacrônicos com a legislação vigente. Ao tempo em que incorpora em texto legal preceitos mais hodiernos do Direito Administrativo, o país ainda padece de pouca vivência desses preceitos, preteridos em favor de elementos autoritários. Na seara contratual, é justamente o que ocorre com a dualidade existente entre normas mais avançadas, mas que nunca são efetivamente aplicadas e muito menos amplamente aceitas, e a permanência de características que, muitas vezes, são aceitas e replicadas mesmo sem jamais contar com uma previsão legal explícita¹⁰⁷.

público prosseguido pela administração em função do paradigma da supremacia desta.” (MENDES, Pedro Vaz. **Pacta sunt servanda e interesse público nos contratos administrativos**. Op.cit., 2016, p. 15).

¹⁰⁵ ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos contratos públicos**. Op.cit., p.20.

¹⁰⁶ GUEDES, Demian. **Autoritarismo e Estado no Brasil**: tradição, transição e processo administrativo. Belo Horizonte: Letramento, 2016, p. 30.

¹⁰⁷ “No Brasil, a superação de princípios de autoridade tem sido dificultada por diferentes fatores, tais como: as origens históricas do autoritarismo brasileiro; a ausência de rupturas institucionais; a continuidade entre o regime militar e o governo civil; a recusa do Supremo Tribunal Federal em analisar a constitucionalidade de atos normativos anteriores a 1988, agravada pela manutenção da composição do Supremo após o regime de exceção.” (GUEDES, Demian. **Autoritarismo e Estado no Brasil**, Op. cit., p.30).

As consequências desse movimento tendem a ser desastrosas, seja por tolher a eficácia da contratação, seja por facilitar a prática de atos ilícitos. Em ambos os casos, a concentração de poderes extroversos e, principalmente, a arbitrariedade no exercício desses poderes parece ser a causa que leva a essas duas consequências indesejadas.

2. EFICIÊNCIA DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA

O beneplácito das prerrogativas estatais nos contratos é amparado, conforme se viu, num conceito teleológico: exorbita-se a posição administrativa como pressuposto para o alcance do interesse público que se espraia na consecução do contrato. Diante dessa premissa, é razoável afirmar que reside nas prerrogativas o DNA da eficiência, isto é, há uma relação muito próxima entre o fundamento da exorbitância e a eficácia do contrato administrativo, o que, ao fim, resulta na aproximação entre as prerrogativas e a eficiência da Administração. Ao constatar essa afinidade, parece óbvio que a eficiência é um primeiro e indissociável conformador da gestão contratual pelo agente público. E, nesse aspecto, atua como uma bússola, que guia a Administração sempre no sentido do resultado ótimo da contratação, corolário da eficiência. Desse modo, o agente público não poderá agir desamparado dos objetivos do contrato, sempre que se dispuser a fazer valer a exorbitância da Administração. Ao fazê-lo, comprometerá a eficiência e, por suposto, minará o arrimo do seu ato, pois a prerrogativa apartada da eficiência torna-se arbítrio, porquanto não se volta mais ao interesse público, mas, em alguma medida, ao interesse do próprio agente ou da Administração contratante – que, nem sempre pode ser entendido *prima facie* como coincidente com o interesse público, sobretudo quando se afasta dos cânones que a regem.

É preciso, pois, estressar um pouco esses conceitos, de modo a ascender mais um elemento essencial à ressignificação das prerrogativas, em consentâneo com a atualidade do Direito Administrativo aqui defendida.

2.1. Eficiência como elemento intrínseco do Estado

Formalmente, a eficiência foi alçada à posição de princípio norteador da Administração brasileira com a edição da Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998, que a inseriu no rol de princípios constantes do *caput* do art. 37, da Constituição Federal de 1988. Era, pois, um elemento essencial do espírito dessa revisão constitucional, ocupada declaradamente com o aprimoramento da função estatal.

Seguia-se, assim, um movimento transnacional que ganhava força à época, ocupado de prover maior eficiência à Administração¹⁰⁸, dentro de um movimento de competição global, inclusive por investimentos privados, mas, sobretudo, para otimizar a prestação de um conjunto cada vez maior e mais complexo de atividades das quais o Estado deveria se ocupar. E, portanto:

[...]para bem realizar essa tarefa – que é ingente e difícil –, para efetivamente ser capaz de atender às demandas crescentes da sociedade, é preciso que o Estado se

¹⁰⁸ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. Op.cit., p. 242.

reorganize e para isso é necessário adotar critérios de gestão capazes de reduzir custos, buscar maior articulação com a sociedade, definir prioridades democraticamente e cobrar resultados¹⁰⁹.

Malgrado sua inclusão recente no texto constitucional, a eficiência é já há muito parte da noção moderna do papel do Estado e orienta há longa data a teoria administrativista¹¹⁰. É até possível sustentar que a eficiência prescindiria da sua referência expressa no *caput* do art. 37 da Constituição, dada a sua essencialidade na compreensão do papel de Estado. Afinal, a noção de uma “boa administração” é inerente ao estudo do Direito Administrativo desde o último século¹¹¹.

Não por acaso, ao concluírem sua exposição sobre as características desse ramo do Direito, García de Enterría e Tomás Fernandez denotam que o papel do Direito Administrativo se conforma num equilíbrio entre os privilégios da Administração, enquanto instrumento funcional do Estado, e as garantias dos particulares. E, concluem os autores, que esse equilíbrio “se trata de perseguir e obter, de modo eficaz, o serviço de interesse geral, sem desconsiderar a posição jurídica dos cidadãos, igualmente relevantes”¹¹².

De fato, incorporar a eficiência como pressuposto da Administração é algo até certo ponto automático, a partir do momento em que se reconhece que o Estado moderno, intimamente vinculado a um ideal democrático, se foca na prestação de serviços de interesse geral, atuando na proteção do indivíduo e na concretização de direitos a este inerentes¹¹³. Não se trata mais de um Estado que atua em seu próprio benefício, nem tampouco que exercita seu poder de modo desmedido, eis que o eixo de legitimação do Estado não é mais pressuposto como algo natural ou divino, e sim conquistado a partir da aceitação do seu papel garantidor, criado e delimitado nas leis e, principalmente, nas Constituições modernas¹¹⁴. Essa limitação

¹⁰⁹ CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do estado e Administração Pública gerencial**. 7 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 2005, p. 15-19.

¹¹⁰ Mauricio Zockun demonstra a anterioridade da eficiência como um corolário do princípio republicano: “Obviamente não se imagina que, até o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, o Estado era autorizado a atuar ineficientemente no desempenho das suas atividades [...] Isso porque, como há tempos alertava Geraldo Ataliba, o primado republicano exige o mais expedito agir do Estado. Isso porque, segundo o seu insuperável magistério, não se imagina que o povo, titular do Poder, tenha transferido o seu exercício a outrem senão para que os seus interesses sejam perseguidos do melhor modo possível”. (A participação popular como forma de atendimento ao princípio da eficiência no direito administrativo brasileiro. **Revista Internacional de Direito Público – RIDP**, ano 1, n. 1, p. 129-136, jul./dez. 2015).

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 112.

¹¹² Do original: “En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos.” (**Curso de Derecho Administrativo**. Op.cit., p. 53).

¹¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Op.cit., p. 210.

¹¹⁴ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 133.

advém, justamente, do reconhecimento da centralidade do interesse público, enquanto repositório dos direitos e garantias dos indivíduos sujeitos ao exercício da potestade estatal¹¹⁵.

Uma vez que se derroga a concepção de um Estado autoritário ou absolutista em prol do Estado Democrático de Direito, é mister assumir que a ação estatal – operacionalizada pela Administração – é, sobretudo, uma ação positiva em favor da efetivação de uma pauta de direitos e interesses coletivos¹¹⁶. E, como tal, o resultado passa a ser fundamental na compreensão da atividade pública, pois essa ação positiva precisa alcançar os objetivos que dela se espera. A atuação meramente burocrática, portanto, cede lugar à ação mais preocupada em atingir da melhor maneira a pauta de exigências do Estado e é justamente nesse ponto que se observa a eficiência como um elemento de construção da noção moderna de Estado.¹¹⁷

A novel conceituação estatal é forte no reclame da atuação proativa do aparato público – moldada nos preceitos democráticos – para viabilizar as exigências que o novo e extenso rol de direitos e garantias lhe impõem. Nesse cenário, falhar nessa entrega, por omissão ou por ineficiência, já é o bastante para aduzir que o Estado se afastou do seu dever. A Administração, como executora desse encargo deve, então, agir, pois a inércia, por si só, já é uma falha não mais admitida¹¹⁸.

O sucesso na empreitada assumida pelo Estado é ainda mais dificultado com a ascensão de amplo conjunto de direitos e interesses que deve contemplar, todos eles corolários do interesse público¹¹⁹. Alcançar, então, aquilo que lhe legitima exige do Estado a atuação mais eficiente possível, apta a contemplar essa pauta extensa de interesses relevantes que se apresenta e que é condição essencial à consecução do interesse público. Não é factível que a dificuldade imposta pela complexidade do tecido social atual seja superada se o Estado – e a Administração, por conseguinte – reste arreigado num agir burocrático e dissociado de

¹¹⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.199-238.

¹¹⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 19.

¹¹⁷ ZOCKUN, Maurício. A participação popular como forma de atendimento ao princípio da eficiência no direito administrativo brasileiro, Op.cit.

¹¹⁸ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. Op. cit, p. 62-63.

¹¹⁹ RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O Direito Administrativo como “caixa de ferramentas”**. Uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 60.

quaisquer instrumentos de gestão e de cobrança de resultados, fatores que a alusão à eficiência pretende proscrever.

O relevo ofertado à eficiência na efetivação do modelo do Estado atual vem, ademais, do próprio protagonismo que a Administração assumiu dentro da divisão de poderes públicos. Por mais que a legalidade ainda se imponha como parâmetro da atividade administrativa – o que mantém a reserva do Legislativo – e, ao cabo, a Administração permaneça submetida ao controle realizado pelo Judiciário, cabe à burocracia estatal a primazia no dever de assegurar os direitos e atender aos interesses coletivos. É a Administração a responsável pela formulação, implementação, gestão e revisão de políticas públicas, o que lhe confere a possibilidade de pensar e executar os atos que entenda relevantes à tarefa que deve desempenhar¹²⁰. Não por acaso, há quem sustente que no modelo atual de Estado, a “Administração cresceu tanto que passou a ser o primeiro poder do Estado”¹²¹.

Independente da aceitação, total ou parcial dessa afirmação, é inegável que a atuação da burocracia estatal ganha destaque sempre que se pretende analisar a conformação vigente de Estado e, especialmente, quando se intente verificar se o Estado vem atuando consoante o que dele se espera. Como bem sintetiza Floriano de Azevedo Marques Neto, “somente chegaremos a um Estado Democrático de Direito quando a Administração tiver os poderes

¹²⁰ “[...] na base desse progresso se agita uma dramática mutação do próprio conceito de administração pública, que, tal como se tem reiterado em várias passagens, vai aos poucos perdendo suas características imperativas, que a classificavam, tradicionalmente, como um poder do Estado, para entendê-la como uma específica função do Estado, a ser por ele desempenhada e, preferentemente, compartilhada com toda a sociedade em seu desenvolvimento de incentivo a participação, desde o seu planejamento, a partir das respectivas decisões políticas, passando pela execução, até o controle dos resultados [...]” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. P. 179).

¹²¹ MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Contributo dogmático. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 111. A preponderância adquirida pela Administração chama mais ainda atenção no modelo do *Common Law*, seara onde há um extenso debate sobre a própria legalidade da Administração calcada em normas internas e regulatórias, distanciando a atuação do Estado da lei formal. Nesse sentido, o debate entre Philip Hamburger (**Is Administrative Law unlawful?** Chicago: Chicago University Press, 2014) e Adrian Vermeule (**Law’s abnegation. From Law’s empire to the Administrative State**. Cambridge, EUA: Harvard University Press, 2016), em que o primeiro adota uma posição mais extremada contra o Direito Administrativo, ao passo que o segundo, sem descuidar dos riscos antevistos por Hamburger, acredita que é apenas uma questão de ajustamento dos poderes estabelecidos e que foi a própria Lei quem outorgou à Administração o protagonismo em relação ao próprio texto legal (“A Lei não foi superada. Ao invés disso, o triunfo do Estado administrativo ocorreu, paradoxalmente, como uma abnegação voluntária da lei em relação à sua própria autoridade, nos termos ditados pela própria Lei” – VERMEULE, Adrian. **Law’s abnegation**. Op. cit., p. 209, tradução nossa). Ao final, o problema reside à jusante e não à montante, porquanto não está na ilegalidade do que se chama “Estado Administrativo”, mas, sim, na necessidade de prover mecanismos que melhor conformem o exercício desse poder e, principalmente, constrejam abusos por ele cometidos.

necessários, mas os utilize para bem servir o destinatário e o beneficiário deste poder: o administrado”¹²².

E por essa razão, a eficiência é tão importante, porquanto meio hábil à garantia desse “bem servir” ou da “boa Administração Pública. O Estado Democrático de Direito se ultima numa legitimação teleológica, direcionando o agir estatal à satisfação de um interesse coletivo. Nesse quadrante, a ação da Administração Pública é protagonista dentro do Estado, porque toma para si uma parcela cada vez mais relevante dos instrumentos de concretização do interesse público¹²³. E, portanto, é difícil supor que essa finalidade possa ser atendida sem que seja parametrizada em instrumentos de eficiência. Caso contrário, uma de duas: ou não haverá nem sequer satisfação do interesse coletivo, ou este se alcançará mediante um ônus desnecessário, que, a depender da gravidade, pode até mesmo esvaziar o mérito do ato ou da ação administrativa, tornando-a meramente formal.

2.2. A eficiência na prática

O conceito de eficiência é permeável a definições distintas, mas que comungam, todas elas, de um preceito aceito de modo mais universal: a eficiência está relacionada à obtenção ótima dos resultados esperados da ação administrativa¹²⁴. Espraia-se, portanto, nos diversos espectros da Administração¹²⁵ e, em cada um deles, irá prover elementos específicos para otimizar a atuação do agente público em prol do objetivo esperado em cada caso.

A partir da noção de que o Estado é chamado a atender a um plexo de interesses para os quais é necessário alocar recursos da coletividade, a eficiência se impõe, inicialmente, a partir da obrigação de racionalizar o emprego desses recursos¹²⁶.

A racionalização não se brida ao aspecto do lucro, confundindo-se com a busca pelo retorno máximo para a Administração. Uma concepção atrelada unicamente ao retorno econômico ignora a necessidade de se obter uma prestação que atenda à justa expectativa do interesse

¹²² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Poderes da Administração Pública. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). **Novos rumos para o direito público**: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, p. 221-236, 2012.

¹²³ SUNDFELD, Carlos Ari. DOMINGOS, Liandro. Supremocracia ou administrocacia no novo Direito Público brasileiro. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et all. (Coord.). **Direito Público em evolução**. Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 31-38.

¹²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do Processo Administrativo. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004.

¹²⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 18ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 148.

¹²⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do Direito Público**: Constitucional e Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 506.

coletivo¹²⁷, o que, em muitos casos, irá onerar a Administração, sacrificando parte do retorno ou mesmo reclamando a alocação de volume grande de recursos.

Antes, o cerne da eficiência recai na avaliação de custo-benefício, apurando-se a alocação ótima de recursos. Essa alocação não predica uma mera restrição ao gasto, nem tão somente óbice ao desperdício¹²⁸, cabendo-lhe, antes, assegurar que a atividade administrativa mantenha-se atendendo da melhor maneira à coletividade, sem abdicar de direitos e garantias asseguradas pelo próprio ordenamento jurídico¹²⁹.

Nesse aspecto, a avaliação da ação administrativa deve ser feita, de início, numa comparação entre as diversas opções, para orientar a escolha por aquela que se apresente mais vantajosa à luz dos benefícios trazidos à coletividade vis-à-vis a menor onerosidade necessária à consecução desse objetivo. Nessa tarefa, conforme sintetiza Flávio Garcia Cabral, a análise de custo-benefício demanda da Administração uma obrigação tripartite para aferir “i) o grau de onerosidade gerado pelo meio elegido (custos); ii) a relevância e vantagens obtidas pelo alcance da finalidade pretendida (benefícios); iii) a verificação se a relevância do fim corresponde ou supera a onerosidade dos meios (relação custo/benefício).”¹³⁰

Portanto, é um equívoco resumir a eficiência à economicidade, porquanto esta é corolário daquela, mas com ela não se confunde e, muito menos, não exaure o seu conteúdo. Prezar pela diminuição do ônus público é, certamente, um dos pilares da eficiência, mas não é apenas disso que se trata uma ação eficiente. O pressuposto da eficiência jamais poderá se afastar de uma ação efetiva da Administração para a consecução de uma prestação ou atividade relevante ao interesse coletivo, ou, como bem resumido por Floriano de Azevedo Marques Neto, “A Administração Pública somente é eficiente se além de não desperdiçar recursos públicos (evitando o desvio ou o desperdício) ela logra atender às necessidades coletivas que correspondem à finalidade do agir administrativo”¹³¹.

¹²⁷ “A eficiência, cujo conteúdo jurídico será minudenciado ao longo do texto, não deve ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.” (ARAGÃO, Alexandre de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*, **Interesse Público – IP**, n. 57, set./out., 2009, p. 11-30).

¹²⁸ FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. **Administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p.148.

¹²⁹ RODRÍGUEZ-ARAÑA, Jaime. **Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla, Espanha: Editorial Derecho Global; Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, p.597.

¹³⁰ **O conteúdo jurídico da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2019 158.

¹³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública, Op. cit.

Para alcançar esse objetivo, a eficiência depende, sobretudo, de duas grandes ordens de ação da Administração: o planejamento e a avaliação de resultados. Esse binômio é predicado essencial para que o poder público disponha de instrumentos que permitam, no primeiro momento, estabelecer quais são os objetivos que se deve alcançar e, em seguida, avaliar se as ações em prol dessa tarefa estão sendo executadas a contento, ou, ainda, se tais objetivos são efetivamente pertinentes ao interesse coletivo.

Ao planejar, evita-se o desperdício por meio da prévia estipulação do caminho crítico para o alcance do resultado esperado. O planejamento é condição indispensável à melhora das decisões da Administração¹³², por meio da definição prévia de pautas e dos mecanismos que são necessários para a sua consecução.

O planejamento assume outra monta diante de um Estado reiteradamente instado ao acolhimento de uma plêiade cada vez maior de demandas legítimas e à prestação de um número crescente de atividades¹³³. O acúmulo de obrigações traz consigo o problema de como suprir devidamente cada uma delas, algo particularmente penoso numa conjuntura de escassez de recursos (não apenas financeiros). A esmerada aferição prévia das carências que reclamam a atuação do Estado é imprescindível para a atuação diligente no atendimento dessas necessidades.

O planejamento da Administração se faz presente numa série de determinações constitucionais e legais que condicionam o agir administrativo à prévia definição de parâmetros e objetivos. No âmbito orçamentário, já há muito o Executivo se vincula a leis específicas (Lei Orçamentária Anual, Lei de Diretrizes Orçamentárias) que condicionam o gasto público. O planejamento de longo prazo é consubstanciado, por sua vez, na obrigação de elaboração de Plano Plurianuais. Em determinados temas, o planejamento é ainda mais presente, como, por exemplo, na legislação urbanística, profícua em disposições que predicam elementos típicos de planejamento¹³⁴. Assim, também, no saneamento básico, cuja disciplina legal condiciona a própria realização de investimentos e a celebração de contratos à prévia elaboração e aprovação de planos específicos, bem como ao estabelecimento de metas e cronogramas de universalização¹³⁵.

¹³² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 111.

¹³³ PIRES, Maria Coeli Simões. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil e ressemantização das atividades de planejamento e articulação governamentais à luz do paradigma democrático. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**, Op. cit., p. 175-197.

¹³⁴ Nesse sentido, o art. 4º, I, da Lei nº 10.257/2001, que estabelece como instrumentos para a consecução dos seus objetivos: o plano diretor, o plano plurianual, planos, programas e projetos setoriais e planos de desenvolvimento econômico e social.

¹³⁵ Art. 11 da Lei nº 11.445/2007.

O planejamento, como se viu, guia-se por disposições mais amplas, isto é, por previsões gerais que condicionam de modo macro o agir administrativo. Ele se constitui por parâmetros e premissas que orientam as decisões dos agentes públicos, mas sem descer ao detalhe ou mesmo aos casos concretos. Esse inventário influencia a governança da Administração, ao nortear o acompanhamento que deve ser feito sobre as ações e programas pensados para concretizar as necessidades legítimas da população¹³⁶.

Não por acaso, complementa-se, necessariamente, por uma avaliação das decisões tomadas e das políticas públicas desenhadas. A aferição dos acertos e desacertos é imprescindível para a eficiência administrativa, seja por estimular aquelas que apresentam resultados positivos, seja por proscrever ou aprimorar aquelas que não alcançaram o desfecho imaginado. O conhecimento empírico deve ser aproveitado, num ciclo virtuoso, pelo planejamento, de modo a que a tomada de decisão pela Administração seja cada vez mais eficiente¹³⁷.

Desconsiderar o efeito prático da decisão administrativa esvazia por completo o conteúdo da eficiência, ao retirar do agente público a possibilidade de verificar o impacto das suas ações e escolhas. E, por mais evidente que seja essa afirmação, nem sempre a preocupação com o resultado é uma constante na discussão sobre eficiência administrativa, mesmo no âmbito dos processos de reforma administrativa que tomaram lugar em diversos países nas últimas décadas¹³⁸.

A avaliação empírica da decisão administrativa, no entanto, não pode ser encarada como mero pressuposto para o controle e punição do agente administrativo. Seu principal objetivo deve ser o de verificar a adequação da decisão que nem sempre será ultimado por imperícia ou desídia daquele que tomou a decisão. Uma característica intrínseca de políticas públicas e mesmo de atos isolados da Administração é a maior sensibilidade ao decurso do tempo,

¹³⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil e ressemantização das atividades de planejamento e articulação governamentais à luz do paradigma democrático, Op. cit.

¹³⁷ SUNSTEIN, Cass R. **Simpler: the future of government**. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2009, p. 210.

¹³⁸ “Apesar de a revolução da reforma do setor público estar varrendo o mundo, é ainda difícil avaliar os resultados ou prescrever as reformas que levarão aos melhores resultados. A dificuldade deve-se, em parte, ao fato de que muitas vezes a opção entusiástica pelas reformas não incluía qualquer preocupação com a aferição dos resultados. Em parte, explica-se essa dificuldade, também, porque ideias que são fascinantes no papel podem acabar, na prática, por trazer à tona problemas novos, graves e até então ocultos, porque colidem violentamente com práticas vigentes. Em nenhum caso isso é mais verdadeiro do que nas reformas de processos que são o núcleo da ‘nova gestão pública’. Essas reformas colidem, sutil, mas diretamente, com o conhecimento convencional vigente na administração pública, segundo o qual o que mais importa é a estrutura organizacional; corrija os defeitos estruturais, que os resultados aparecem.” (KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**, Op. cit. p.75-121).

isto é, são muito mais suscetíveis às alterações circunstanciais que se operam pela própria dinâmica social e econômica. Rememore-se que a atuação administrativa envolve a prestação de serviços e atividades muitas vezes complexas e sujeitas a uma série de variáveis, o que a torna um ambiente propício à mutabilidade, o que faz com que não seja tarefa fácil aferir se o ato administrativo atendeu a sua finalidade, porquanto essa percepção poderá mudar a partir do momento em que ocorre a avaliação ou a partir dos parâmetros que a orientam¹³⁹. É justamente para antever essas mudanças e, sobretudo, para adaptar a ação administrativa aos efeitos dos novos cenários, que se sustenta a necessidade de promoção de uma avaliação dos resultados como pressuposto da eficiência administrativa.

Resta saber, então, qual a consequência concreta da aplicação da eficiência, donde se tem uma dupla influência desse princípio. De um lado, a eficiência atua como delimitador da discricionariedade administrativa, ou, em outros termos, condiciona a liberdade decisória do agente público. Nesse aspecto, a eficiência delimita os parâmetros pelos quais a Administração toma a decisão, sendo inadequado o ato administrativo que, na sua gênese, olvida à observância dos elementos que conformam a escolha mais eficiente. O princípio da eficiência, então, “incidirá como norma vinculante da discricionariedade concreta, pautando e condicionando o espaço de escolha quanto ao instrumento de atuação administrativa”¹⁴⁰.

Noutro ponto, a eficiência pode dar causa à anulação do ato flagrantemente ineficiente, atribuindo a responsabilidade ao agente público que não atentou aos parâmetros necessários na sua decisão. Aqui, está-se a falar não de situações em que houve a preocupação com a eficiência, malgrado o resultado esperado foi frustrado, mas, sim, daqueles casos em que houve mesmo desídia por parte da Administração¹⁴¹.

¹³⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta, a esse respeito, que “não há uma demarcação precisa entre o que seja eficiência ou ineficiência em termos de resultado de um ato administrativo *vis-à-vis* à sua finalidade”. (**Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 77).

¹⁴⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. Coimbra: Almedina, 2017, p. 424.

¹⁴¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto traça o discri-me que há entre a mera inobservância do resultado com o ato que, ao ignorar a eficiência, eiva-se de nulidade: “[...] a discricionariedade não pode tornar-se um pretexto para decisões ineficientes, assim consideradas as que atendem deficientemente ao interesse público definido na finalidade da lei. Seria uma frontal violação ao princípio da razoabilidade admitir-se que o ato gravemente ineficiente estivesse acobertado pela lei; seria aceitar-se que o descumprimento do poder-dever da Administração de atender ao interesse público poderia ser postergado, comprometido, tergiversado ou, pior: que a ‘boa administração’ pudesse ser juridicamente igualada à ‘má administração’. [...] Esta é a razão pela qual a Administração está obrigada a envidar todos os esforços para que a escolha dos meios seja a que melhores resultados produza em termos de atendimento do interesse público específico, contido na normal legal que ela deverá executar. Dá-se, portanto, uma grave violação do princípio da razoabilidade. É irrazoável que a Administração utilize a discricionariedade para, deliberadamente, não atingir suficientemente uma finalidade pública, ou, mesmo, arriscar-se a não atingi-la. [...] Em suma, atender de forma grosseira ou gravemente ineficiente ao interesse público específico legislado constitui-se num vício de finalidade; uma ilegalidade passível de controle judiciário, capaz de levar à anulação do ato assim defeituoso. [...] A eficiência

Essas são, pois, as condições nas quais a eficiência perde a sua abstração para se aplicar na práxis da Administração Pública. Mais adiante, retomar-se-á um aspecto relevante da eficiência, atinente aos resultados.

Um destaque, porém, deve ser dado à má-utilização da eficiência, manejada para fins diversos daquilo que é o seu objetivo. Retoma-se, aqui, a crítica ao apego excessivo aos ganhos da Administração, sobretudo quando estes se viabilizam em detrimento de direitos dos particulares. Sobrepor, pura e simplesmente, um direito legítimo do privado não pode ser justificado com base na eficiência. Ao contrário, o ideal é mesmo que o Estado consiga realizar sua atividade com o menor impacto possível nos direitos individuais, evidenciando sua habilidade em viabilizar o bem relevante à coletividade sem que seja necessário suprimir direitos caros a um indivíduo ou grupo de indivíduos.

A transferência do ônus ao particular é tanto mais ineficiente se perenizar uma ação desidiosa da Administração. Afinal, tende a ser mais fácil se desonerar dos seus encargos do que alcançar um resultado ótimo pela alocação mais racional dos ônus. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes apresenta a consequência dessa ação supostamente eficiente da Administração:

A burocracia desmedida tem como uma de suas origens o afã para obter uma eficiência simplista do aparato estatal totalmente desvirtuada daquela que deve governar as iniciativas públicas. Para reduzir seus próprios custos 'a todo custo', cada gestão que sucede a anterior, ao revés de rever seus procedimentos e revogar imposições à população que não mais guardam razão de ser ou que nunca possuíram tal razão, criam mais e mais encargos ao público.¹⁴²

Mais que acautelar o direito do privado, ao se proscrever a aplicação comezinha do princípio como mera aferição de custos, incorre-se no risco de inviabilizar a própria eficiência. É o que ocorre na hipótese de se rejeitar qualquer ação da Administração que implique num ônus maior, a despeito dos benefícios que possa acarretar ao interesse coletivo. Esse tipo de controle da eficiência norteador por um controle de gastos pode mesmo inviabilizar a ação administrativa, em prejuízo inequívoco do interesse coletivo, frustrado na realização das atividades na entrega dos bens que lhes são relevantes¹⁴³.

deve ser considerada como limite à discricionariedade em tese. Temos, assim, que a ineficiência se constitui num vício de finalidade, configurando uma modalidade de insuficiência objetiva da conformidade; uma ilegalidade que acarreta a nulidade do ato administrativo." (**Legitimidade e discricionariedade**, Op. cit., p. 76-77).

¹⁴² Princípio da Eficiência. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípio de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 352-374.

¹⁴³ "Qualquer controle que, sob o pálio de coibir o desvio ou o desperdício impede a consecução de uma ação administrativa acaba por produzir um efeito contrário àquele que justifica a existência do controle. Para impedir que a Administração gaste mais do que o devido numa obra ou numa compra, não se deve predicar que ela seja

2.3. Eficiência e legalidade: harmonização dos princípios

A falta de concretude ou de definição única da eficiência, em prol de conceituação que se reveste pelos objetivos concretos, longe de ser um problema é uma característica intrínseca de qualquer princípio e, justamente, é o que lhe confere essa natureza e permite controlar a sua aplicação¹⁴⁴. Importa dizer, portanto, que ao predicar a eficiência – e outros mais – como princípio regente da Administração Pública, a Constituição Federal não estabeleceu um rol estanque e predeterminado de condutas e atos, mas, sim, escolheu pautas finalísticas que devem orientar a atuação do agente público. Ao contrário, quando pretendeu conformar condutas específicas, o fez por meio de regras específicas, consignadas no próprio art. 37, e no restante do seu texto.

Quer-se aqui dizer que não há lógica na crítica que pretende esvaziar a eficiência pela abstração do termo¹⁴⁵. Fosse esse o caso, haveria de desconsiderar-se todo e qualquer princípio jurídico, porquanto normas cujo menor grau de concretude faz parte da sua existência. A indeterminação conceitual não pode, assim, prestar-se ao esvaziamento da norma, que, antes, deverá ser condicionada pelo cotejo com o caso concreto e com o próprio ordenamento jurídico¹⁴⁶.

É interessante notar que, não por raro, o ataque à eficiência vem acompanhado de uma celebração da legalidade ou da supremacia do interesse público, também estas normas principiológicas. É dizer: em muitos casos, os detratores da relevância da eficiência como balizador da Administração, normalmente promovem seu argumento atrelado à supremacia do princípio da legalidade¹⁴⁷, como se houvesse a possibilidade de *prima facie*, cogitar de gradação de princípios. Por outro lado, constroem uma interpretação particular do interesse

impedida de executar a obra ou adquirir o insumo.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública, Op. cit.).

¹⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 119.

¹⁴⁵ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de Direito Administrativo**. Op.cit., p. 112), que, malgrado reconhecer a eficiência como “essencial” à Administração, entende que o conceito é demasiado abstrato para constar de texto constitucional. Não cabe, aqui, adentrar no mérito dessas ressalvas, mas é preciso dizer que, se o problema é abstração, seria o caso de estender essa crítica aos demais princípios constantes do art. 37, alguns deles ainda mais genéricos que a eficiência.

¹⁴⁶ “Existe hoje toda uma doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, exatamente para permitir ao intérprete a sua definição e ampliar a possibilidade de controle judicial sobre os atos administrativos.

Se a indeterminação do conceito de interesse público fosse empecilho para sua aplicação, o mesmo ocorreria com inúmeros outros princípios constitucionais, como os da moralidade, eficiência, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público**: e outros temas relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 85-102).

¹⁴⁷ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p. 80-82.

público, forte na sua supremacia, que, de resto, acabaria numa espécie de super princípio, fonte única de qualquer interpretação da Administração¹⁴⁸.

Assim, a contraposição entre eficiência e legalidade parece surgir tão somente no imaginário daqueles que se apegam de tal forma a um desvirtuamento do caráter principiológico da legalidade¹⁴⁹ e do interesse público para manejá-los de um modo absoluto – ou supremo, na terminologia padrão. E é curioso que a fonte do criticismo é a suposição de que a eficiência promoveria, justamente, essa supressão da legalidade e do interesse público, o que seria inadmissível. Ou seja: avança-se contra a eficiência de maneira defensiva, para evitar que ela possa se sobressair sobre princípios de maior afeto ao intérprete.

A conclusão dessa corrente é que não há qualquer possibilidade de ponderação entre a eficiência e a legalidade; mais: que a eficiência e interesse público tendem a ser conceitos mais colidentes do que harmônicos e a fonte de legitimação do Estado não se confunde com qualquer análise de eficiência.

Há, por vezes, uma restrição demasiada da eficiência ao seu aspecto econômico, o que serve, unicamente, para um contraponto demasiado com a ideia de interesses coletivos, de viés mais social. A eficiência, assim, é inserida indevidamente no velho debate entre liberalismo (ou neoliberalismo) e bem-estar social, redução desarrazoada do papel da eficiência dentro da legitimidade estatal¹⁵⁰.

O problema conceitual dessa corrente contrária à eficiência parece ser, justamente, o temor com o que preceituam como pragmatismo estatal, algo próximo ao despotismo próprio do Estado absolutista. Com o propósito de proteger o Estado Democrático de Direito, a corrente contrária à eficiência a reduz incorretamente a mero pragmatismo, desprovido de qualquer

¹⁴⁸ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público *versus* supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público**. Op. cit., p.155-171.

¹⁴⁹ Acerca do conteúdo axiológico da legalidade, Alexandre Santos de Aragão: “É assim que, tomando por referência a nomenclatura de José Manuel Sérvulo Correia, não adotamos nem uma legalidade meramente formal, que não fornece pautas de controle da substância dos atos, nem uma legalidade substancial de excessiva densidade normativa, que exige que a lei estabeleça pelo menos parte do conteúdo dos atos a serem expedidos, o que muitas vezes não é compatível com a dinâmica da atividade administrativa, principalmente quando lida com subsistemas sociais de especial desenvolvimento e mutabilidade nos nossos tempos, como a economia e a ciência. Propugnamos, portanto, por uma superação da separação rígida entre as duas versões extremas de conformidade legal, sustentando que o mínimo de densidade normativa que as leis devem possuir para atribuir poderes à Administração Pública consiste em habilitações normativas calcadas em princípios e valores. A isto poderiam ser dados vários nomes: legalidade formal axiológica, legalidade material leve ou, o que preferimos, simplesmente legalidade principiológica, no sentido de que as atribuições de poderes pela lei devem, por sucintas que sejam, ser pelo menos conexas com princípios que possibilitem o seu controle; princípios aqui considerados em seu sentido amplo, abrangendo finalidades, políticas públicas, standards, etc. Trata-se, portanto, de uma visão neopositivista do princípio da legalidade, resultado de um sistema constitucional tendencialmente principialista.” (A concepção pós-positivista do princípio da legalidade, **Debates em Direito Público**, ano 13, n. 13, out. 2014).

¹⁵⁰ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Op. cit., p. 104 e ss.

propósito e fundamentação, ou, quando menos, à definição mais próxima que a teoria da administração privada a concebe. Ato contínuo, essa eficiência conceitualmente distorcida se torna incompatível com o interesse público e com a legalidade.

Na verdade, o conceito moderno de eficiência estatal, conforme visto acima, não pressupõe um apego ao absolutismo do resultado, nem tampouco afasta o necessário ajuste aos princípios e características da Administração Pública, inclusive à legalidade¹⁵¹. Antes, pressupõe que não há nada de equivocado na apropriação de conceitos de gestão construídos no setor privado e que a Administração deve também se pautar por atingir os seus objetivos de maneira otimizada, de modo a que também o resultado esperado seja um valor a ser buscado.

Enquanto valor, a eficiência auxilia na concepção, interpretação e aplicação de toda a ampla pauta normativa, cuja própria natureza já é bastante aberta à concretização por parte do agente público. Ora, o Direito Administrativo é marcado justamente pela aceitação da discricionariedade do seu maior aplicador: o agente público. E, se assim o for, é um ramo jurídico altamente permeável a normas cuja efetivação depende das escolhas feitas pelo intérprete, que não irá encontrar no texto legal a exata definição daquilo que deverá promover. De modo que a legalidade, tão defendida pelos detratores da eficiência, é, ela própria, mitigada na origem, não pela defesa do agir ilícito ou arbitrário do agente público – quando, então, faria sentido o temor do retrocesso tão utilizado pelos que são contrários à eficiência –, mas pela aceitação da discricionariedade como um elemento de definição da atuação administrativa.

Nesse cenário de abstração, a eficiência é parceira – e não inimiga – da legalidade, pois, ambas pretendem conformar a discricionariedade com a pauta constitucionalmente eleita para o Estado e o agir da sua Administração¹⁵². Quando se sustenta que a eficiência é um

¹⁵¹ “É importante fixar este ponto: a rigidez da legalidade não é, por si só, e nos dias de hoje, sinônimo de preservação (ou de eficácia) dos direitos constitucionais. Estes serão legitimamente interpretados e conformados à realidade se forem seguidos os ritos previstos pelo próprio ordenamento e se o seu conteúdo se sustentar diante dos preceitos nele estabelecidos.” (MONTEIRO, Vera. Princípio da legalidade e os poderes normativo e regulamentar da Administração Pública. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 5, n. 20, p. 209-218, out./dez. 2007).

¹⁵² E a própria pauta constitucional é, ela própria, o cânone máximo das escolhas feitas pela Administração Pública, conforme destacado por Thiago Marrara: “Se o poder de escolha da administração pública, até bem pouco tempo, era apresentado pela doutrina especializada como um poder dependente de um mero juízo a ser feito pela autoridade pública quanto à conveniência e à oportunidade do ato (mérito administrativo), hoje, tal concepção não pode prevalecer. No direito administrativo hodierno, “conveniência e oportunidade” deixa de constituir uma mera expressão indeterminada para se consagrar como um método objetivo de escolha, pelo qual a autoridade pública está obrigada a ponderar princípios constitucionais, direitos fundamentais, razoabilidade de ação e interesses secundários da entidade administrativa. Nesse contexto, tamanhas são as restrições normativas e valorativas ao poder de escolha do agente público que a diferença entre discricionariedade e vinculação tende a esvaecer quase por completo em incontáveis situações.” (A boa-fé do

princípio a ser considerado – e quem diz isso é a própria Constituição, afinal – não se está querendo a supressão da legalidade. Não há qualquer alusão à máxima do fim a justificar os meios, mas, sim, de que o fim – isto é, o resultado – não pode ser desconsiderado, com o quê haveria grandes chances de se incorrer justamente no risco de desvirtuamento do interesse público.

No limite, um desapego demasiado com o resultado, acabaria por estimular uma Administração premida pelos interesses dos próprios agentes ou dela própria, circunscrita que estaria ao atendimento exclusivo de uma pauta formalista, com pouco exercício da discricionariedade não por se entender em risco a legalidade, mas, sim, para justificar a própria inércia. Num cenário de ineficiência dessa ordem, é difícil supor que alguma necessidade cara ao interesse público possa ser satisfeita pela Administração. Ao indivíduo – ou a coletividade – restaria o encargo de forcejar reiteradamente o funcionamento da máquina pública, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito judicial, o que já traduz significativa perda do interesse público.

Seria o caso de se indagar, portanto, se a desídia é elemento da boa Administração Pública? Pode se cogitar de legitimidade do Estado que não desempenha as suas funções, frustrando a expectativa do cidadão? Encarar a eficiência como um mal a ser combatido em prol do interesse público parece contraditório sob essa perspectiva. Afinal, qual interesse público subsiste na ausência da prestação estatal?

Mais que isso, se o propósito de se opor à eficiência for evitar o arbítrio estatal, que poderia adotar qualquer medida em prol do resultado, o mesmo pode ser dito do esvaziamento dos objetivos do Estado como pauta a ser seguida pela Administração¹⁵³. Ora, para negar um direito ou obstar o seu exercício pelo administrado, bastaria ao agente público arbitrário afiar-se na extensa pauta normativa existente, majorando a burocracia e exacerbando os procedimentos necessários para assegurar esse direito. Diga-se de passagem, é muito mais fácil para o agente mal-intencionado justificar o seu arbítrio no suposto cumprimento formal de todas as normas e procedimentos, postergando indefinitivamente a prestação – ou pior,

administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. – **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012)

¹⁵³ “[...] o que importa para a satisfação dos direitos postos à cura do Estado são, afinal, os resultados alcançados: pois, sem efetivamente logrã-los, por mais estrita e rigorosa que haja sido a legalidade dos atos e processos desenvolvidos constitucionalmente de nada valerão, senão no que necessário possa ser para a apenação dos responsáveis se e quando não houverem cumprido devidamente a missão governativa posta a seu cargo.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Op.cit., p. 159-160).

achacando o particular para que essa seja feita – do que o seria justificar sua ineficiência, ou, ainda, motivar exclusivamente na eficiência o descumprimento de norma expressa.

Eficiência e legalidade são, pois, aliadas do interesse público, justamente por contribuir, de modo complementar, com a prestação administrativa. De um lado, limita-se a atuação ilícita e arbitrária, com referência à fundamentação legal do ato; noutra ponta, assegura-se o resultado esperado com essa atuação, com o máximo de eficiência, sem a qual a prestação poderia se tornar onerosa ou inócua. Como bem resume Odete Medauar: “Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade.”¹⁵⁴

E não é demais destacar que a influência da eficiência pode ocorrer na origem da norma, isto é, na fundamentação de determinada lei. Afinal, foi em prol da eficiência que se formulou toda a legislação do pregão, entendido como uma modalidade licitatória mais eficiente para a promoção de determinadas contratações do Estado. Da mesma forma, a Lei Federal de Processo Administrativo¹⁵⁵, que repetiu o caminho da EC 19/98, ao consignar a eficiência como princípio regente dos processos administrativos e, indo além, incorporou diversos dispositivos que pretendem concretizar esse princípio. Ou, ainda, a permissão para que a Administração resolva seus conflitos mediante mediação¹⁵⁶ e arbitragem¹⁵⁷.

Eficiência e legalidade, enfim, complementam-se e servem de parâmetro mútuo, o que, de resto, ocorre usualmente com o cotejo entre princípios. O conflito tão propagado entre ambas é, então, resultado de interpretações equivocadas, que se dispõem *a priori* com a derrocada do princípio rival, pressupondo que não é possível coexistirem.

2.4. Eficiência como vetor da exorbitância contratual da Administração

A relação entre prerrogativas e interesse público – já se viu – é erguida com amparo na noção de que o contrato público atende a uma finalidade coletiva. Há, pois, uma derivação do preceito da eficiência, a partir da concepção de que o sucesso do contrato é o que arrima o poder delegado ao gestor público, ao permitir a atuação em defesa do objeto ou prestação contratada.

Essa é uma afirmação recorrente sempre que se discute a posição privilegiada da Administração contratante: se há prerrogativa, esta vem sempre justificada pelo liame com o desígnio do contrato. Contudo, esse paradigma é usualmente acompanhado da alusão ao

¹⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. Op.cit., p. 148.

¹⁵⁵ Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

¹⁵⁶ Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015.

¹⁵⁷ Por meio das alterações promovidas na Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, pela Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2016.

poder estatal, sobrelevando o ente público contratante¹⁵⁸. Se a contratação pretende consagrar uma prestação relevante, a assunção quase absoluta é a de que apenas com o desequilíbrio de forças entre as partes é que se pode alcançar essa prestação, ou, noutra viés, de que o fito contratual jamais poderia se realizar numa relação equânime de poder.

A dependência indissociável entre desígnios contratuais e poder extroverso alça o patamar de causa e consequência da teoria da contratação administrativa. De um lado, admite-se a existência de um contrato atípico, que se diferencia do regime geral privado pela existência de um objetivo próprio, além da vontade das partes; noutra ponta, o contrato administrativo somente pode alcançar seu desiderato se a Administração contar com uma preeminência na relação com o privado.

O contrato administrativo surge quando superada a resistência à capacidade negocial da Administração – que se entendia incompatível com a função injuntiva que sempre acompanhou as ações estatais. Até então, o reconhecimento era de que o ato administrativo seria a única forma de consecução dos fazeres públicos, porquanto consagrador do exercício do poder estatal. Quando se admite que esse poder é igualmente exercido num contrato, a este se transfere a posição hegemônica da Administração, que passa a cumprir seu papel mediante as prerrogativas que lhe são conferidas¹⁵⁹.

É trivial, portanto, a afirmação de que o poder extroverso nasce e se exaure no impacto positivo que deve provocar na execução contratual. Admite-se a disparidade de forças entre as partes contratantes pela certeza de que à Administração deve ser conferidos os instrumentos para identificar e sanear eventos adversos à contratação.

Presume-se válida a inequidade de forças entre as partes contratantes para que uma delas – a Administração – na qualidade de titular da defesa de um interesse coletivo, possa agir para que a contratação conquiste o fim que dela se espera. O que impele as prerrogativas, pois, é a perquirição do resultado ótimo do contrato, ou, de modo mais objetivo, da eficiência contratual.

Quando se defende a existência de cláusulas exorbitantes, a intenção é eludir o fracasso da contratação, com o que restaria frustrado o interesse dela dependente. As prerrogativas não

¹⁵⁸ Ao comentar que nos contratos privados inexistia posição de supremacia de uma das partes sobre a outra, José Santos Carvalho Filho conclui que isso não ocorre “com os contratos administrativos, e isso é explicável pelo fato de que eles visam a alcançar um fim útil para coletividade, e, além disso, deles participa a própria Administração. É lógico, então, que no conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último.” (**Manual de Direito Administrativo**, 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181).

¹⁵⁹ PEREIRA, Pedro Miguel Matias. **Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos**, Op. cit. p. 57.

albergam o direito da parte contraente e não são instrumento de mera coação do contratado. Antes, o que as legitima é a intenção de tornar o contrato exitoso.

Em termos mais concretos, a pauta de cláusulas exorbitantes encerra o instrumental necessário à proteção do contrato, a partir da complexidade e dos riscos usualmente verificados nessa relação.

De início – e mais óbvio – a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato com possibilidade de aplicação de sanções ao contratado inadimplente se presta a evitar a desídia e corrigir eventuais falhas na performance contratual. De rigor, esse tipo de previsão não é exclusiva do contrato administrativo, sendo certo que tanto poderes de direção e fiscalização, bem como a previsão de sanções, são cláusulas usuais em contratos privados¹⁶⁰. No contrato administrativo, no entanto, essa previsão adquire contornos diferenciados, que dizem muito mais com as falhas na sua aplicação. Com efeito, o descompromisso ou imperícia do agente público no exercício da fiscalização pode afetar o sucesso da contratação, mas as consequências não se refletem apenas no seu direito enquanto parte contratante, alcançando, também, o interesse coletivo que tem a expectativa de fruição do objeto contratado. Autoriza-se o agente público a fiscalizar a execução e a aplicar sanções não para assegurar o interesse da Administração – conquanto esse seja albergado pela prerrogativa – mas, sobretudo, para garantir o interesse coletivo que reclama pela prestação contratada.

Vai daí que a Administração não poderá extrapolar aquilo que é essencial ao sucesso da contratação, isto é, será ilegítima a fiscalização que transborda a proteção do contrato. O agente público não poderá, assim, forcejar a execução de tarefas pelo contratado que não estejam previstas no escopo contratual e, também, não será lícito tornar as obrigações especificamente voltadas ao cumprimento da fiscalização (prestação de informações, elaboração de relatórios, visitas técnicas etc.) mais relevantes do que as obrigações principais. Exacerbar as exigências fiscalizatórias pode desviar os esforços do contratado para o adimplemento do escopo, apenas para satisfazer o anseio burocrático do gestor do contrato.

Da mesma forma, não é adequado que a fiscalização privilegie a formalidade em detrimento da conclusão do contrato. É o caso, por exemplo, da velha discussão acerca da suspensão da execução em virtude de eventuais irregularidades, algo que alcançou tamanha proporção a

¹⁶⁰ MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. **Revista de Contratos Público – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013, p. 237-255.

ponto de ser mitigada pela novel Lei nº 14.133/2021¹⁶¹. O abuso nas ordens de suspensão – seja pelo próprio agente público, seja pelos órgãos de controle – pode tornar ainda mais onerosa a prestação, quando não chega mesmo a impedi-la por completo. Admitir que a execução poderá continuar mesmo diante de eventual irregularidade exprime o reconhecimento de que a prestação é mais relevante que o formalismo fiscalizatório. Isso, ademais, está longe de implicar na elisão de responsabilidades, porquanto é permitido que a apuração da culpa ou dolo pela irregularidade possa ser apurada sem comprometer a prestação principal, algo que foi expressamente reconhecido pela atual lei geral de licitações e contratos administrativos.

A alteração unilateral do contrato é outra cláusula exorbitante que vem delimitada pelo texto legal em apreço com a eficácia contratual. O art. 58, I, da Lei nº 8.666/1993, ao prevê-la, já o faz com o vínculo à “melhor adequação às finalidades de interesse público”, destacando que o exercício da prerrogativa não é livre, mas, sim, orientado por aquilo que é tido como mais adequado ao interesse público. Indo além, o art. 65, I é ainda mais restrito quando predica que a alteração unilateral cabe apenas para “melhor adequação técnica” aos objetivos do contrato, diante de alterações que tenham se operado no projeto ou especificação, ou, ainda, quando for “necessária a modificação do valor contratual em virtude de acréscimo ou diminuição quantitativa” do objeto contratado.

Conforme se observa, não só a alteração unilateral é bastante restrita – mais até do que aquilo que usualmente se apregoa¹⁶² -, mas ela é também lindada pela eficácia do contrato. Admita-se que o agente público opte por modificar o contrato apenas quando a alteração reificar algo útil ao sucesso da contratação. Mais uma vez, portanto, a cláusula exorbitante se opera tendo a eficiência como bússola.

¹⁶¹ Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; III - motivação social e ambiental do contrato; IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas; IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato; XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação. Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

¹⁶² CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Ana Paula Peres de. Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, mar./ago. 2020, p. 185-208.

Não é diferente com a rescisão unilateral, privilégio também circunscrito por objetivos bem demarcados no texto legal, a começar pela limitação à aplicação apenas nas hipóteses expressamente previstas na lei¹⁶³. Essas, em sua quase totalidade¹⁶⁴, pressupõem situações relacionadas com o comprometimento da execução contratual, donde fica nítido que a Administração não poderá exercer livremente a competência para rescindir unilateralmente o contrato. Antes, tal regalia deverá se pautar pela certeza de que o término do contrato é, paradoxalmente, a melhor opção para salvaguardar a expectativa relevante da coletividade. Afinal, em situações tais de adversidade, a prestação somente poderá seguir o rumo que dela se espera em nova avença; quando menos, haverá situações nas quais a prestação realmente não é mais viável, e insistir na contratação reverteria apenas em ônus desnecessário para todos.

Em qualquer caso, conforme se viu, o manejo das cláusulas exorbitantes não fica ao alvedrio do agente público responsável pela gestão contratual. À Administração é defeso compulsar seu poder apartado dos objetivos da contratação. Assegurar a eficácia da avença é o principal balizador do poder extroverso da Administração e, ao exercitá-lo, não se está a resguardar o interesse dela própria, mas, sim, da coletividade que almeja a prestação contratada.

Afinal, o caráter potestativo não é exclusivo da Administração e do contrato administrativo, sendo certo que também no âmbito privado haverá situações nas quais uma das partes poderá prevalecer de modo unilateral sobre a outra. O que torna a contratação administrativa distinta, nesse ponto, é a justificativa para que se predique esse poder, alheio apenas ao interesse das próprias partes contratantes. Se no contrato privado, a previsão de exorbitância aproveita apenas ao interesse de uma das partes, no contrato administrativo, o beneficiário é o interesse coletivo¹⁶⁵, que, inclusive, restringe o exercício desse poder pela Administração, algo que não se verifica no regime privado.

¹⁶³ Combinados, o art. 58, II, e o art. 79, I, predicam apenas as hipóteses dos incisos I a XII e XVII do art. 78.

¹⁶⁴ Salvo no que dispõe o inciso VI, que serve como mera proteção à subcontratação ou transferência da contratação (por meio de simples cessão ou por operações societárias), algo que importa mais à noção de isonomia e de respeito ao preceito licitatório do que propriamente à eficiência do contrato.

¹⁶⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Aplicação do Código Civil às licitações e contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.60. No mesmo sentido, Fernando Dias Menezes de Almeida, que, em remate, evidencia como há pouca distinção entre os regimes contratuais público e privado em termos da existência de prerrogativas de cunho unilateral: “Por outras palavras, a prevalência do interesse público não é a prevalência do interesse subjetivo da pessoa estatal, e muito menos o interesse subjetivo do governante, mas sim o interesse objetivo contido no Direito. Mesmo em contratos privados, ou seja, contratos celebrados entre pessoas privadas, em torno de interesses privados, pode haver um regime jurídico de prerrogativas de ação unilateral, que não decorrerá do fato de serem privados, ou não, os interesses, mas sim das circunstâncias que envolvem aquele determinado objeto contratual – circunstâncias estas que o fazem sabidamente mais sujeito à necessidade de mudanças, o que, portanto leva o Direito a entender como adequado um regime mais flexível no tocante ao modo de se interpretar e aplicar o *pacta sunt servanda*.” (**Contrato Administrativo**, Op. cit., p. 333).

Daí ser possível aduzir que a prerrogativa não é um fim em si mesmo e, menos ainda, não é o elemento essencial da relação contratual administrativa. A eficiência da contratação – e tudo que ela pretende alcançar e assegurar em prol do interesse coletivo – é o protagonista que irá conferir e, ao mesmo tempo, limitar os poderes extroversos da Administração e, de igual modo, conceder e proteger os direitos do particular contratado. Em ambos os casos, não por beneplácito a nenhuma das duas partes contratantes, mas, sim, em virtude da certeza de que, ao fazê-lo, acudirá ao objetivo do contrato administrativo¹⁶⁶.

Essa compreensão é essencial por duas razões: a primeira, como obstáculo ao arbítrio estatal, coibindo o exercício desmedido das prerrogativas que não se mostrem imprescindíveis ao interesse do próprio contrato, e não ao da Administração; a segunda, porque somente quando se entende que a prerrogativa é um instrumento é que será possível reconhecer que, como tal, presta-se a um determinado fim e, por conseguinte, poderá ser enformada da melhor maneira à consecução das finalidades para as quais é empregada, inclusive podendo ser combatida e proscrita quando evidenciado que se afastou desse objetivo.

É demasiadamente anacrônico – se é que, em algum momento, de fato, isso deveria ter sido realmente considerado – aceitar que as prerrogativas são um elemento absolutista do contrato administrativo, o que não passa pela proscrição delas, mas pela admissão de que em algumas circunstâncias, a Administração poderá mesmo delas abdicar em prol do sucesso do contrato. Conforme bem adverte Diogo de Figueiredo Moreira Neto, há vantagens e desvantagens nas prerrogativas contratuais, que tornam inviável a aplicação de “prerrogativas legais estandartizadas”. O autor reporta a necessidade de ser observar uma “dupla motivação”, operada no momento de adoção ou proscrição, em tese, da cláusula exorbitante e, em seguida, no momento de aplicação ou não tal cláusula. E finaliza:

[...] a dupla motivação estabelece, assim, não só uma dupla garantia de legitimidade como uma dupla garantia de segurança jurídica para o contratante privado; isso, sem qualquer prejuízo para o atendimento casuístico do interesse público, pois tudo resta dependendo de como este se apresente em qualidade e intensidade na relação contratual¹⁶⁷.

Tem-se, aqui, o reconhecimento de que o poder extroverso é mesmo discricionário, não no sentido de refutar a previsão de cláusulas exorbitantes, vindo a aplicá-las quando necessário,

¹⁶⁶ Maria João Estorninho, ao discorrer sobre a mitigação da distinção entre prerrogativas administrativas e àquelas do regime contratual privado, conclui que já não há mais um fator discriminatório marcante, salvo no fato de que o exercício da prerrogativa no contrato administrativo independe de uma previsão específica. Segundo ela, o fundamento do interesse coletivo autoriza a Administração a realizar uma alteração unilateral, por exemplo, sem que essa faculdade precise constar expressamente do instrumento contratual (**Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 137-138).

¹⁶⁷ O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, Op. cit.

mas, sim, pela certeza de que nem sempre a exorbitância é válida sob a égide do interesse coletivo que reside em cada contrato administrativo.

Diga-se, ainda, que a complexidade da atividade administrativa construiu modelos contratuais – ou contratos atípicos – de diversas matizes, mais ou menos permeáveis à autoridade administrativa. Desazado, pois, pressupor eficiência numa amálgama de contratos subsumidos a um único regime contratual e, no detalhe, a uma unidade na definição e aplicação de cláusulas exorbitantes¹⁶⁸.

Consagrar a eficiência como artífice do poder extroverso da Administração reafirma a gênese das prerrogativas contratuais do poder público, que não surgiram como instrumento arbitrário e, muito menos, como artefato voltado aos interesses da Administração contratante. Conforme já visto acima, desde a origem, a doutrina do contrato administrativo não se calcou na previsão de prevalência da Administração de modo vazio. Antes, conformou-se sobre a noção de que era preciso escapar ao regime privado de modo a salvaguardar o interesse coletivo, que, nos quadrantes do contrato administrativo, manifesta-se na garantia da entrega do objeto de modo ótimo, sem ônus demasiado para a própria coletividade.

2.5. São as prerrogativas imprescindíveis para o resultado da contratação?

Diante da construção acima, é preciso verificar o quanto o exercício de prerrogativas tem contribuído ao sucesso das contratações. Afinal, é mesmo questionável se a única maneira de viabilizar o interesse coletivo refletido na contratação é pela atribuição de um poder extroverso; quando menos, é o caso de averiguar se esse poder extroverso é promovido de modo apropriado. É preciso apurar se o resultado dos contratos é tão dependente assim das cláusulas exorbitantes, ou, ao contrário, essa relação tradicionalmente indissociável já não é mais capaz de atender aos propósitos que dela se espera.

A preocupação se apresenta quando se tem a certeza de que a realidade contratual administrativa brasileira está longe de ser um sucesso. Pelo contrário, atulham casos de

¹⁶⁸ A esse respeito, Floriano de Azevedo Marques Neto menciona a existência de uma “maldição do regime único” da Administração, que “é a origem de várias mazelas. Impede a modulação de regime em virtude da finalidade da ação administrativa. Obsta a maior eficiência da máquina pública. Tende a tornar todas as relações de que participa o Estado relações de autoridade, marcadas pelo poder extroverso, em detrimento dos direitos dos administrados.” E, especificamente nos contratos administrativos, resulta na impossibilidade de “dispor de normas específicas [...] adequadas à consecução de objetivos específicos”, sendo certo que “o regime jurídico único dos contratos administrativos jamais conseguirá abarcar todas as modalidades de ajustes obrigacionais que podem interessar à Administração” (Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, São Paulo, Thomson-Reuters Revista dos Tribunais, v. 3, n. 9, 2019, p. 341-352).

contratações infrutíferas, que não chegam ao seu final ou o fazem de modo muito mais oneroso.

Qual a parcela de responsabilidade das prerrogativas (ou do seu mau uso) por essa realidade adversa é algo que ainda precisa ser esquadrihado. A seguir, algumas questões são suscitadas para ajudar a compor a resposta a essa questão.

2.5.1. Alguma coisa está fora da ordem: a realidade adversa do contrato administrativo no Brasil

Conquanto seja quase impossível empreender um estudo amplo da aplicação das prerrogativas nos contratos administrativos no país, a quantidade de contratações infrutíferas é um dado cediço¹⁶⁹. A certeza quanto à ineficácia não poderia genericamente conduzir à flúza acerca de que o volume de contratos inconclusos ou com falhas de execução se dá, unicamente, pelos excessos ou desacertos do emprego das prerrogativas pelo gestor público. Outros vícios acometem o contrato (corrupção, falta de planejamento, instabilidade política, dentre outros), mas, mesmo nesses casos, as prerrogativas poderiam mitigar os efeitos negativos. Afinal, as cláusulas exorbitantes existem sobretudo para corrigir a rota de contratações que se mostrem ineficientes, bem como para evitar o desarranjo dos elementos do contrato que levem a sua inexecução¹⁷⁰.

De qualquer sorte, o que os dados disponíveis indicam é que, em muitos casos, a causa de ineficiência do contrato é diretamente relacionada ao poder extroverso, o que desnuda uma conjuntura de desacerto no exercício desse poder pela Administração.

¹⁶⁹ Malgrado seja mesmo questionável a tentativa de realizar um levantamento abrangente da contratação administrativa nacional, dado o volume expressivo de contratos, há uma série de estudos e levantamentos que, mesmo limitados a searas específicas, traduzem a conjuntura desfavorável dos contratos administrativos. O esforço mais contínuo e relevante na divulgação dessa realidade adversa advém do Tribunal de Contas da União, que realiza anualmente, já há algum tempo, um levantamento dos contratos de obras públicas no âmbito da Administração Pública Federal. Os números são constantemente negativos, desvelando um montante bastante representativo de contratos que se quedam inadimplidos, total ou parcialmente, ou, ainda, que enfrentam dificuldades na execução ou o aumento dos custos de contratação. Ao longo do texto, detalhes desses estudos serão detalhadas.

Indo além, é também interessante considerar os dados do *Global Competitiveness Report*, elaborado anualmente pelo Fórum Econômico Mundial e que reúne a percepção de agentes privados sobre as condições competitivas de 141 países. No último relatório disponível (2019), o Brasil ocupa a 71ª posição – por si só, já bastante deletéria. Contudo, quando se analisa o aspecto “Institucional”, um dos fatores considerados para o ranqueamento, o país cai para a 99ª colocação. Dentro desse componente, há itens específicos, mais afeitos à prestação pública e ao relacionamento entre o poder público e o privado. Nestes, a situação do Brasil é ainda mais frágil: no item “eficiência do poder público, o Brasil ocupou apenas a 93ª posição; no de “eficiência do arcabouço legislativo para questionar regulação estatal”, o país é o 115º colocado; já no de “eficiência do arcabouço legislativo para solucionar disputas” o Brasil está na 120ª colocação; no quesito sobre a preocupação do governo com a estabilidade das políticas públicas, o país é um dos últimos colocados, apenas na 130ª posição. Disponível em: <https://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2019/competitiveness-rankings/>. Acesso em: 31/01/2022.

¹⁷⁰ Reconhece-se, por certo, que há situações que extrapolam a ingerência do gestor público e que não podem ser alcançadas pelas prerrogativas que lhe assistem na relação contratação.

É o que se extrai da Auditoria operacional sobre obras paralisadas, realizada pelo TCU sob relatoria do Ministro Vital do Rêgo¹⁷¹. Nesse trabalho – talvez a principal, senão a única referência mais abrangente do resultado das contratações públicas nacionais¹⁷² – a auditoria apontou que do universo de contratos de obras analisados (aqueles que contavam com recursos federais), 37% estavam paralisados, assim considerados como aqueles que não apresentaram avanço ou apenas avanço insignificante nos últimos três meses analisados. Em termos de valores, as contratações paralisadas ou inacabadas alcançam pouco mais de R\$ 144 bilhões.

Dados dessa natureza são capazes de evidenciar que a contratação pública nacional está muito longe de ser um exemplo exitoso, o que diz muito sobre a ineficácia do modelo de exorbitância. Não que se cogite – repise-se – de um superpoder a cargo do agente público, apto a contornar toda e qualquer situação adversa que acomete o contrato. Ainda assim, o montante volumoso de contratos fracassados ilustra que há problemas na gestão pela Administração, o que envolve a inaptidão no manejo das cláusulas exorbitantes, cuja existência se presta, justamente, à mitigação das falhas do contrato.

É relevante, portanto, cogitar de algumas questões que podem ocasionar essa situação adversa.

2.5.1.1. A carência técnica

Em relação às principais causas do insucesso das contratações auditadas o relatório do TCU¹⁷³ chama a atenção para um eventual conflito de interesses entre o gestor que repassa a informação. Afinal, é crível supor que o próprio gestor tenha uma resistência maior em informar que a causa de inexecução foi, justamente, a sua ação ou omissão na condução do contrato.

Tanto pior que, mesmo com eventual distorção dos dados diante da ação protetiva do gestor na prestação das informações, o TCU reafirmou que questões relacionadas à ineficiência da gestão contratual pela Administração são causas representativas do infortúnio da prestação

¹⁷¹ A Auditoria foi realizada no TC 011.196/2018-1, dando origem ao Acórdão 1079/2019 – Plenário. O relatório completo e o resumo desse processo estão disponíveis em <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-obras-paralisadas.htm>>. Acesso em: 31/01/2022.

¹⁷² O relatório dá conta de que foram analisados mais de 38.412 contratos, com investimentos iniciais estimados em R\$ 725 bilhões.

¹⁷³ “268. Uma ressalva importante sobre o registro das causas de paralisação e que deve ser tratado no âmbito do sistema é o eventual conflito de interesse quando da inclusão de informações. Há uma tendência de que o gestor municipal não registre que sua ineficiência foi a causa da paralisação da obra, ou de que o Governo Federal não registre que a causa foi o atraso no repasse dos recursos da União, tendo em conta as consequências negativas que essa informação pode trazer para a gestão. Ocorre que esse é um dos aspectos mais importantes para que se possa garantir a confiabilidade das informações e o efetivo controle social.”

contratada. Com base no Relatório de Auditoria, o voto condutor do Acórdão reconheceu que uma causa determinante:

[...] trata da dificuldade dos entes subnacionais em gerir os recursos recebidos” e pode ser desmembrada em outras: carência de pessoal especializado para elaborar projetos e conduzir contratos; demora na resolução de pendências; e falhas na fiscalização do empreendimento.

De modo que as prerrogativas podem, por muitas vezes, restar alocadas em quem não consiga exercê-las de modo eficaz. Duas fragilidades são apontadas com maior destaque: a falta de capacitação e a falha na fiscalização e na resolução dos problemas encontrados.

Esse é um problema revelado também pela Controladoria-Geral da União (CGU)¹⁷⁴, que, ao analisar obras realizadas com recursos da Caixa Econômica Federal repassados a Estados e Municípios, concluiu que 53% daqueles que estavam paralisadas estavam nessa condição em virtude de dificuldades técnicas por parte dos destinatários desses recursos. É dizer: mais da metade dos recursos da Caixa Econômica Federal se perdia ou, quando menos, estavam ineficientemente alocados exclusivamente pela imperícia da Administração estadual e municipal em contratar os escopos necessários ao emprego desses valores.

A conjuntura levantada pelo TCU e pela CGU¹⁷⁵ lança luzes sobre uma questão relevante envolvendo as prerrogativas: não por raro, elas não servem ao seu propósito, simplesmente, porque quem detém a capacidade de promovê-las não é habilitado ou simplesmente não as aplica de modo célere e eficaz. Nessas situações, pode-se impedir o resultado da contratação, justamente, quando a alteração unilateral ou uma fiscalização mais orientada com o objetivo do contrato não se fizeram presentes, isto é, prerrogativas que poderiam servir ao sucesso do contrato não são manejadas, ou o são de modo indevido, simplesmente porque quem possui o privilégio de utilizá-las não é suficientemente habilitado para essa tarefa.

¹⁷⁴ Relatório de Avaliação – Levantamento de obras paralisadas – Dezembro/2019. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi5nqeYgpD2AhXwIrkGHZW7AtkQFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Faud.cgu.gov.br%2Frelatorios%2Fdownload%2F900153&usq=AOvVaw3w3Zzk2vRf9hsW4kHM4zg0>>. Acesso em 21.02.2022.

¹⁷⁵ Outro repositório relevante de informações sobre obras paralisadas é o Pannel de Obras Atrasadas ou Paralisadas, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP). Nele, constam que, apenas no Estado de São Paulo, até o dia 13.10.2021, existiam 1075 obras atrasadas ou paralisadas, cuja soma do valor inicial do contrato alcança mais de R\$ 24 bilhões. O pannel traz diversos motivos para o insucesso, mas nenhum diretamente relacionado à dificuldade de gestão. Ainda assim, há uma rubrica não definida que alcança 375 contratos, com valor total superior a R\$ 6 bilhões. É razoável supor que uma parte dessas contratações tenha sido frustrada por questões relacionadas a falhas de gestão, tanto o mais porque das razões usualmente apontadas para essa frustração já são destacadas em apartado. É interessante notar, ademais, que apenas com contingenciamento de recurso próprios do Estado, tem-se o valor total de mais de R\$ 8 bilhões ineficientemente alocado em obras atrasadas ou paralisadas. Disponível em: <https://paineldeobras.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3AObra%3Apanel_obras.wcdf/generatedContent?userid=anony&password=zero>. Acesso em 21.02.2022.

Mesmo em circunstâncias de relativa cognição dos elementos técnicos que devem subsidiar a sua decisão, o agente público poderá, simplesmente, não deter toda a informação relevante para a correta escolha¹⁷⁶. A carência das informações necessárias é particularmente presente no contrato administrativo, especialmente aqueles de natureza mais complexa¹⁷⁷, sendo certo que à Administração não é factível conhecer, de antemão, todas as circunstâncias pertinentes da execução contratual e, muito menos, elementos do negócio que apenas o próprio particular poderá deter¹⁷⁸. A gestão da contratação será, pois, sempre refém de algum tipo de deficiência por parte do agente público, seja por faltar-lhe o saber técnico específico, seja porque jamais poderá suplantar a assimetria informacional que lhe acomete¹⁷⁹.

Nem é o caso de se cobrar do agente público um tal conhecimento apto a albergar a multiplicidade de escopos e atividades sujeitas à contratação administrativa. É recorrente – e aqui já foi apontada – a afirmação de que o papel do Estado moderno sofreu um processo de agigantamento e de especialização. A atividade estatal acompanha a própria evolução social e, com isso, viu-se obrigada a atender um plexo maior de interesses que, muitas vezes, reclamam uma prestação muito mais sofisticada do que aquilo que sempre foi o mister essencial da Administração.

Novos escopos e mesmo novos arranjos contratuais desafiam o agente público na sua atividade de gerir a contratação pública¹⁸⁰. Apenas em termos institucionais, a Administração brasileira passou a conviver nas últimas duas décadas, com novos modelos

¹⁷⁶ BESLEY, Timothy. **Principled agentes?** The political economy of good government. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2006, p. 59-60).

¹⁷⁷ HOOD, Christopher. **The art of the state:** culture, rhetoric, and public management. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 1998, p. 38.

¹⁷⁸ “Em resumo, a assimetria de informações tem lugar, primeiramente, na medida em que as partes costumam ter mais informações a propósito dos próprios negócios (no que toca ao volume demanda, custos fixos e variáveis, informações que podem colaborar para a elaboração de um fluxo da caixa para firma). Razão pela qual o Regulador não consegue prever, com segurança, como a contraparte se portará durante a celebração e a execução dos negócios jurídicos. É dizer, ainda que a contraparte revele determinadas informações (no âmbito do procedimento de barganha, por exemplo), isso não importa que todas essas informações serão absorvidas e compreendidas. Ademais disso, essa assimetria de informações poderá importar na prática de condutas oportunistas pelo detentor das informações, valendo-se delas para extrair renda de tal vantagem (*informational rent*). Todo esse racional resulta na constatação econômica de que os contratos – especialmente os de longo prazo – são incompletos. Assim, no âmbito de uma relação contratual, tal incompletude se materializa pela assimetria de informações entre as partes, *ex ante*, e na impossibilidade (e na onerosidade) em se prever todas as suas contingências, *ex post*.” (FREITAS, Rafael Vêras de. Incompletude em contratos de concessão: ainda a Teoria da Imprevisão? **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 151-188, mar./ago. 2020.).

¹⁷⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O regime de controle e fiscalização das Parcerias Público-Privadas: o papel do projeto executivo. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 81-107, abr. / jun. 2013.

¹⁸⁰ KETTL, Donald F. Government, contract management and public management. In: OSBORNE, Stephen P. (ed.). **The new public governance?** Emerging perspectives on the theory and practice of public governance. Abingdon, Reino Unido: Routledge, 2010, p. 239-254.

de contrato (parcerias público-privados, contratos de programa, contratos de gestão com organizações sociais), múltiplos regimes de contratação (vide o Regime Diferenciado de Contratações – RDC – em vias de ser terminantemente substituído pelo novo regime geral prescrito pela Lei nº 14.133/2021). Além de adaptar a ação estatal a um mundo cada vez mais tecnológico¹⁸¹, com o desenvolvimento frequente e frenético de novas soluções. Temas como *big data*, *blockchain*, *cloud computing* são incorporados às práticas estatais¹⁸², juntamente com desafios institucionais relevantes, como é o caso da proteção de dados e da segurança da informação. Mesmo fora da tecnologia da informação, novas práticas são trazidas à realidade do agente público, como, por exemplo, a previsão expressa de adoção do *Building Information Modelling (BIM)* nas licitações de obras e serviços de engenharia, conforme predica o art. 19, § 3º da Lei nº 14.133/2021.

A regência do contrato administrativo é, pois, complexa e tecnicamente específica, o que coloca em dúvida a própria capacidade do agente público responsável por pastorear o contrato. Essa dúvida, por certo, diz muito pouco com uma ação deliberada do agente, mas é inegável que o acomete especialmente num ambiente tão permeado por variáveis e riscos altamente demandantes de uma especialização e conhecimento inalcançáveis pela totalidade dos administradores¹⁸³. Não há nada que faça acreditar que o agente público, apenas pela sua condição, seja alguém com a habilidade cognitiva extraordinária, capaz de lidar com a multiplicidade de problemas que lhes são postos, especialmente em virtude dos contratos celebrados pela Administração¹⁸⁴.

Exatamente por isso, é difícil crer que todos os agentes encarregados da gestão do contrato terão a capacidade de fazer as escolhas certas em todos os casos, ou mesmo se terão disposição e condições para se qualificar para essa função¹⁸⁵. Disso decorre um primeiro

¹⁸¹ Richard A. Posner chama a atenção como a complexidade tecnológica sempre foi uma questão que aumenta a complexidade dos julgamentos, mas que a tecnologia dos dias de hoje é muito mais abrangente e de técnicas não usuais (**Reflections on judging**. Cambridge, EUA: Harvard University Press, 2013, p. 71-72).

¹⁸² Sérgio Guerra cuida dos desafios tecnológicos na regulação setorial, especialmente no setor de telecomunicações e de mídia eletrônica, que majoram a necessidade de especialização dos agentes públicos incumbidos dessa regulação (**Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum 2021, p. 164-166).

¹⁸³ DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021, p. 51

¹⁸⁴ SUNSTEIN, Cass R. **Why Nudge? The politics of Libertarian Paternalism**. New Haven, EUA: Yale University Press, 2012, p. 99.

¹⁸⁵ Kettl retoma as dificuldades do “capital humano” nas contratações ao destacar que nenhuma gestão pública será suficientemente válida sem o treinamento necessário dos agentes incumbidos da administração contratual, o que é agravado por circunstâncias relacionadas à inadequação da alocação dos responsáveis para essa função. Conforme salienta, a administração contratual é uma atividade menos atraente nas funções de governo e, muitas vezes, acabam sendo designados agentes que não são necessariamente preparados para essa função e, muito menos, que queiram efetivamente desempenhá-la. Adentra-se, então, um ciclo vicioso, no qual agentes

inconveniente do poder extroverso, que, quando manejado por quem não tenha necessariamente a aptidão necessária, pode escapar aos objetivos que o justificam.

Enfim, cogitar de agentes públicos puramente técnicos e sem nenhum viés político ou ideológico é uma afirmação que parece não se sustentar. Parte da Administração Pública, quaisquer agentes de Estado terão, na melhor das hipóteses a influência governamental, que traz consigo elementos políticos não necessariamente técnico. Após expor que a divisão “política” e “Administração”, cerne de estudos sobre a burocracia estatal, foi superada pela realidade e por estudos de viés sociológico e psicológico, Moe expõe que um fator preponderante é que a ação da Administração é, sobretudo, uma ação voltada ao cumprimento de pautas políticas, inclusive as políticas públicas definidas pelo governante ou aquelas advindas de normas oriundas do Legislativo¹⁸⁶.

Da certeza sobre a necessidade de decisões tecnicamente embasadas, não se pode olvidar, no entanto, que a decisão puramente neutra é quase uma utopia. A preocupação, então, não é apenas quanto ao mérito do agir administrativo, mas sobre como será sopesada a independência técnica do agente administrativo e a influência política. De qualquer sorte, defender o exercício absolutista da exorbitância com base num critério técnico não suplanta a realidade da burocracia pública e a certeza de que o agente público não é infalível¹⁸⁷.

2.5.1.2. A avidez na proteção do “interesse público” e na otimização dos ganhos diretos

Ao problema do déficit técnico somam-se questões relativas à motivação equivocada do agente público, guarnecido pelo objetivo de auferir o máximo de benefícios da contratação, o que não necessariamente reflete a escolha mais eficiente. Não se trata, aqui, de benefícios indevidos, mas mesmo quando se cogita de ganhos legítimos, esses nem sempre refletem a eficácia da contratação. A predisposição altruística do agente público, mesmo quando voltada à pauta lúdica da Administração, pode extrapolar os liames da eficiência e, sob essa perspectiva, mostrar-se inadequada¹⁸⁸.

desmotivados acabam perenizando a adversidade técnica na gestão dos contratos (Government, contract management and public management, Op.cit.).

¹⁸⁶ MOE, Terry M. Delegation, control, and the study of public bureaucracy. In: GIBBONS, Robert; ROBERTS, John (Ed.). **The handbook of organization economics**. Princeton, EUA: Princeton University Press, 2012, p. 1148-1182.

¹⁸⁷ WILLIAMSON, Oliver E. Public and Private Bureaucracies: A Transaction Cost Economics Perspective, **Journal of Law, Economics & Organization**, Abr. 1999, v. 15, n. 1, p. 306-342. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3554953>>. Acesso em 26 mar. 2022.

¹⁸⁸ “Mas, enquanto há evidência de que a motivação da prestação pública é mais forte no servidor público do que num empregado do setor privado, e, também, de que essa motivação pode ser associada ao desempenho individual, há pouco trabalho empírico que encontre a relação entre a motivação do setor público e uma performance organizacional, menos ainda de uma associação com uma eficiência organizacional. De fato, há algumas razões para acreditar que é mais provável que ocorra o contrário [...] burocratas podem buscar aumentar o ônus porque ‘acreditam, sinceramente, nos benefícios dos programas a ele associados’. Uma forte

É o caso, pois, de uma consciência deturpada do mister da Administração Pública, por meio da qual os agentes públicos se lançam numa exagerada proteção daquilo que se entende como interesse público. Munidos desse sentimento protetor, acabam sobrepujando os interesses do contratado, numa espécie de jogo em que há necessariamente um vencedor que, para lograr essa conquista, deverá derrotar o seu adversário. É comum o discurso que relega ao particular contratado o traço de um inimigo do “interesse público” (algo a que se voltará mais adiante), como tal, alguém que deverá ter sua vontade e seu próprio interesse estorvados pela Administração.

O componente antagonico da relação entabulada entre a Administração e os seus contratados extrapola, assim, a justa oposição de interesses – muitas vezes, mais convergentes do que o senso comum usualmente chega a cogitar – para se tornar uma contenda. E, como em qualquer outra altercação, cada parte envolvida irá se armar e atacar a outra. O sentimento – temor, até – de que o contratado irá ofender o interesse do qual é guardião acaba impelindo a Administração a uma conduta demasiadamente beligerante. Nibley atenta a esse fato ao comentar o quanto agentes públicos “operam sob a ilusão de que eles agem em prol dos ‘melhores interesses’ do governo quando puxam a corda, o que faz com que tentem obter o melhor resultado possível sem considerar as circunstâncias envolvidas até aquele momento”. E, conclui dizendo que, no mais das vezes, mesmo quando essa atuação conduz a uma expectativa indesejada, acaba sendo elogiada, vista como uma boa tentativa que acabou sendo frustrada¹⁸⁹.

A despeito dessa aceitação generalizada, não escapa à análise da eficiência contratual as considerações acerca dos efeitos deletérios a longo prazo, ocasionados pela prevalência de uma conduta adversarial da Administração, orientada pela máxima obtenção de ganhos às custas dos prejuízos ocasionados ao contratado. Essa preocupação, inclusive, é o que fundamenta a proteção conferida ao equilíbrio econômico-financeiro – acima já exposta – forte no entendimento de que os “melhores interesses” do Governo não correspondem, necessariamente, ao atendimento dos interesses relevantes à contratação.

motivação de caráter público, combinada com restrições orçamentárias, pode levar os agentes públicos a aprimorar a prestação dos serviços para além do que seria necessário aos cidadãos, ou, talvez, a uma superoferta com base naquilo que acreditam ser melhor para a sociedade. Portanto, uma teoria de motivação altruística do serviço público não é o mesmo de uma teoria da eficiência na prestação pública; ao contrário [...] pode ser o contrário.” (ANDREWS, Rhys; ENTWISTLE, Tom. **Public service efficiency: reframing the debate**. Abingdon, Reino Unido: Routledge, 2014, p. 21, tradução nossa).

¹⁸⁹ Unraveling the mixed messages that government procurement personnel receive: message 1: act absolutely in the government’s “best interests”; message 2: act “ethically”. **Public Contract Law Journal**, vol. 36, n. 1, outono 2006, p. 23-37. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25755392>>. Acesso em: 01.03.2022.

A proteção aos interesses do contrato, mesmo em contraponto com interesses relevantes para o Estado, é reconhecida pela jurisprudência constitucional, especialmente quando em contraponto com interesses consumeristas – igualmente tutelados pelo Estado – na discussão tradicional sobre tarifas de assinatura básica nos serviços de saneamento e telefonia¹⁹⁰. Assim, também, a jurisprudência estadunidense, em julgado paradigmático sobre o tema (*United States v. Winstar Corp.*), tendo entendido que o Governo deveria ser responsabilizado por quebra contratual, mesmo quando exista norma superveniente que impeça a o tratamento regulatório originalmente avençado no contrato. Sobre o impacto de medidas gravosas ao contrato podem ocasionar, disse a Suprema Corte:

Aplicar a “*unmistakability*” em todas as relações contratuais como algo inerente aos atos de autoridade, no entanto, resultaria num resultado indesejável, comprometendo a capacidade de o Governo celebrar contratos. De um ponto de vista prático, isso promoveria uma ação disruptiva do poder da Administração, ao expandir as oportunidades de o governo ab-rogar os contratos, o que certamente minaria a credibilidade do Governo nas negociações com os contratados e aumentaria os custos das suas relações. Como o *Justice Brandeis* reconheceu: “o adimplemento metucioso das obrigações contratuais é essencial à manutenção da credibilidade do Estado”.¹⁹¹

Conquanto possa aparentar ser a opção válida no bojo de um dado contrato, sobretudo quando tomado apenas sob um viés de ganhos à Administração, a decisão voluntarista que infrinja um ônus ao particular apenas pelo que pode se entender benéfico à Administração acabar se revelando equivocada. A exorbitância, nessa hipótese, pode mesmo ser desempenhada de boa-fé, mas, ainda assim, mostrar-se impertinente e descompassada com a eficiência que se espera da contratação.

A prejudicialidade, ademais, espraia-se para a confiança que deve guardar a relação entre Administração e particular. Excessos praticados num determinado contrato protraem-se para além deste e podem prejudicar o sucesso de contratações futuras. Não obstante, a aversão à perda acaba operando numa visão mais imediatista, pela qual o agente público sobreleva os

¹⁹⁰ Dentre todos os precedentes, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4477/BA, do qual se extrai o seguinte excerto do voto de relatoria da Ministra Rosa Weber: “Por mais necessária e importante que seja a proteção do consumidor, sua implementação, no âmbito da prestação de serviços públicos, não se pode dar de forma não integrada, desvinculada do sistema como um todo, sob pena de mesmo medidas bem-intencionadas, por desconsiderarem o funcionamento do sistema no nível mais amplo, se revelarem não apenas ineficazes, mas verdadeiramente contraproducentes na consecução dos fins a que se propõem.” (ADI 4477/BA, julgamento 18 maio 2017, publicado 31 maio 2017).

¹⁹¹ *United States v. Winstar Corp.*, 518 U.S. 839, 883-85. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/839/case.pdf>>. Acesso 1 março 2022, tradução nossa. Para uma análise mais detalhada do caso *Winstar*, v. SCHWARTZ, Joshua I. *Assembling Winstar: triumph of the ideal of congruence in Government Contracts Law*, **Public Contract Law Journal**, 26, n. 4, Verão 1997, p. 481-566.

ganhos em relação às perdas imediatas, distorcendo a avaliação mais detida do que realmente conduziria à decisão mais eficiente¹⁹².

Ressalva-se que esse tipo de comportamento não é exclusivo do agente público. De modo geral, o que a racionalidade econômica demonstra é que o comportamento da parte contratante será por aumentar a utilidade do contrato para si própria¹⁹³. Essa escolha racional indica, portanto, o intuito das partes em aumentar os seus ganhos econômicos a partir da relação contratual.

A questão não é propriamente refutar os benefícios em se aumentar os ganhos diretos com a contratação. Ocorre que em termos das avenças celebradas pela Administração, há outras variáveis relevantes que precisam ser consideradas pelo gestor público (qualidade do objeto, isonomia na escolha do contratado, assegurar o resultado ótimo da contratação) e que poderão ser evitadas se a motivação do gestor for calcada exclusivamente numa aferição dos ganhos financeiros.

Ao assumir como “justa” a interpretação de que o ganho econômico da Administração é o resultado esperado da contratação, o agente público acaba desempenhando sua função orientado por uma distorção que o afasta de quaisquer outras razões, especialmente quando encerram qualquer benefício – direto ou indireto – ao particular. O interesse da contratação é subvertido, então, num interesse egoístico da Administração, ou mesmo do próprio agente público, que passa a enxergar qualquer outro interesse ou motivação como algo indevido. Por conseguinte, omite-se em adotar qualquer conduta que, de alguma maneira, contemple outro interesse diverso¹⁹⁴.

Com isso, há o risco de as prerrogativas se afastarem da eficiência e se tornarem mero aparato para que a Administração gaste menos com o contrato. É o caso, por exemplo, de uma alteração de projeto negada pelo agente público apenas em virtude do acréscimo dos custos, malgrado os benefícios que essa modificação venha a provocar; ou, ainda, negar a

¹⁹² Sunstein expõe que a aversão às perdas é um “dos mais importantes e robustos elementos da ciência comportamental”, e conclui que o “ser humano fará o que tiver ao alcance para evitar a piora do *status quo*” (SUNSTEIN, Cass R. **Choosing not to choose: Understanding the value of choice**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. 44).

¹⁹³ KOROBKIN, Russell. Behavioral economics, contract formation, and Contract Law. In: SUNSTEIN, Cass R. (ed.). **Behavioral Law & Economics**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2000 p.116-143.

¹⁹⁴ “[...]negociadores são fortemente aversos em acordar qualquer coisa abaixo daquilo que consideram como justo, por menor que seja. Se aqueles que estão em disputa se dispõem a realizar prejuízos apenas para evitar um acordo considerado injusto e se a noção de justo é influenciada para beneficiar a eles próprios, então, os negociadores que estão apenas ‘querendo o que é justo’, podem não ser capazes de resolver a sua disputa.” (BABCOCK, Linda; Loewenstein, George. Explaining bargaining impasse: the role of self-serving biases. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral Law & Economics**, Op. cit., p. 355-373, tradução nossa).

recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio de subterfúgios distantes dos quadrantes racionais para se manter a equação contratual.

2.5.1.3. O medo e a autoproteção

A infalibilidade da exorbitância também é posta à prova diante de um comportamento protetivo do agente público. Sabe-se que a ação administrativa é escrutinada por múltiplas instâncias de controle, responsáveis por aferir o mérito do ato praticado pelos agentes público. Mais que isso, o controle ainda é competente para aplicação de sanções sempre que se entenda haver ilícito, ou, no limite, quando a própria validade seja proscrita pelo entendimento do órgão ou entidade responsável.

A retração ou pouca criatividade pode impactar o resultado contratual, seja quando a adoção de uma medida necessária (aditivo, acordo, rescisão) se vê obstada apenas porque o agente público com a competência para tanto, preferiu se abster para diminuir o seu próprio risco¹⁹⁵. Prejuízo semelhante decorre de escolhas que, mesmo sendo um ato ativo da autoridade administrativa, não contemplam a solução mais racional e eficiente, mas aquela mais conservadora. Da mesma forma, essa ação se justifica muito mais pela autoproteção do agente do que pelos objetivos do contrato.

O emprego das prerrogativas pode ser prejudicado por esse ambiente institucional infausto da contratação administrativa – e da Administração, em geral. O excesso de controle (muitas vezes demasiadamente irracional), o histórico de contratações infrutíferas, o comportamento inapropriado de contratados, o pouco incentivo à criatividade e a restrição à discricionariedade, todas essas, são elementos que acabam por influenciar a ação (ou omissão) do agente público.

Há, então, uma nítida conjuntura fatalista, em que sobressai um determinismo de que as condições contratuais tendem a levar mesmo ao insucesso do contrato, ou, quando menos, a problemas na sua execução. O discernimento do agente público pode se orientar, portanto, numa certeza prévia de que as consequências dessa realidade são inevitáveis e, daí, atua de modo desidioso por enxergar inócuo um esforço maior. Em outras palavras, o agir administrativo pode, então, quedar-se limitado apenas à espera do término do contrato, manejando-se apenas aquilo que diminua o impacto para ele próprio, de modo quase automático e sem muito empenho em contemplar as variáveis envolvidas na contratação. É,

¹⁹⁵ HOOD, Christopher. **The blame game**: spin, bureaucracy, and self-preservation in government. Princeton, EUA: Princeton University Press, 2011, p. 124.

pois, nas palavras de Gustavo Binenbojm e André Cyrino, um “administrador médio”, “seguro e confortável”¹⁹⁶.

Nesse sentido, a primeira reação do agente público é, na realidade, uma inação, pois a ele pode ser mais cômodo se abster de qualquer atitude que possa impedir o resultado indesejado. Basta, para tanto, ter a percepção de que a frustração é infalível e, mais, que há meios hábeis de transferir qualquer responsabilidade ao particular.

Um exemplo ilustra bem essa circunstância: a já mencionada auditoria do TCU revelou os lapsos do projeto básico¹⁹⁷ que desaguam em obstáculos na futura execução da obra. Não por acaso, a pesquisa revela que 47% das obras paralisadas decorrem de questões técnicas, apuradas, sobretudo, nos equívocos de projeto¹⁹⁸.

Diante desses números, a primeira reação deveria ser aprimorar a contratação dos projetos, sendo certo que a divisão usualmente adotada em virtude da vedação constante da Lei nº 8.666/1993 acaba separando o projetista do executor. Não por acaso, uma tentativa para mitigar esse risco foi a criação da contratação integrada, predicada pelo Regime Diferenciado das Contratações (RDC), que pugna a reunião entre o projeto e a execução num só contrato. O pressuposto da contratação integrada era, pois, “concentrar a responsabilidade em apenas uma empresa”¹⁹⁹, proscrevendo a incerteza sobre em quem incorre eventuais

¹⁹⁶ O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 203-224.

¹⁹⁷ Diz o voto de relatoria: “A primeira das causas é velha conhecida desta Corte Contas. De acordo com o processo consolidador do Fiscobras 2018, de relatoria do Exmo. Ministro Bruno Dantas, em um universo de 1.688 fiscalizações realizadas durante o período de dez anos, foram constatados 1.158 achados com o título de “Projeto básico deficiente, inexistente ou desatualizado”. Trata-se da segunda constatação mais frequente nas auditorias de obra do TCU.”

¹⁹⁸ O Relatório de Auditoria, referido no Acórdão 1079/2016, do TCU, assevera: “146. No entanto, esse agregador pode se referir a várias deficiências técnicas. Para se aprofundar quais seriam os motivos técnicos que causaram paralisações das obras, foram realizadas visitas in loco aos empreendimentos juntamente com questionários e entrevistas aos gestores. 147. Nas visitas às obras, constatou-se que o problema de grande parte dos empreendimentos começa antes mesmo de a obra iniciar e muitas vezes acarreta deficiências no projeto básico.”

¹⁹⁹ NÓBREGA, Marcos. **Direito e economia da infraestrutura**, Op. cit., p. 100. O autor complementa essa função específica da contratação integrada: “É muito comum em contratos públicos o chamado ‘jogo de empurra’, que ocorre quando uma empresa tenta restringir a sua responsabilidade por uma falha, culpando o Governo ou outra empresa. Quando o Governo elabora o projeto, a empresa executora pode alegar que o seu inadequado desenho acabou por prejudicar a correta execução da obra. Quando esse conflito de responsabilidade ocorre, não raro o projeto é objeto de demandas judiciais, quer seja por parte da empresa executora, que requer o Reequilíbrio Econômico-Financeiro sob o argumento da impropriedade do projeto básico para atender aos padrões de eficiência e qualidade exigidos pela Administração; quer seja pelo próprio Governo, que alega a má execução do serviço” (Idem, p. 101). Marçal Justen Filho destaca como a transferência de riscos acaba por trazer economias para a Administração: “deve-se evidenciar que a complexidade da situação e a incerteza sobre o atingimento do resultado desejado mediante as soluções de empreitada tradicional geram riscos de insucesso relevante, além de acarretarem custos econômicos elevados. Deve-se evidenciar-se que a assunção por um particular do encargo de conceber o empreendimento, com todos os riscos inerentes, propiciará uma solução economicamente mais vantajosa do que aquela que seria obtida mediante uma modalidade distinta de empreitada.” (**Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 188-189).

falhas de projeto: no projetista (e, por conseguinte, na Administração que o contratou, analisou e aprovou o projeto) ou no executor. Essa indefinição aumenta não apenas o risco de vícios no projeto, porquanto o projetista pode se valer da assimetria de informações com a Administração para não elaborar o projeto da forma mais adequada, mas, também, o saneamento da situação desvantajosa advinda do erro de projeto. Nesse caso, por ter assumido o encargo de elaboração do projeto, o executor não poderá se esquivar da responsabilidade advinda de equívocos nessa tarefa.

A contratação integrada é, pois, um regime orientado pelo resultado²⁰⁰, a partir de uma alocação racional de riscos, sobretudo um dos mais relevantes (ao menos, nas obras e serviços de engenharia), que envolve as falhas de projeto. Não se nega, no entanto, algumas dificuldades trazidas por essa modalidade de contratação, marcadamente na indefinição prévia de alguns elementos do contrato com alguma indeterminação do projeto²⁰¹. Ainda assim, essas dificuldades não são suficientes para justificar a resistência maciça à contratação integrada²⁰², especialmente no âmbito do TCU, que adotou uma postura bastante restritiva à utilização dessa modalidade²⁰³.

Donde se tem um cenário pelo qual um instrumento sabidamente instituído por lei para sanear problema crônico da contratação não encontra amparo institucional suficiente. Diante disso, ao agente público resta a escolha entre privilegiar esse mecanismo em virtude do potencial benefício que irá trazer à contratação, ou, ao contrário, escanteá-lo pelas complicações que essa utilização poderá resultar. No primeiro caso, a despeito do eventual benefício trazido ao contrato, o agente terá que empreender maior esforço na justificativa e

²⁰⁰ “[...] o regime de contratação integrada pressuporá sempre a contratação de resultados (com a entrega de um empreendimento em plena condição de funcionamento). A Administração não pretende, com a contratação integrada, adquirir a mera execução das prestações incumbidas ao contratado, segundo a lógica de que o exato cumprimento dos encargos (cumprimento dos meios) o exonera da responsabilidade pelo funcionamento eficiente do empreendimento (obtenção dos resultados). Diversamente [...] este regime pressupõe o alcance de resultados. Isto significa que as ineficiências do projeto serão suportadas pelo próprio contratado, que assume a responsabilidade pelo funcionamento do empreendimento. Por isso, é de todo relevante para o contratado, sob este regime, perseguir a ótima concepção do projeto.” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 250). Para um estudo mais amplo sobre os objetivos da contratação integrada e, de modo mais amplo, do RDC, vide o trabalho de André Rosilho (O Regime Diferenciado de Contratações/RDC e seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 143-174).

²⁰¹ Algumas das contestações à contratação integrada são apresentadas por Marcos Nóbrega (**Direito e economia da infraestrutura**, Op. cit., p. 103-111).

²⁰² MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**, Op. cit., p. 257-258.

²⁰³ Para um resumo do tratamento do tema no Tribunal, oportuna a leitura do Acórdão nº 306/2017 – Plenário –, que traz auditoria sobre os resultados apresentados nos contratos que adotaram a modalidade integrada. Há, por certo, precedentes que revelam insucesso na adoção da modalidade, mas o que parece ter ocorrido, a partir da avaliação do relatório de auditoria, é muito mais a opção equivocada da contratação integrada, apartada daquelas situações previstas no RDC, ou, ainda, de falhas na parametrização do edital.

na gestão do contrato. No segundo, ao ignorar a potencial solução que preza pela eficiência, poderá apenas seguir naquilo que já é usualmente aceito, pois mesmo a ineficiência contratual poderá ser imputada ao contratado, ou, quando muito, terá sua alocação discutida entre este e o contratado original, responsável pelo projeto. Se há, pois, um sentimento de insucesso em qualquer aspecto, é preferível ao agente público optar por aquele que lhe traz menores implicações, ao permitir que a responsabilização seja transferida mais facilmente para um terceiro.

Ao final, tudo se resume à escolha entre um crédito em potencial (eficiência do contrato) e um risco de ser culpado por algo entendido inválido (a adoção de uma medida posteriormente questionada e invalidada). E, aqui, não apenas em relação ao tema da contratação integrada. A situação salomônica acompanha o agente público constantemente na gestão do contrato, sempre que este se depara com a necessidade de avaliar as consequências de qualquer ação ou omissão nessa tarefa.

De modo natural, é esperado que a escolha do agente seja por evitar a culpa (*blame avoidance*), fenômeno amplamente estudado por Christopher Hood, que, inclusive, destaca como a ação governamental tende a caminhar num ambiente de negatividade, que acaba por reforçar o peso conferido às potenciais perdas em detrimento aos ganhos eventuais²⁰⁴. Algo que Rodrigo Valgas dos Santos denominou como “Direito Administrativo do medo”, definido como:

[...] a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público.²⁰⁵

Os desazos do agente público na gestão do contrato surgem, então, pela presunção de que o seu agir é naturalmente fadado ao risco de responsabilização. A percepção do aumento de

²⁰⁴ “Mas e se for necessário sopesar o crédito pela escolha correta com o risco de culpa? Afinal, isso ocorre a todo o tempo na política, na burocracia e, na verdade, em quase todas as áreas da nossa vida. Um novo cenário exitoso pode trazer o crédito para que os promoveu, mas se não der certo, esses provavelmente irão enfrentar a culpa ao invés disso. Então, quando políticos e burocratas se veem diante da escolha de caminhos de ação envolvendo tanto a chance de crédito e o risco de culpa, sua atitude em relação ao risco ganha destaque. É certo que as preferências em relação ao risco podem variar, com algumas pessoas mais preparadas que outras para encarar o risco de culpa com o objetivo de receber o crédito. Os psicólogos muitas vezes notaram que as preferências de risco em conjunto tendem a ser assimétricas na tomada de decisão humana. Isso quer dizer que perdas potenciais são comumente consideradas mais fortemente do que os ganhos equivalentes e que aqueles que perdem são mais tendentes a destacar e agir com base nas suas perdas reais do que aqueles que ganham o fazem em relação aos seus ganhos equivalentes. Esse é um fenômeno que recebe diversos nomes, dos quais um é denominado viés negativista. Esse viés demonstra uma tendência cognitiva pela qual maior atenção é dada às informações negativas do que às positivas e por meio do qual perdas são mais valoradas do que ganhos de mesma ordem.” (*The blame game*, Op. cit., p. 9, tradução nossa).

²⁰⁵ *Direito Administrativo do medo*, Op. cit., p. 333.

punições aplicadas a agentes públicos na condução dos contratos é, pois, uma “heurística disponível”²⁰⁶, que introjeta nos gestores contratuais a noção do risco que a sua atividade provoca para eles próprios. Muitas vezes, essa compreensão encerra mesmo uma experiência pessoal, caso o agente já tenha enfrentado um processo de investigação ou responsabilização. Em dado momento, essa heurística termina influenciando a estimativa que o agente faz do risco de responsabilização, por meio da supervalorização de determinados riscos e subvalorização de outros, ainda que essa estimativa possa mesmo não ser verdadeira.

Maior ainda será a percepção do risco num sistema de controle com viés nitidamente repressor e que se materializa a partir de excessos na aplicação das sanções aos agentes públicos. As deficiências e disformidades do controle voltarão com mais vagar no Capítulo 4 deste trabalho, mas a certeza sobre a sua existência é fundamental para compreender as razões do agente público que, premido pelo receio, acaba desvirtuado do seu papel na gestão contratual.

Há, pois, razões múltiplas para que o agente público atue de modo receoso, ocupado da provável responsabilidade futura, afinal, a “alta probabilidade de ser responsabilizado pelo exercício de função pública, num sistema de controle disfuncionalizado, leva ao medo de responsabilização do agente público”²⁰⁷.

O risco do agente público é ainda maior num cenário em que o controle opera *a posteriori*, muitas vezes com informações e fatos que não eram nem sequer disponíveis à época da tomada de decisão. A assimetria informacional prejudicial à ação do agente público pode ser mitigada quando o ato é, finalmente, levado à apreciação do controle, que pode se ater a uma perspectiva própria, distinta daquela do agente, mas, nem por isso, despida do entendimento particular que o agente de controle dispensa ao mesmo fato²⁰⁸.

Constrangido pelo temor da repressão futura, o agente público tende a se proteger desse risco²⁰⁹, comportamento natural nessas situações, mas que ocasiona problemas relevantes no cotejo com a exorbitância contratual (e, de resto, na própria ação administrativa). E, em termos comportamentais, mesmo que o temor não se materialize, a percepção do perigo envolvido é bastante para orientar a ação (ou omissão) do agente²¹⁰. Mesmo que fosse

²⁰⁶ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: improving decisions about health, wealth, and happiness. Londres: Penguin Books, 2009, p. 27.

²⁰⁷ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo**. Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020, p. 332.

²⁰⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**, Op. cit., p. 57

²⁰⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**, Op. cit., p. 28.

²¹⁰ O que é especialmente importante diante do senso comum de que há, realmente, um excesso de controle, a ponto de se cunhar a expressão “apagão das canetas” para referenciar a letargia do agente público, que se omite

demonstrada a impropriedade da afirmação de que o controle exercido sobre o agente público é excessivo, o senso comum é bastante para criar nele uma aversão maior ao risco, de modo a potencializar a avaliação negativa dos riscos e diminuir a avaliação de eventuais benefícios da sua própria ação. Compreender esse tipo de motivação é essencial para entender as razões pelas quais é possível que o agente público desconsidere os aspectos positivos de adotar um determinado comportamento no contrato, subjugando-os a uma demasiada avaliação dos perigos que este comportamento pode trazer para si próprio²¹¹.

Esse contexto de temor estimula a autoproteção do agente público, que acaba sendo promovida mediante uma de duas condutas: a inércia pura e simples, ou, então, a predileção por soluções padrão, distante de qualquer ação que possa aumentar a possibilidade de questionamento. Ambas traduzem prejuízos inegáveis à eficiência do contrato.

A primeira reação natural daquele que se sente atemorizado é, justamente, não aumentar a exposição ao risco, o que, no caso específico da punição do agente público, traduz-se na sua própria inércia. Em outros termos, o agente público evita adotar qualquer ação que aumente a possibilidade de sua punição²¹², inércia descrita por Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:

A lógica da autodefesa é a seguinte: se a inércia, quando muito, pode lhe importar uma sanção funcional, enquanto a ação pode lhe importar na sua responsabilização patrimonial, o melhor é nada fazer. O problema é que a legítima defesa do gestor público leva, no final do processo, à inação do Estado, com violação reflexa aos demais fundamentos²¹³

Ocorre que a omissão do agente público tende à incompatibilidade com uma necessidade de prestações ativas do Estado. A função estatal é, por natureza, orientada por uma ação

diante do risco de responsabilização futura. Conquanto seja fortemente combatida pelos próprios órgãos de controle, a percepção de que há um ambiente de maior risco ao agente público é generalizada e, segundo alguns estudos apontam, é efetivamente real (nesse sentido, estudo produzido pela iniciativa Infra 2038 e pelo Torreão Braz Advogados, que aponta o crescimento significativo de condenações pelo TCU. Disponível em <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/04/02/tcu-aumenta-rigor-de-sancoes-aplicadas-a-gestores-diz-estudo.ghtml>>. Acesso em: 2 março 2022.

²¹¹ Ao tentar responder à indagação do que motiva esse comportamento, Cass R. Sunstein informa que: “Potenciais respostas vêm de estudos que indicam que atividades que apresentam menores riscos, mas que, ainda assim, atraem maior preocupação popular, responsável pela percepção menos benefício e mais riscos [...] A conclusão óbvia é a de que, por vezes, as pessoas favorecem a regulação de riscos porque os benefícios das atividades relacionadas não são vistos como bastantes para compensar esses riscos. Em algumas atividades, essa relação nem sequer é considerada. Os perigos, portanto, são efetivamente visíveis, mas os benefícios ficam ‘fora da tela’. Destaca-se que essa percepção não significa que, de fato, essas atividades não resultem benefícios que compensem os riscos. Há, portanto, uma espécie de ilusão perceptiva, uma cognição enviesada.” (If misfearing is the problem, is cost-benefit analysis the solution? In: SHAFIR, Eldar (ed.). **The behavioral foundations of public policy**. Princeton, EUA: Princeton University Press, 2013, p. 231-242).

²¹² Afinal, conforme sintetiza Cass R. Sunstein, “as pessoas não querem assumir responsabilidades, e, por essa razão, acabam escolhendo não escolher” (**Choosing not to choose**, Op. cit., p. 48).

²¹³ **Comentários à Lei nº 13.655/2018**, Op. cit., p. 130.

positiva, isto, de provisão de bens e serviços à sociedade, o que é incompatível com a timidez ou a inação. Não se entregaria nenhuma prestação necessária se a Administração se quedasse inerte diante da omissão dos seus agentes, premidos do temor de responsabilização futura. Em termos das prerrogativas contratuais, o inconveniente se revela com a proscrição de medidas que, se tomadas, poderiam assegurar a eficiência da contratação. O temor do agente público responsável pela gestão do contrato pode afastá-lo da obrigação de exercitar a exorbitância, quando essa se faz imprescindível ao sucesso da contratação. É o caso, pois, da omissão em aditar o contrato quando a alteração das condições efetivas da proposta demanda a adaptação dos termos originais, justificada não pelo que seria o mais racional e eficiente, mas apenas para evitar que essa alteração fosse vista como indevida, ou pior, como servente apenas aos interesses do contratado. Nesse último ponto, o risco moral e de responsabilização criminal poderia ser cotejado, considerando eventual interpretação de que a motivação do agente foi corrompida. Premido pela sua própria proteção, o agente se furtaria da competência que lhe é conferida, justamente, para atuar em prol do contrato. Por sua vez, a vinculação com padrões é justificável sob à ótica do medo a partir da noção de que decisões proativas ou inovadoras tendem a aumentar o sentimento de responsabilidade daquele que as toma²¹⁴. De modo reverso, a escolha passiva, isto é, aquela que se guia por mera replicação de padrões diminui o senso de responsabilidade pessoal²¹⁵. A timidez com a inovação e o apego irrestrito à padronização pode ser um grande inconveniente em termos da eficiência da contratação. Aqui, não é o caso de suscitar a predileção legislativa por padrões contratuais, com profusão de disposições que recomendar a adoção de *standards* pelo agente público.²¹⁶ Não é disso que se trata. A aceitação de documentos padrão pode mesmo ser benéfica, especialmente para suprir eventuais deficiências técnicas da Administração na estruturação e desenho dos

²¹⁴ “[...] muitas pessoas vão adotar qualquer opção que implique no menor esforço, ou o caminho que ofereça menor resistência. É preciso lembrar as discussões sobre inércia, *status quo* e heurística do “tanto faz”. Todas essas forças resultam que, em qualquer escolha, existe uma opção padrão – uma opção adotada sempre que quem a toma não faz nada – que acabará sendo escolhida por um grande número de pessoas, independentemente de ser a melhor ou não.” (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**, Op. cit., p. 93).

²¹⁵ SUNSTEIN, Cass. R. **Choosing not to choose**, Op. cit., p. 48-49.

²¹⁶ É o caso, por exemplo do “catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras”, predicado pela Lei nº14.133/2021, que se destina à “padronização de itens a serem adquiridos pela Administração Pública”. Da mesma forma, o art. 19, IV, do mesmo diploma, que estabelece o dever de órgãos com competências regulamentares instituírem “modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos”, chegando mesmo a permitir que os demais entes federativos aproveitem minutas elaboradas pelo Poder Executivo Federal.

contratos. Diminui-se a assimetria de informações pela utilização de modelos já testados, o que é, sim, um alento à eficiência do contrato²¹⁷.

No entanto, essa homogeneidade pode não guardar a mesma consequência em termos do exercício da exorbitância e, para comprovar essa afirmação, é preciso retomar a ideia de que os contratos administrativos – especialmente aqueles de longo prazo – acabam sendo contratos incompletos²¹⁸, no sentido de que à Administração é impossível antever todas as circunstâncias que envolvem a contratação. Assim, por mais que a lei estabeleça extensa pauta de cláusulas obrigatórias, complementadas por diversas disposições que devem se refletir no instrumento contratual, não se exaure todo o conjunto de situações e condições que podem impactar o contrato. Da mesma forma, pouco importa à análise da incompletude dos contratos o nível de conhecimento do agente público encarregado da formulação dos termos contratuais, porquanto o inconveniente se impõe em virtude da dificuldade intrínseca à execução de contratos complexos²¹⁹ que impede qualquer exaurimento de todas as condições, mesmo por aquele mais preparado para antevê-las e endereçá-las no instrumento da avença²²⁰.

A complexidade inerente aos contratos administrativos, aliada à imprevisibilidade de uma série de circunstâncias confere a essas avenças uma incompletude que uma de duas: ou impede a previsão exaustiva das condições contratuais, ou impõe custos de transação elevados para que essa tarefa seja efetivamente concluída. Marcos Nóbrega é enfático ao

²¹⁷ KOROBKIN, Russell. Behavioral economics, contract formation, and Contract Law. In: SUNSTEIN, Cass R. (ed.). **Behavioral Law & Economics**, Op. cit.

²¹⁸ Fernando Araújo descreve os pressupostos do contrato incompleto: “Começamos por uma constatação empírica que, na sua singeleza, nos parece consensual: é frequente verificar-se que a negociação dos contratos nem sempre revela um adequado nível de previsão e de explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, nomeadamente a descrição mais exaustiva do objecto do contrato, a enumeração das contingências susceptíveis de interferirem na onerosidade do contrato, a definição dos *standards* de cumprimento, de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, e o estabelecimento de um quadro preventivo ou sancionatórios – sendo essa insuficiência *ex ante* que propicia a eclosão de conflitos durante a relação contratual, mesmo dentro da margem que bilateralmente se aceite como sendo a de boa fé.” (**Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 148).

²¹⁹ Importa mencionar que o conceito de complexidade não equivale à dificuldade, mas, sim, à existência de múltiplos fatores que precisam ser considerados e sopesados na tarefa gerencial. A complexidade pressupõe, pois, uma interrelação de processos e conhecimentos, que são influentes na análise empreendida pelo gestor (POSNER, Richard A. **Reflections on judging**, Op. cit. p. 54-55).

²²⁰ Após afirmarem que as dificuldades de projetos de engenharia complexos são evidentes por si só, Robert Ågren e Anne Landin deixam claro que a dificuldade de estruturação de contratos dessa natureza “não é uma questão de habilidade ou conhecimento da autoridade governamental, mas, quando o escopo do objeto contrato é de difícil definição, não importa quem o está definindo.” (Contract design for procuring complex projects. In: PIGA, Gustavo; Treumer, Steen (ed.). **The Applied Law and Economics of public procurement**. Abingdon, Reino Unido: Routledge, 2013, p. 40-57).

lecionar que “a incompletude é intrínseca pelo fato de os contratantes não possuírem condições de prever todas as contingências que afetarão a avença em décadas”²²¹.

A incompletude contratual traz consigo um risco efetivo às partes contratantes, em conjunto, mas pode, ao revés, servir ao interesse de apenas uma delas, que poderá se valer das lacunas do contrato em seu benefício. Isso é especialmente preocupante no seio do contrato administrativo, quando uma das partes já detém uma exorbitância e, com isso, aumenta a sua vantagem na relação com a outra.

Nessa situação, ocorre aquilo que é chamado de *holdup* situação não qual uma parte se queda refém da contraparte. Após afirmar que “a primeira vulnerabilidade propiciadora do *holdup* é o inacabamento contratual”²²², Fernando Araújo demonstra que *holdup* pode ocorrer em duas situações específicas: a primeira quando a parte resta refém do anacronismo dos investimentos necessários, isto é, quando a parte realiza as suas obrigações amparadas na justa expectativa de que a contraparte realizará aquilo que lhe cabe na relação, mas acaba se frustrando, ou, quando menos, recebe a indicação de que apenas terá materializada a obrigação desta mediante requisição de obrigação complementar; a segunda advém dos “investimentos de confiança”, quando a parte realiza o dispêndio necessário, mas se dá conta posteriormente que não será remunerada devidamente pela contraparte, que ainda poderá predicar uma nova condição a ser desempenhada pelo credor como condição para o recebimento²²³. O segundo exemplo ainda encerra um inconveniente adicional à parte, que aumenta sua dependência com a contraparte. É que, muitas vezes, o objeto dos investimentos somente pode atender ao próprio contrato, sendo defeso ou inócuo o aproveitamento em outras circunstâncias, o que poderia mitigar os efeitos adversos à parte refém²²⁴.

Os gravames trazidos pela incompletude do contrato – para além do benefício indevido, que dialoga com o problema da atuação enviesada do agente público, acima já apresentado – estão diretamente relacionados com o temor do agente público. Compelido pelo receio de gerir um contrato complexo e cujas lacunas reclama a sua atuação, o agente público tende a retrain as suas ações, tornando-as mais conservadoras. Afinal, a adoção de soluções menos

²²¹ **Direito e economia da infraestrutura**, Op. cit., p. 124.

²²² **Teoria Económica do Contrato**, Op. cit., p. 635.

²²³ *Idem*, p. 632-633.

²²⁴ Fernando Araújo alude ao exemplo de um decorador que, após realizar investimentos na consecução de móveis e objetos sob medida, é surpreendido com a negativa do seu contratante em realizar o pagamento, diante do custo envolvido. Sem poder destinar os móveis e objetivos elaborados em outra contratação, o decorador se queda refém do dono do imóvel, sendo-lhe destinado apenas o socorro ao Judiciário ou a qualquer forma litigiosa de resolução.

arrojadas – ou mesmo a inércia – é mais segura, o que diminui o risco de responsabilização do agente público.

Se o agente público tem internalizado que sua gestão será escrutinada pelo órgão de controle sob um viés punitivo, a tendência é que direcione sua ação para agradar ao que imagina ser os parâmetros desses órgãos, e não pelo que predica a eficiência contratual. Não se trata, aqui, apenas do esvaziamento da discricionariedade daquele que detém a competência para exercitar a prerrogativa contratual. Mais que isso, a submissão do agente público ao entendimento do órgão de controle traz para a exorbitância a visão que o controlador tem para a prerrogativa, que nem sempre será a mais adequada em cada caso e, pior, acabará sendo motivada, no seu mérito, por quem não se submete, ele próprio, a nenhuma espécie de controle.

Não há nada que indique que seguir fielmente o que já foi decidido pelo órgão de controle pode representar a melhor opção. Pela mesma lógica, em sentido contrário, inexistente qualquer certeza sobre estar errada a decisão do agente apenas porque não considerou entendimento pretérito do órgão de controle. A uma, por não ser infalível e, muito menos, imutável o que um determinado ente controlador, que não apenas poderá estar errada, mas, também, alterar-se ao longo do tempo, eventualmente, até em prol daquele ato do agente público que fora proscrito pelo entendimento anterior do controlador.

Vai daí que a absorção prévia da posição do órgão de controle pelo agente público traz consigo o inconveniente de desconsiderar as próprias particularidades de cada contrato, sem que haja indicativo válido de que aquilo que já decidiu esse órgão é aplicável indistintamente a qualquer situação.

Há, ainda, um problema específico relacionado ao controle exercido pelos Tribunais de Contas, bem apontado por Pedro Dutra e Thiago Reis: essas entidades, malgrado a qualidade técnica da sua burocracia, são eminentemente políticas, tanto o mais por integrarem o Poder Legislativo, do qual são consultores. E, conforme revelam os autores, esse componente do controle encerra uma questão conceitual, ao sobrepor o que seria uma decisão eminentemente técnica de alguns entes da Administração, marcadamente as agências reguladoras, que têm na independência e autonomia um componente de blindagem da influência política²²⁵. Na prática, então, a submissão exacerbada à posição do controle pode esvaziar a tecnicidade da decisão que deveria ser tomada pelo agente público, temeroso de contrariar o que já fora decidido por um dado órgão de controle.

²²⁵ **O soberano da regulação**, Op. cit., p. 130.

Por certo, não se nega que também a decisão administrativa, mesmo das agências, poderá ser guiada por um componente político – na Administração direta, é bastante provável, inclusive. Ocorre que a mera supressão – por substituição ou submissão prévia – de uma instância decisória da Administração já representa uma espécie de *capitis diminutio* do mérito do ato, em prejuízo dos efeitos que dele se espera.

Daí porque o medo do agente público e a consequente ação auto protetiva constituem dois outros óbices à correta aplicação das cláusulas exorbitantes, porquanto, premidos pela defesa contra eventual responsabilização, os agentes públicos podem optar por exercitar o poder extroverso unicamente com esse fim, e não para a eficácia contratual.

2.6. Reafirmar a eficiência como elemento distintivo da contratação administrativa

A conjuntura da contratação administrativa é, pois, propícia a diversos temas que podem desvirtuar a exorbitância, seja pelas suas próprias características (incompletude, inequidade entre as partes, instrumentos de coerção atribuídos unilateralmente), seja por um comportamento típico do agente público responsável pela gestão do contrato.

Ora, de um lado, já se viu que a incompletude é uma característica dos contratos administrativos complexos, que, ademais, celebrados com uma disparidade de armas entre as partes contratantes. Essa situação induz a uma dependência prévia de uma para com a outra. Afinal, é própria do contrato administrativo a execução prévia pelo particular, que somente poderá ser remunerado após a comprovação da entrega – parcial ou total – do escopo. Além disso, o particular depende frequentemente de obrigações que devem ser adimplidas pela Administração contratante (desapropriação, disponibilização de áreas, licenciamentos e autorizações, dentre tantas outras), mas se depara constantemente com o inadimplemento dessas obrigações pelo poder público. Tanto pior que os instrumentos que poderiam mitigar esse risco são, muitas vezes, disponibilizados apenas à própria Administração – basta, nesse aspecto, rememorar-se como ainda é conflituosa a aplicação da “exceção do contrato não cumprido” às avenças administrativas²²⁶, ou como a

²²⁶ A resistência à aplicação da teoria da *exceptio non adimpleti contractus* somente veio a diminuir com a previsão expressa de suspensão das obrigações pelo particular em hipóteses de inadimplemento de algumas obrigações da Administração, expressamente previstas no art. 78 da Lei nº 8.666/1993. Nesse sentido, o STJ: “O Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que a regra de não-aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, em sede de contrato administrativo, não é absoluta, tendo em vista que, após o advento da Lei 8.666/93, passou-se a permitir sua incidência, em certas circunstâncias, mormente na hipótese de atraso no pagamento, pela Administração Pública, por mais de noventa dias (art. 78, XV)” (Recurso Especial 879.046/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 18/06/2009) No mesmo sentido: Agravo Regimental no Recurso Especial 326.871/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 07/02/2008, DJ 20/02/2008, p. 124; Recurso Especial 910.802/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03/06/2008, DJe 06/08/2008. Não obstante, mesmo com essa aceitação parcial, ainda sobrevivem argumentos que privilegiam a continuidade da prestação pública e a

prerrogativa de suspensão das obrigações e rescisão contratual ainda é distante do particular contratado²²⁷.

O apego à historicidade que conformou o contrato administrativo acaba desaguando num excesso de poder, que já seria inoportuno se houvesse uma preocupação com a eficácia do contrato. No entanto, vai além e acaba se vertendo num mando arbitrário, cujo desígnio parece mesmo se resumir ao atendimento do interesse da própria Administração. Em outras palavras, as prerrogativas se afastam daquilo que as orienta – a prestação contratada – para quaisquer outros fins da Administração, sejam eles legítimos ou não.

Munido da posição privilegiada que lhe cabe na contratação, o gestor público direciona o manejo das prerrogativas para aquilo que venha a lhe ser mais benefício, seja para ganho próprio indevido ou para proteção contra eventual responsabilização pelos atos praticados. O primeiro caso ocorre quando o agente público se vale da posição que detém para auferir vantagem imprópria – por iniciativa sua ou mediante provocação do particular contratado. Com a certeza de que a prerrogativa que lhe assiste pode afetar severamente o direito do particular, o agente público poderá tanto achacar o contratado para utilizar a prerrogativa em favor deste (autorizando a revisão indevida, por exemplo) quanto para não praticar um ato prejudicial ao contratado (a aplicação de uma multa) mesmo quando os interesses do contrato assim exijam. Por seu turno, o particular que queira obter benefício indevido em cima da aplicação ou omissão de uma prerrogativa, poderá ofertar uma vantagem inapropriada àquele que detém a competência para exercitar o poder extroverso da Administração.

No segundo caso – discutido amiúde acima –, sabedor do risco que corre em relação aos atos praticados na gestão contratual, o agente público poderá adotar uma de duas condutas: excessivamente tímida, abstendo-se de apreciar e decidir sobre temas polêmicos envolvidos com a prerrogativa (autorizar a prorrogação de prazo, deferir o pleito de recomposição encaminhado pelo contratado, dentre outros); ou, ainda, orientado tão-somente ao incremento do ganho da própria Administração, laconicamente voltado ao menor dispêndio,

supremacia do interesse público, para defender que mesmo com o reconhecimento legal do art. 78, o comportamento legítimo do particular não é o de suspender as suas obrigações, mas, sim, requisitar a rescisão contratual (processo que, no texto da lei, depende de uma decisão judicial transitada em julgado). Vide, nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**, Op. cit., p. 288.

²²⁷ “Apesar da mitigação da regra que impede a alegação contra a Administração da exceção do contrato não cumprido, ainda assim a Administração encontra-se em situação mais favorecida que o contratado. Se o contratado atrasa o cumprimento de sua obrigação, a Administração tem o direito de não pagar o que lhe seria devido, o contratado somente poderá deixar de executar o contrato, seja por meio do pedido de rescisão, seja pela suspensão da execução do contrato, após o decurso de prazo superior a 90 dias. A única efetiva consequência do pagamento efetuado com atraso pela Administração será a da atualização monetária desses valores.” (FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**, Op. cit., p. 370).

mesmo que à custa da qualidade da prestação ou do retorno legítimo pelo particular contratado.

Quando isso ocorre, o paradigma da exorbitância é subvertido para o interesse da Administração (ou do agente público isoladamente considerado). As prerrogativas são manejadas, então, para um espaço distante do que é considerado o mais pertinente à contratação e o poder que delas emana acaba se tornando instrumento para o despotismo da Administração.

A exposição das falhas de gestão contratual, muitas vezes sem que a exorbitância sirva para saneá-las, serve para orientar o seu emprego de modo afinado com o êxito da contratação. O agente público cioso da sua função deverá adotar os instrumentos ao seu dispor, o que implica uma dupla obrigação: não se omitir quando instado a exercitar os poderes que lhes são conferidos por lei e nem os desferindo de modo desarrazoado.

Novamente, o que aqui se apresenta é a indissociável dependência que a prerrogativa guarda com os objetivos da contratação, o que compele a Administração não a exercitá-la para locupletar-se dos poderes que detém, mas, sim, com o fito de alcançar o interesse que arrima a contratação – este, como visto, é o da coletividade, não o da própria Administração, e, menos ainda, o do agente público encarregado de gerir cada contrato.

Já se viu que a unilateralidade modificativa e terminativa e os poderes fiscalizatórios e sancionadores previstos em lei não são exclusivos dos contratos administrativos; de igual forma, foi apresentado que o discrimine do que se entende como poder extroverso da Administração e as previsões semelhantes existentes no regime privado de contratações reside naquilo que justifica as primeiras e no que elas pretendem alcançar. A eficiência do contrato em prol do interesse que este pretende consagrar é aquilo que confere autoridade às cláusulas exorbitantes não como um pressuposto autossuficiente, mas como mero instrumento para uma característica especial da própria Administração, dentro do seu papel de guardião de um interesse relevante²²⁸.

²²⁸ Ao comentar sobre as prerrogativas contratuais, García de Enterría expõe que “Históricamente parece claro que la inserción de estos poderes en los contratos administrativos ha sido la consecuencia, y no la causa, aunque ell pueda hoy resultar paradójico, de la atribución jurisdiccional de estos contratos a la vía contencioso-administrativa. Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, aunque en el sentido inespecífico que hemos precisado, con los ‘servicios públicos’, cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos que serían inevitables si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso.” (ENTERRÍA, Eduardo García. La figura del contrato administrativo, **Revista de administración pública**, n. 41, 1963, p. 99-130.). No mesmo sentido: ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**, Op. cit., p.145.

O enfrentamento da questão pressupõe, indubitavelmente, um enfoque na eficácia das prerrogativas, a partir do acerto na mutabilidade contratual, do exercício eficiente da fiscalização e da percepção temporânea da inviabilidade contratual, operando a rescisão inevitável de modo ótimo, sem agravar os ônus já verificados. É dizer: de um lado, a Administração deverá ser zelosa na avaliação da adequação dos termos contratuais à realidade da sua consecução, responsável, ainda, pela fiscalização da acuidade da execução e pela necessária revisão, acaso essa seja imperiosa à continuidade da prestação e à entrega do objeto contratado. Por mais que se aprimore a qualidade dos parâmetros contratuais, é crível supor que determinadas situações revelem a necessidade de ajustes – mais ou menos assertivos – para assegurar o sucesso da contratação. Afinal, sobretudo em escopos mais complexos, há ampla margem para problemas que não poderiam ser suficientemente capturados *ex ante*.

Surge daí a inquietação quanto à inocuidade da exorbitância. Não se nega a existência de situações que extrapolam o que poderia ser exigível do agente público no exercício de suas funções, mas não parece despropositado supor que a omissão ou a aplicação imprópria das cláusulas exorbitantes são fatores de agravamento da condição desafortunada que acomete à contratação administrativa, no Brasil.

Ao se acolher essa hipótese argumentativa, será preciso admitir – ou, ao menos, apurar – que a prática da exorbitância está longe dos seus objetivos, pela mesma medida, por restar distante das suas causas. Em outras palavras, os equívocos podem se originar no desconhecimento sobre a função corretiva da cláusula exorbitante, que intenta sanear aquilo que supervenientemente impacta negativamente a contratação; ou, por outro viés, pode-se abdicar da prerrogativa por um motivo apartado do seu objetivo, que pode ser por temor ou arbítrio do agente público. No primeiro caso, o gestor contratual pode simplesmente não reconhecer o quão relevante é um erro de projeto à execução do contrato e, por conseguinte, omite-se do poder-dever de modificar o contrato para fazer frente ao risco eminente. Ao fazê-lo, agrava ou compromete em definitivo a performance contratual, simplesmente por não capturar a gravidade do problema e, igualmente, por ignorar que detém a capacidade e os instrumentos para prescrever e aplicar o remédio necessário²²⁹.

²²⁹ Aqui, oportuna a remissão ao “Relatório de Avaliação: levantamento de obras paralisadas – Dezembro/2019 – Grupo de Trabalho para Governança de Investimentos em Infraestrutura”, da Controladoria-Geral da União (CGU), que revela existir uma situação de incompreensão pelo próprio agente público da existência e dos efeitos adversos de uma falha de projeto: “233. Na pesquisa qualitativa (survey), os resultados das respostas são mistos, com a maioria dos gestores e fiscais entendendo que a qualidade dos projetos é satisfatória, havendo, geralmente, necessidade apenas de ajustes pontuais durante a execução. Mas, em contrapartida, a

Por outro lado, mesmo quando ciente da questão, o gestor público pode optar por não aditar a avença, mesmo quando já se saiba que essa omissão ensejará a inexecução da contratação. Nesse caso, poderá se orientar por um excesso de cautela em relação ao controle posterior sobre a decisão de modificar a avença²³⁰, o que o faz proscrever o aditivo para escapar a qualquer revisão – e sanção – pelos órgãos de controle. Poderá, também, partir de uma distopia pela qual pressuponha que seu poder extroverso serve apenas como um elemento de constrição dos direitos do particular contratado. No primeiro caso, o agente até poderia ser cioso do seu dever de aditar, mas abdica dessa tarefa em benefício próprio, diminuindo sua responsabilidade; no segundo, é mesmo a cognição despropositada da prerrogativa, ao resumi-la apenas a um instrumento de poder nas mãos da Administração²³¹, quando se cogita da prerrogativa apenas como instrumento de punição e que nunca poderá servir a algum interesse que aproveite ao particular contratado. Acima já se viu que esses comportamentos são bastante plausíveis diante das circunstâncias que envolvem a gestão dos contratos públicos.

É necessário, então, reaproximar a ação do gestor contratual às razões e objetivos contratuais, o que implica no reforço da ação proativa e arguta do agente público possa aquilatar as situações em que o exercício do poder que lhe é conferido é reclamado em prol do contrato.

Não por outra razão, ao cuidar das prerrogativas da Administração, a legislação é forte na vinculação entre os poderes extroversos e o êxito da contratação. Ao decidir por não modificar o contrato, mesmo quando essa opção seja aquela que consagre o sucesso da contratação, por exemplo, o gestor público ignora aquilo que deveria motivar sua atuação, superando-a por razões estranhas ao interesse que orienta a própria contratação e, no detalhe, à existência do poder extroverso.

Donde se tem que a vinculação da exorbitância com o sucesso do contrato é um fator que impõe ao gestor a decisão mais consentânea com esse fito. A atuação exorbitante somente será lícita diante de razões pertinentes, que prediquem essa necessidade. Não há exorbitância na subserviência aos desígnios da Administração, seu vetor sempre será a eficiência da contratação.

maioria reconhece que a necessidade de adequação dos projetos tem sobrecarregado as equipes de fiscalização”.

²³⁰ Esse, aliás, é um dos pontos suscitados na auditoria promovida pelo TCU, tendo sido reportado na pesquisa empreendida que há um temor dos agentes públicos a “interpretações restritivas em relação a hipóteses de realização de aditivos contratuais”.

²³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**, Op. cit., p.57.

Conforme já reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, derivada do princípio da segurança jurídica, busca conferir estabilidade ao ajuste, garantindo à contratada viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes que motivaram a celebração do contrato.²³²

Cibinic Jr., Nash Jr. e Nagle, ao comentarem as cláusulas de alterações do contrato, estabelecem quatro propósitos válidos para a mutabilidade contratual, todos eles relacionadas ao sucesso da contratação. O primeiro é viabilizar uma flexibilidade à alteração das especificações para acomodar avanços tecnológicos e mudanças nas necessidades da Administração, permitindo-lhe o direito unilateral de ordenar essas modificações. O segundo é para permitir um meio para que o contratado proponhas alterações em prol da qualidade do contrato e dos bens entregues, o que se entende válido para mitigar a assimetria de informações, apropriando-se do conhecimento específico do contratado sobre os elementos do contrato. O terceiro serve à proposição da autoridade contratante para inclusão de itens novos, respeitado o escopo geral do contrato. E, por fim, o quarto provém os meios legais de questionamentos do contratado contra o governo.²³³

A responsabilidade na execução das cláusulas exorbitantes é algo indissociável do sucesso da contratação. E por essa razão, não é inconcebível admitir que mais válido à realização desse objetivo legítimo é apurar o resultado da contratação do que meramente assegurar os benefícios à própria Administração (e ao agente público), ou mesmo do que privilegiar uma legalidade estrita que se ocupe unicamente de formas alheias aos efeitos daquilo que predicam no sucesso do contrato.

²³² Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário nº 902910 AgR. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgamento 6 novembro 2018, publicação 19 novembro 2018.

²³³ CIBINIC JR., John; NASH JR., Ralph C.; NAGLE, James F. **Administration of government contracts**. 4 ed. Washington D.C.: Wolters Kluwer; The George Washington University, 2006, p. 380-381.

3. RESSIGNIFICAR A EXORBITÂNCIA: PROPOSTAS PARA O EXERCÍCIO EFICIENTE DAS PRERROGATIVAS

É possível construir uma interpretação da exorbitância e do próprio contrato administrativo mais consentânea com os preceitos vigentes no Direito Administrativo e na própria feição atual do Estado. Reconhecer que não mais prepondera a Administração imperativa, que executa suas funções por meio de atos puramente revestidos de autoridade é um passo fundamental para trazer o contrato administrativo às necessidades sociais atuais que já impõem ao próprio Estado uma revisão da sua atuação.

Uma série de mudanças conceituais se operou – e este processo segue seu curso – em pontos fulcrais do Estado, a partir daquilo que a sociedade passou a considerar relevante e, por conseguinte, a exigir a correta prestação para contemplar esse interesse social coletivo cada vez mais multifacetado e complexo. Conquanto esse novo cabedal tenha, sim, influenciado em alguma medida a contratação administrativa, ainda se está longe de ver efetivada a incorporação estrutural desses novos elementos no bojo do contrato, e também nas ações daqueles encarregados da sua gestão e controle, consoante anteriormente exposto.

O contrato administrativo parece, na prática, ainda hermético, com pouca permeabilidade ao que hoje existe em termos de preceitos orientadores da Administração. Muitas vezes, o agente público escolhe seguir uma pauta enviesada, o que nem de longe atende àquilo que é sensível à sociedade. No limite, afasta-se mesmo do que é mais íntimo do contrato administrativo, mesmo na sua concepção original.

O predomínio insucesso das contratações administrativas brasileiras (acima exposto) descortina uma conjuntura desfavorável, mas isso não parece ser bastante para que se imiscuam as razões dessa frustração. Ao contrário, o que parece ser a tônica é, justamente, a sedimentação daquilo que pode ser a própria causa do insucesso contratual. O apego excessivo à “supremacia do interesse público”, o retorno ao império da atuação administrativa, um controle formal e descompromissado com o resultado, conformam uma tempestade perfeita para as avenças governamentais.

Em tempos de infortúnio, é de se questionar a validade da exorbitância, sobretudo quando essa não logra sanear o ambiente contrário à contratação. Amiúde, indaga-se o acerto da atuação administrativa na gestão contratual e se as prerrogativas estão sendo manejadas de modo apurado. O intuito desse tópico é repensar a relação contratual, tanto para reafirmar o que move a contratação administrativa quanto para dialogar com as inovações trazidas para a própria Administração.

Ao remate, espera-se propor uma nova forma de acessar o conceito de exorbitância, que, na verdade, é muito mais próxima da sua origem do que daquilo que vem sendo reafirmado na prática mais recente.

3.1. A morte e a morte do contrato administrativo

No tópico inaugural deste trabalho, expôs-se a construção dogmática do contrato administrativo, com destaque à resistência à incorporação do contrato no âmbito da Administração. Aqueles que se opunham alegavam não haver espaço às características contratuais no exercício do poder administrativo, sobretudo naquilo que diz com os elementos relacionais (consenso, autonomia da vontade, equidade) do contrato. Estes não teriam lugar na ação estatal, forte na prática de atos administrativos revestidos de autoridade e marcados pela noção adversarial das relações público-privadas. Conceber o contrato nessa realidade seria desarrazoado, eis que não haveria espaço para acomodar interesses do particular na prática administrativa. Daí que a prestação realizada seria conformada apenas por um ato administrativo que a disciplinasse, inclusive quanto às obrigações e direitos do prestador.

Em oposição, os defensores da existência de um contrato administrativo pugnavam que era possível, sim, existir uma relação contratual tendo o Estado como uma das partes, sem que isso induzisse à derrocada do interesse por ele tutelado. Bastaria, para tanto, reconhecer uma especificidade dessas avenças: o poder extroverso da Administração contratante. A partir do momento em que à Administração é conferida uma pauta de prerrogativas que mitigam a autonomia da vontade e conferem privilégios a uma das partes contraentes, a figura contratual se torna compatível com o agir administrativo. Afinal, o exercício desse poder pela Administração contratante seria bastante para assegurar que o contrato atendesse aos fins almejados pelos interesses públicos.

Apesar da divergência fulcral que as segrega, ambas as correntes convergem num ponto essencial: há na prestação realizada pelo particular um objetivo caro ao interesse coletivo, a justificar que o Estado delegue ao particular a prestação necessária para concretizar esse objetivo. Essa certeza – não negada pelas posições antagônicas – poderia levar à conclusão de que não há muita relevância em se discutir se a prestação realizada pelo particular ocorrerá por meio de um ato administrativo dotado de alguma especificidade, ou por intermédio de avença celebrada com a Administração. Afinal, se o que importa é a proteção do interesse justificante da prestação, que seja ela efetivada por um ato ou por um contrato, desde que qualquer um deles assegure os meios pelos quais a Administração poderá garantir esse interesse.

À primeira vista essa afirmação poderia ser aceita sob o prisma exclusivo do exercício de poderes estatais justificados pela existência de um interesse relevante. Mas não é apenas isso que está em jogo. Ao incorporar o contrato como um mecanismo do agir administrativo, quer-se pensar em maneiras distintas de atender aos interesses públicos sob guarida estatal, isto é, prover à Administração elementos diferenciados para viabilizar a prestação desejada pela coletividade, o que poderia não ocorrer dentro dos quadrantes conformadores do ato administrativo²³⁴. Entender quais são esses elementos é essencial à defesa do contrato administrativo e, mais que isso, à concretização do interesse que ele pretende consagrar. Essa compreensão, ademais, irá orientar o papel da Administração contratante e os instrumentos que ela detém para respeitar os interesses relevantes que a contratação intenta atender.

E, conforme também já se viu, o que parece ser a principal razão para se cogitar de um contrato administrativo é, realmente, a necessidade de conformar a prestação do particular com um mínimo de salvaguarda dos direitos. Admite-se o contrato por entender que ele possui abertura necessária para albergar interesses comuns entre Administração e particular, sem abdicar da proteção àquele tutelado pela primeira²³⁵. Arranjos mais complexos e que contemplem a própria prestação tendem a ser mais permeáveis à natureza contratual, apta a dispor de modo mais adequado a elementos relevantes (prazo, divisão de obrigações, pauta de direitos, valor e forma de pagamento) do que uma mera ordem exarada pela Administração.

O contrato administrativo, portanto, é constituído pelos mesmos caracteres do seu congêneres privado, proeminentes ao sucesso da prestação buscada pela Administração. Ao decidir pelo contrato, a Administração reconhece o plexo caracterizador da relação contratual como o meio mais pertinente à consecução do interesse coletivo e, assim, decide por contratar ao invés de meramente ordenar.

Nessa decisão estão inseridos alguns componentes importantes à compreensão do contrato administrativo. De início, reconhece-se que é viável entabular uma relação minimamente equânime entre Administração e particular, cada um deles titular de direitos e de obrigações recíprocas, o que, nem de longe, desnatura o poder estatal e, muito menos, põe em risco o interesse que a este cabe cancelar. Por conseguinte, admite-se que o agir administrativo se concretize fora do âmbito do ato administrativo, sendo exercitado de modo menos arbitrário e mais cooperativo, o que, novamente, não impele à conclusão de que se estaria

²³⁴ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos**: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 40).

²³⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à Administração contratual, Op. cit.

vilipendiando o interesse coletivo apenas por reconhecer que há convergência, em alguma medida, entre esse interesse e o interesse do particular contratado.

O contrato administrativo deve a sua origem ao reconhecimento de que a Administração pode e deve desempenhar suas funções de modo mais amplo, admitidas as maneiras aptas à viabilização do interesse coletivo, o que pressupõe, inclusive, adentrar numa relação contratual em que assume obrigações, até mesmo com a proteção de um núcleo mínimo de direitos do seu contratado. A prerrogativa, então, é um elemento do agir administrativo cujo caráter não encerra poder arbitrário, mas, como qualquer outro ato praticado pela Administração, tem sua origem na tarefa que é a ela atribuída como responsável pela consecução de um interesse coletivo relevante²³⁶.

Repise-se, esse não é um parâmetro novidadeiro, pois já estava presente à época da formulação do conceito do contrato administrativo. Em algum momento, no entanto, malgrado a sedimentação dos parâmetros do Estado Democrático de Direito e, mais que isso, da ascensão e perenização da concepção de uma Administração eficiente (ou “boa administração”, em terminologia mais disseminada), o contrato administrativo passou, em parte, a ser um elemento estranho nessa conjuntura. É dizer: o que de início o caracterizou passou a ser o menos relevante, e as cláusulas exorbitantes deixaram de ser pautadas pelo interesse coletivo concretizado no sucesso da contratação.

Ao absorver elementos estranhos ao contrato, incluindo o próprio viés do agente público responsável pela sua gestão, o contrato administrativo corre o risco de virar um mero ato de autoridade, sujeito a um tal controle mais formalístico e tendencialmente orientado à mera aferição dos requisitos intrínsecos ao ato administrativo²³⁷. Não soa exagerada a afirmação de que a condução extremada da exorbitância pelo manejo das prerrogativas alheio à eficiência é uma subversão do contrato, aproximando-o de um modo de agir mais formalista

²³⁶ Ao comentar a reforma do intuito da Administração, Luís Filipe Colaço Antunes, menciona a prevalência do que se denomina corrente substancialista, a quem coube “expurgar os elementos (motivos) voluntarísticos da reconstrução jurídica do acto, para os substituir pelos interesses públicos concretos que o acto administrativo deve prosseguir. O que importa para esta doutrina são os factores, as razões objectivas de uma vontade construída procedimentalmente que, sem renunciar à motivação formal, põe o acento na essência justificativa da fundamentação, em referência directa à intrínseca vaidade da decisão adoptada. Não se exigindo que a enunciação dos motivos corresponda estritamente às cognições volitivas do agente administrativo, destaca-se agora a presença de razões suficientes e efectivas para legitimar o acto.” (**Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração: tradição e reforma.** Coimbra: Almedina, 2000, p. 18).

²³⁷ Ao comentar a tradição do ato administrativo meritocrático e do seu controle caracterizado pela “imunidade do mérito”, Marcos Augusto Perez expõe que “[e]m outras palavras, o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário repousaria preponderantemente sobre os chamados elementos externos da legalidade: a competência e a forma, deixando de lado aspectos relacionados com a ponderação dos fatos, valores ou interesses que determinariam, em cotejo com as finalidades legais, a conveniência e a oportunidade de determinada decisão”. (**Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 92).

e burocrático. Quando o agente público orienta a gestão contratual para a mera observância de formas prescritas em lei, ou quando se volta unicamente ao que predica o controle – este, cada vez mais intrusivo –, o contrato administrativo se afasta daquilo que sempre o delimitou como um instituto jurídico e de realização de prestações caras ao interesse coletivo.

Ora, se for certa a assunção de uma contratação revestida de um especial interesse, bastante a facultar a uma das partes uma posição privilegiada, não há razão para pressupor que o meio para alcançar um objetivo se torne mais relevante do que o próprio fim almejado. Pela mesma razão, não é crível aceitar que a maleabilidade da forma contratual, aberta a elementos mais eficientes para a consecução do interesse coletivo, seja subtraída em prol de uma atuação administrativa demarcada por elementos estranhos à natureza do contrato. Anda mal a contratação administrativa que privilegia formas, autoridade, controle de meios, legalidade estrita e os interesses do agente público ou da Administração, elementos muito mais afeitos a uma percepção histórica do ato administrativo, sintetizada por Vasco Pereira da Silva: “o modo normal (praticamente exclusivo) de actuação da Administração Pública era o acto administrativo. Ele era visto como uma manifestação autoritária do poder estadual relativamente a um particular determinado”²³⁸.

Afinal, ao travestir o contrato com elementos do ato administrativo, é mesmo questionável a validade da aceitação do contrato administrativo como instituto independente, não mais pela disparidade com o seu congêneres privado, mas pela simples extração daquilo que efetivamente caracteriza uma relação contratual, independentemente do regime – público ou privado. A desmedida autoridade e a tímida bilateralidade esvaziam o elemento contratual, tornando a prestação algo muito mais simples e arbitrário, sem qualquer distinção relevante ao agir do particular que meramente atende a uma ordem da Administração.

E o que se viu com o desmedido uso das cláusulas exorbitantes foi, justamente a reaproximação temerária do contrato administrativo com o arbítrio, sem a devida preocupação com os cânones da relação contratual e, muito menos, com o “interesse público”, o mesmo utilizado para defender essa atuação desconforme.

Ao se validar esse tipo de interpretação do contrato administrativo, está-se a privilegiar apenas o seu elemento publicista, isto é, o componente mais intrínseco às funções do Estado em contraposição direta aos interesses privados²³⁹. O contrato administrativo serviria apenas

²³⁸ **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Almedina, 1995, p 40.

²³⁹ Não é demais rememorar que a própria construção dogmática do conceito de ato administrativo também foi lastreada na ideia de que era preciso haver uma divisão nos atos do Estado, de modo a marcadamente distinguir o interesse estatal, privilegiando-o em relação aos interesses privados. O ato administrativo seria, na sua essência, o instrumento do poder administrativo, contemplando a manifestação de vontade do poder público,

como instrumento de derrocada de interesses diversos do interesse do próprio Estado. E, se assim o for, é mesmo o caso de aceitar a doutrina refratária à existência de um contrato administrativo, justamente porque não se revelam os caracteres típicos de uma relação contratual, mas mera ação estatal, forte na noção dos privilégios da Administração.

Tem-se, assim, uma contradição conjuntural, sendo certo que mesmo a primazia do ato como cerne da atuação administrativa vem sendo desconstruída em prol da contratualidade²⁴⁰, forte na abertura da decisão administrativa à consensualidade, em contraponto à decisão meramente arbitrária ou mesmo que contemple apenas o elemento da autoridade observado primordialmente sob o foco da mera subsunção à forma e à legalidade.

Esse fenômeno global²⁴¹ já é internalizado no ordenamento brasileiro, que admite soluções “contratuais” para temas outrora desempenhados exclusivamente por meio de atos unilaterais da Administração. Recentemente, ganham destaque a adoção da arbitragem e mediação para resolução de conflitos envolvendo a Administração; possibilidade de transação tributária; e a celebração de acordo em substituição para equacionar conflitos, prevista na LINDB; a constituição de parcerias entre empresas públicas e empresas privadas, inclusive por meio de *joint ventures*; instrumentos colaborativos para a inovação tecnológica. Todas essas inovações albergadas por lei tornaram a contratualidade uma realidade na Administração brasileira, mas, ainda assim, não foram o bastante para combater o império de uma visão cada vez mais distorcida do próprio contrato administrativo, exposta e comentada por Floriano de Azevedo Marques Neto:

[...] durante muito tempo nossa cultura jurídica sustentou que a Administração não deveria estar submetida ao contrato se e quando isso contrariasse o interesse público. Como essa é uma dicção dúctil, aberta e suscetível de ser preenchida ao alvedrio do administrador, o contrato administrativo transformou-se conjunto de obrigações vinculantes apenas do privado. Sob a influência do caráter autoritário da concepção de supremacia incondicional do interesse público, abriu-se campo para a relação obrigacional desigual, a partir da qual o privado deve cumprir

“dotada de uma específica eficácia impositiva e coactiva, o que a torna distinta dos negócios jurídico-privados” (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**, Op. cit., p. 65).

²⁴⁰ Para o estudo mais amplo da contratualidade administrativa, destaque à obra de Rafael Roque Garofano (**Contratualidade administrativa: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015), da qual se extrai o conceito do instituto de modo bem objetivo: “[...] uma das formas de manifestação da consensualidade na atividade administrativa mais relevantes corresponde à contratualização, fenômeno manifestado por meio do crescente recurso a módulos contratuais pela Administração Pública para satisfazer suas competências, que privilegia o emprego de técnicas negociais em detrimento da intervenção direta estatal ou, ainda, das manifestações de autoridade do Poder Público, e que implica em relações jurídicas fundadas no acordo de vontades, e não mais no unilateralismo e na coerção.” (Op. cit., p. 111-112).

²⁴¹ Para uma visão mais detalhada do espriamento e relevância da contratualidade administrativa: KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos**, Op. cit., p.61-189; LOUREIRO, Caio de Souza et al. Análise dos modelos de regulamentação sobre acordos administrativos no Direito Comparado. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 473-494.

estritamente tudo a que se obrigou (sob o risco de sofrer severas penas unilateralmente aplicadas), mas a Administração cumprirá o pactuado se e quando o interesse público (por ela revelado, também unilateralmente) permitir. Segue daí que, entre nós, o contrato administrativo, ao longo do século passado, convolveu-se numa expropriação de bens ou serviços, com escolha isonômica do expropriado (por licitação, bem dito) e sem prévia indenização, mas diferida em parcelas.²⁴²

A imperatividade que acomete o contrato administrativo, no país, é causa de uma peculiar situação, quando contraposta com as iniciativas em prol da contratualidade administrativa recentemente introduzidas no ordenamento. É que, por mais paradoxal que seja, o contrato administrativo, que tem sua origem na busca por um meio menos autoritário e mais flexível da relação público-privada, é hoje, em muitos casos, mais arbitrário do que o ato administrativo, cuja imperatividade é mitigada pelos instrumentos de contratualidade administrativa. Comparativamente, é possível que a gestão observada nos contratos celebrados pela Administração brasileira descortine uma situação em que a autoridade administrativa seja mais assertiva e descabida do que em alguns exemplos de aplicação de sanções ou na realização de investigações típicas do poder de polícia estatal. Essas últimas, práticas sempre sujeitas ao absolutismo do ato administrativo, estão experimentando uma atuação mais concertada entre a Administração e o particular²⁴³.

Por tudo isso, não seria demasiado afirmar que, atualmente, a despeito de toda a árdua construção como uma figura jurídica, o contrato administrativo esteja novamente na berlinda. A desconstrução que se opera naquilo que lhe é mais caro – com a supressão da flexibilidade e de qualquer forma de consenso, e com o retorno da imperatividade como tônica da Administração contraente – traz de volta a discussão sobre a distinção entre ato e contrato administrativo, dando conta de uma similaridade (quase uma identidade) entre esses institutos. Tanto pior que o ato administrativo e, de modo geral, o exercício dos poderes estatais fora do âmbito do contrato esteja trilhando um caminho no sentido contrário, justamente mais consentâneo com aquilo que orientou a formação do contrato administrativo na sua origem.

Diante dessa constatação, entende-se razoável reafirmar as características do contrato administrativo, especialmente quanto ao emprego das cláusulas exorbitantes, mas, dessa feita, de modo mais alinhado com a evolução que se operou em muitas das funções do

²⁴² Do contrato administrativo à Administração contratual, Op. cit.

²⁴³ É o que ocorre em exemplos de diversos acordos celebrados pela Administração para encaminhar conflitos com os particulares, antes mesmo da existência do permissivo expresso do art. 27 da LINDB. O estudo mais amplo sobre esses acordos, inclusive com remissão aos problemas que alguns deles enfrentam, é feito em obra coletiva coordenada por Gustavo Justino de Oliveira e organizada por Wilson Accioli de Barros Filho: **Acordos Administrativos no Brasil**, Op. cit.

Estado. Dessa forma, é possível antever que, mesmo diante de um quadro crítico, ainda é possível que o contrato administrativo continue a ser entendido como um instrumento preponderante na consecução dos anseios cada vez mais complexos da sociedade e que reclamam uma ação estatal.

3.2. Qual interesse público?

Conquanto seja o principal elemento do estudo sobre os objetivos do Estado, frequentemente utilizado como argumento terminativo de quaisquer discussões acerca da atuação da Administração, especialmente para legitimar atos por ela praticados, o interesse público ainda permanece conceitualmente abstrato. É dizer, afora o conceito bastante genérico de que interesse público seria um interesse coletivo legítimo, a ponto de contar com a tutela estatal, não se vai muito além na definição do instituto.

É clara a incompreensão sobre o que tornaria um dado interesse como algo a ser perseguido pelo Estado e, mais do que isso, revestido de uma relevância tal a ponto de sobrepujar até mesmo interesses e direitos específicos, tudo isso com apoio do aparato ordenador estatal. E é em virtude desse poder que emana do interesse público que entendê-lo é algo relevante. Afinal, mantido o consenso em prol de uma definição abstrata, tem-se o risco de o instituto ser utilizado como arrimo para a prática de atos ilícitos ou, quando menos, que ofendam injustificadamente o legítimo interesse de um indivíduo²⁴⁴. Valendo-se da abertura conceitual, o agente público mal-intencionado – ou mesmo ignorante dos efeitos da sua decisão – poderá subtrair um direito lícito sem qualquer efeito positivo ao que se entende por interesse público.

3.2.1. O interesse público e a legitimação do Estado moderno

Acima já se viu que a concepção de Estado moderno foi construída sobretudo pela provisão de mecanismos de contenção do poder estatal para benefício da sociedade, ou seja, é forte a noção de que ao Estado não se pode mais delegar uma tal potestade que sobrepuje os direitos dos indivíduos e, genericamente, da sociedade.

A preocupação que se impõe é a de diminuir a dicotomia entre sociedade e Estado, paradoxal, porquanto o segundo é criação da primeira, mas que se fez presente durante todo o período de Estados imperialistas e absolutistas. Como bem aponta Martín Haerberlin, de

²⁴⁴ “[...] a ausência de um conceito substancial de interesse público, aliada à inexistente densificação da sua natureza jurídica, caminham a par da sua mistificação e também da sua dissolvência nas mãos de uma Administração entendida subjectivamente. A tal ponto tem sido assim, que, não raras vezes, em nome do interesse público, os entes públicos procuram justificar acções e actuações (de parte) nem sempre lícitas ou legítimas, seno que algumas se apresentam mesmo disparatadamente pós-modernas.” (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O Direito Administração e a sua justiça no início do Século XXI: algumas questões*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16).

fato, “[n]ão era para ser assim. Se o Estado nasce para realizar os fins dos indivíduos, formatados em sociedade, a oposição entre Estado e sociedade é antinatural”²⁴⁵.

Dessa forma, a transição que se operou entre o Estado absolutista e o Estado de Direito, e, posteriormente, o Estado Democrático de Direito buscou legitimar a noção de um elemento que, a um só tempo, legitimasse a função estatal e a ela impusesse limites tais a impedir a total proscrição dos direitos individuais. O que se buscava era conciliar a existência de uma instituição naturalmente detentora de poder e que dele não poderia abdicar sem perder a sua essência, com a delimitação do exercício desse poder, de modo a acautelar aqueles que a ele estavam submetidos.

Para tanto, partiu-se da noção de que a comunhão de direitos e interesses individuais, genericamente reunidos numa espécie de “bem comum universal” a todos seria suficientemente relevante e, como tal, gozaria de um especial interesse. A universalidade de interesses lícitos da sociedade, por sua vez, legitimaria a existência do Estado, justamente, para ser o tutor responsável por protegê-lo, inclusive, contra o excesso de poder do próprio Estado. A soberania passa a se justificar não mais no interesse do Estado ou de quem o controle, mas, sim, na defesa do que se entende caro ao conjunto de indivíduos, que passa a ser, portanto, o elemento que justifica a existência de uma estrutura de poder. O Estado existe para dar guarida aos interesses universais da sociedade que o criou e que permanecerá sob sua tutela²⁴⁶. É dizer, aquilo que legitima o Estado moderno é, também, o que lhe impõe a maior das restrições, de modo que o agir estatal colhe sua legitimidade na proteção ao que se considera o interesse público, mas também é por ele coagido, restando vedado sobrepujar o conjunto de interesses sociais relevantes.

E é nesse contexto que surge a necessidade de prover meios pelos quais o poder estatal seja limitado e direcionado à proteção do interesse comum da sociedade²⁴⁷. Afinal, a inexistência desse aparato tornaria instável esse equilíbrio artificial entre Estado e sociedade, entre o público e o privado. Daí, portanto, a criação do que se veio a denominar Direito Administrativo, um conjunto – e estudo – de regras próprias da atuação estatal premida pela proteção do interesse social relevante.

²⁴⁵ **Uma teoria do interesse público:** fundamentos do Estado Meritocrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p. 81.

²⁴⁶ “[...] um poder público – ou um poder decisório monopolizado no espaço público – absoluto e indivisível (ou seja soberano) só poderá subsistir num contexto de Estado de Direito se apresentado como voltado apenas ao atingimento de objetivos inerentes a todos os indivíduos. Daí a importância para o Estado Moderno do caráter universalizante do interesse público cuja perseguição se erige como razão da sua existência.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54).

²⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**, Op. cit., p.55.

Entendido o Estado como uma instituição em prol do interesse social relevante (ou interesse público, enfim), os atos por ele praticados passaram a ser escrutinados por essa finalidade, isto é, firmou-se a necessidade de haver regras e procedimentos pelos quais a Administração Pública, aparato burocrático do Estado, mantivesse-se aderente a esse fim. Conforme bem resume José Santos de Carvalho Filho:

O Direito Administrativo, então, passou a realçar o elemento finalidade nas atividades administrativas: o fim último do Estado é o interesse público. Em cada conduta estatal caberia perscrutar o elemento teleológico da Administração e, dependendo do alvo a alcançar, poder-se-ia distinguir a legalidade ou a arbitrariedade da conduta.²⁴⁸

Sobre esse cenário se desenvolve o conceito de desvio de poder, sempre que o ato administrativo se afasta do seu intuito original de tutor do interesse público e se aproxima do interesse do Estado ou da sua Administração. Também é nele que a teoria da motivação do ato administrativo vai se referenciar, inclusive para ter como inválidos aqueles atos que extrapolam o objetivo estatal.

Até aqui, portanto, é clara a existência de um interesse de tal sorte relevante que irá justificar de delimitar a ação estatal. Também é certo que esse interesse representa a comunhão daquilo que é universalmente aceito pela sociedade, reunindo um espectro de interesses dos grupos que formam o tecido social.

Mais importante: é indene de dúvidas de que o cerne de toda a construção do que se convencionou denominar interesse público é precipuamente a proteção de interesses sociais relevantes, que não se confundem sob nenhuma hipótese com o interesse daqueles que governam o Estado e, muito menos, da sua burocracia. Pelo contrário, foi justamente para evidenciar e proteger o interesse comum relevante que se construiu a concepção pela qual um “interesse público” deveria reinar sobre o agir estatal²⁴⁹.

Em nenhum momento a construção do interesse público como elemento fulcral do Estado Democrático de Direito pressupõe a desconsideração absoluta dos interesses individuais,

²⁴⁸ Interesse público: verdades e sofismas. In: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**, Op. cit., p. 67-84.

²⁴⁹ “A prosperidade pública não pode ser fim em si, porque deve subordinar-se ao bem dos cidadãos. Não são os homens que existem por causa do Estado, mas é o Estado que existe por causa dos homens. Deve a prosperidade pública traduzir-se em bem-estar privado e público. Sendo de fato a associação política constituída de dois elementos distintos mas inseparáveis – os indivíduos e a coletividade – o bem comum é a de duas sortes: uma respeita diretamente à unidade coletiva que tem um ser próprio e uma própria operação distinta da dos membros. Este bem coexiste na perfeição da sua organização, na sua potência, na sua conservação e desenvolvimento. Há, porém, outra espécie de prosperidade pública e é a formada daqueles bens que redundam em vantagem de cada membro. Evidentemente, o primeiro deve ordenar-se como meio ao segundo, ou melhor a atividade e a potência do mecanismo político devem refranger-se no bem de todos e de cada um dos indivíduos.” (NOGUEIRA, Ataliba. **O Estado é um meio e não um fim**, Op. cit., p. 86-87)

tidos como relevantes ao próprio entendimento do que seria a universalidade de interesses que mereciam a tutela do Estado. Admitir a derrocada de interesses legítimos pela ação estatal é, justamente, aquilo que se quer evitar e o arbítrio ocorre quando se pretende confundir o interesse estatal com os interesses socialmente relevantes²⁵⁰.

Essas premissas são relevantes ao estudo que se pretende empreender adiante, acerca da malversação do denominado princípio da supremacia do interesse público. Não se quer, aqui, retomar a discussão vívida na doutrina moderna sobre a existência ou não desse princípio, mas, sim, evidenciar a constatação fundamental à análise das prerrogativas contratuais da Administração: na contratação administrativa, o interesse público se revela com a consecução do escopo contratado. Dela decorrem duas premissas importantes: a primeira é a de que não se confunde interesse público com o interesse do ente público contratante; a segunda, daí decorrente, é a de que o interesse público pode mesmo se evidenciar na proteção dos interesses do contratado, sempre que estes coincidirem com o sucesso do contrato.

3.2.2. Interesses públicos e a falsa dicotomia com o interesse privado

O interesse público surge num cenário de forte antagonismo entre Estado e sociedade, público e privado, o que o torna um conceito extremamente instável e o submete ao risco iminente de desvio daquilo que é o seu objetivo primordial. Ora, a indeterminação do conceito, por si só, já é um problema, pois o torna fluído e, com isso, manejável conforme a subjetividade do intérprete ou, pior, daquele que dele esteja se valendo para justificar um ato próprio. Ainda mais grave é o fato de que o Estado será o principal articulador do interesse público, malgrado não sendo o seu titular. Afinal, munido da função de proteção desse interesse, é o Estado quem primeiro irá avaliar a existência de algo a ser protegido e, com isso, justificar a sua atuação.

É evidente a fragilidade existente na estrutura de legitimação da ação estatal pelo interesse público, mesmo que não se negue a sua existência e importância ao Estado Democrático de Direito. Ao fim e ao cabo, ampara-se essa legitimidade num conceito indeterminado – e, portanto, sujeito a interpretações enviesadas – que, ademais, poderá ser delimitado justamente por quem é o alvo das limitações que se pretende impor. É inegável, portanto, o risco de o interesse público ser utilizado – porquanto mal interpretado, de boa ou má fé – em

²⁵⁰ “O Estado, já foi visto, não é o titular, como pessoa jurídica, de nenhum interesse público; seu titular é a coletividade [...] A tautologia estaria em afirmar que o interesse público existe porque é público. Mas nenhuma relação isso tem com a garantia dos direitos: se é o Estado que representa o interesse público, ninguém mais pode garanti-lo a não ser o próprio Estado. O que o direito público tem a seu cargo é inconformar-se com o arbítrio, ou mau uso dessa representatividade, e combatê-lo por meio de paradigmas de legitimidade e justiça.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas, Op.cit.).

contrariedade ao seu objetivo originário, prestando-se a justificar o arbítrio estatal ou a prevalência de interesses estranhos ao benefício da sociedade. Sob a peja de proteger o interesse público, o Estado pode estar atuando em favor dos seus próprios interesses ou daqueles que não coadunam com o que seria um bem comum e universal²⁵¹.

A elevação do interesse público a um pedestal de supremacia, sobranceiro a todo e qualquer questionamento, enrobustece o problema. A supremacia do interesse público é, talvez, o dogma mais referenciado no Direito Administrativo nacional, mesmo que, em muitos casos, pouco se guarde de relação com a conformação original do instituto. Lança-se mão do argumento mesmo quando a consequência diga muito pouco com o que se pretende proteger ao suscitar uma supremacia do interesse público, o que pode ocorrer tanto pela incompreensão de qual é o dado interesse relevante, a merecer a tutela do Estado, quanto por se ignorar o resultado dessa suposta proteção. No primeiro caso, a ação estatal desvirtua-se por acautelar um interesse que não seria sensível à coletividade e, portanto, não traria nenhum benefício evidente. No segundo, o equívoco se materializa no meio empregado pela Administração para a proteção do que se considera um interesse relevante, isto é, o problema não está na interpretação sobre a necessidade de se proteger um dado direito, mas, sim, no meio escolhido para tanto, que pode se mostrar inócuo ou mesmo proscreever em definitivo esse direito.

A dicotomia que caracteriza o interesse público como uma figura abstrata e distante do interesse individual daqueles submetidos à Administração diz muito mais com a provisão de um arrimo ao arbítrio do que ao que seriam propriamente os anseios desse denominado interesse público. Não se nega que é possível cogitar da existência de um interesse coletivo que não se confunde com o interesse particular de cada membro da sociedade ou do mercado. Por certo, há interesses que ultrapassam a esfera individual, porquanto se voltam ao atendimento de anseios genericamente aceitos como relevantes ao substrato social. Daí a concluir que esses interesses gerais são contraditórios aos interesses específicos já não parece ser um caminho razoável.

²⁵¹ As dificuldades desse antagonismo foram muito bem evidenciadas por Sabino Cassese: “Por tanto, si bien el Consejo de Estado es el tutor de los derechos de los particulares, también es el protector de las prerrogativas de la Administración, que debe poder perseguir el fin público [...] Este doble papel del Consejo de Estado constituye el origen de gran parte de las contradicciones del Derecho administrativo, temeroso, de un lado, de la invasión privada del área pública y preocupado de poner al interés público a salvo de ésta; y temeroso, de otro lado, de los privilegios de la Administración pública y atento a aumentar frente a ella la protección de los ciudadanos.” (**Las bases del Derecho Administrativo**. Trad. Luis M. Marcano Salazar. Santiago, Chile: Ediciones Olejnik, 2020, p.44-45).

De mais a mais, construir um conceito de interesse público como algo distante do interesse particular ignora a própria construção do Estado moderno, especialmente no seu caráter mais liberal. Ora, já se viu e há muito é cediço que o direito à propriedade privada é um dos cânones da concepção moderna de Estado²⁵², a justificar, inclusive, o exercício do poder de polícia para a sua proteção. E é certo que a defesa da propriedade privada é, de início, a defesa de um interesse particular, mesmo que justificado de modo mais amplo a partir de outros cânones (pacificação social, preservação dos meios de produção, dentre outros). Fato é que mesmo com mitigadores mais hodiernos (como é o caso da função social), a defesa da propriedade privada continua sendo aceita como algo legítimo do agir estatal²⁵³ e ninguém chega a questionar que seja ela um atentado ao interesse público.

Enfim, é preciso apartar o interesse público do que seria um interesse do Estado ou da Administração. Ao assumir que uma parte relevante da legitimação da ação estatal moderna recai sobre a proteção de direitos que conformam interesses públicos relevantes, não se pode admitir que o Estado sirva aquilo que importa à Administração, especialmente para fins de reafirmação do poder. Presunção dessa ordem flerta com o arbítrio, eis que sob o bojo de defender o interesse geral – que legitima a sua própria atuação – a Administração restaria ocupada apenas do seu próprio desiderato, pretendendo forcejá-lo à coletividade²⁵⁴.

Há mesmo uma contradição em termos ao se pugnar a existência de um único e abstrato interesse, porquanto numa sociedade complexa e de diversas matizes é difícil supor da existência de um denominador capaz de aglutinar a plêiade de interesses contrapostos, muitos deles legitimamente relevantes para justificar a guarida estatal²⁵⁵. O que não implica em desconhecer que ao Estado é dado o papel de comungar esses interesses e refleti-los no seu papel de ordenador da vida social, o que, aliás, acaba sendo um dos principais elementos legitimadores da noção do Estado pós-absolutista.

²⁵² SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro**: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 162.

²⁵³ LOUGHLIN, Martin. **Foundations of Public Law**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2010 p. 397-398.

²⁵⁴ YSERN, Enrique Rivero; RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **O direito administrativo da dignidade humana e do interesse geral**: fundamentos e princípios. Tradução de Marly N. Peres. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018 p. 19.

²⁵⁵ “A large range of social goals or interests can make legitimate claims on any theory of what is good or just. (...) To the extent that multiple goals exist, however, one obvious challenge is melding them into a workable sense of the good. Whatever these notions (including efficiency) are in conflict, there must be some way of resolving how much of one and how much of another society considers to be just” (KOMESAR, Neil K.. **Imperfect alternatives** Choosing institutions in Law, Economics and Public Policy. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, p. 33).

A questão ao avocar a supremacia irrestrita do interesse público é, portanto, o risco que se incorre no equívoco sobre o que seria relevante à sociedade, especialmente quando se atribui a um determinado direito específico a condição de superior a todos os demais. Conforme bem expõe Floriano de Azevedo Marques Neto:

Não se pode mais entender por interesse público algo tão genérico a ponto de se resumir ou pela negativa – como interesses não privados – ou a partir dos abstratos interesses definidos por um Estado plenipotenciário e distante dos reais interesses existentes no cada vez mais complexo corpo social. Ao nosso ver, deve-se hoje enfocar o interesse público como um elo de mediação de interesses privados dotados de legitimidade.²⁵⁶

E, nesse esteio, não se trata de esvaziar o papel tutelar do Estado na defesa de interesse social relevante, mas, sim, de admitir que mesmo interesses inicialmente tidos como meramente privados, podem ter sua proteção tutelada de igual forma. Isso, longe de esvaziar o interesse público, consagra, justamente, aquilo que sempre foi o seu propósito: coibir o arbítrio e direcionar a ação estatal em prol de uma noção de bem comum preponderante²⁵⁷. Não há nada de errado em admitir a existência de uma confluência entre interesses privados e interesses públicos, especialmente porque o dito interesse público é múltiplo na sua origem, ao congregar grupos que conformam uma sociedade de diversas matizes.

É possível, pois, atender ao que pugna a tese do interesse público por intermédio da proteção de interesses mais diretamente associados aos particulares, mormente quando não há uma divisão tão marcante entre um e outros.

3.2.3. Os interesses no contrato administrativo

O contrato administrativo é um ambiente bastante proeminente na demonstração da aproximação entre os interesses privados e o interesse público. Ora, ao decidir delegar uma dada prestação ao particular, a Administração está trespassando parcela do seu dever de tutor do interesse público ao privado, que se incumbe dessa prestação. Não se contrata em favor da Administração, mas, sim, sob a pretensão de que o escopo avençado é relevante ao interesse público²⁵⁸.

²⁵⁶ **Regulação estatal e interesses públicos**, Op.cit., p. 149.

²⁵⁷ “Essa afirmação – de que interesse público é o interesse coletivo primário – exige reflexão, atividade pouco praticada, muito pouco mesmo entre os estudiosos do direito. Apenas na medida em que a respeito dela tenhamos suficientemente refletido seremos capazes de compreender a afirmação da supremacia do interesse público sobre o privado. Não se trata, aí, de conferir privilégio ou preferência ao interesse do Estado ou da Administração (interesses secundários), porém de preferir, privilegiar o social (coletivo) em relação ao individual (privado).” (GRAU, Eros Roberto. **Licitação e contrato administrativo**: estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p.17).

²⁵⁸ “[...] a actividade administrativa norteadada pela prossecução do interesse público exige a celebração de contratos, dado que, doutra forma, seria mais oneroso ou mesmo impossível impor unilateralmente a sua vontade. Na verdade, a contratualização facilita, muitas, a realização do interesse público ao fazer comungar o administrado no propósito a alcançar, ou seja, ao contratualizar em vez de impor a Administração como que

Ao fazê-lo, aproxima-se o interesse público daquele próprio do contratado, quando menos na aceitação de que é preciso assegurar as condições necessárias para que a prestação ocorra de modo eficiente. Seria um contrassenso supor indesejável a proteção do contratado para que ele logre entregar de modo devido o objeto cuja prestação ou fornecimento lhe fora encomendado pelo Estado. Assim o fosse, ter-se-ia que admitir que a inexecução ou, ao menos, a execução mais onerosa do contrato é a melhor forma de atendimento ao interesse público, o que é, sem dúvida, despropositado. E, não por acaso, é essa a razão de toda a construção da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro acima já apresentada e que encontra, em nossos tempos, guarida na Constituição.

Diz-se do papel instrumental do contrato administrativo especialmente porque sua função é a de atender ao interesse público mediante a entrega de um objeto a este relacionado. O contrato existe, portanto, para complementar a atuação direta do Estado na consecução do interesse público²⁵⁹. E, nesse esteio:

A mútua desconfiança que distancia a Administração Pública dos particulares deve, de fato, ser superada. O interesse privado precisa deixar de ser visto como menor ou indigno, especialmente porque o Estado sozinho não é capaz de realizar todos os interesses e necessidades da vida em coletividade. Necessita, e muito, do concurso privado e, dessa forma, não pode demonizá-lo, nem o submeter a regime jurídico iníquo²⁶⁰.

Aceitar uma sobreposição do interesse público de modo absoluto sobre o interesse do contratado equivaleria à proscricção completa do contrato administrativo, a partir do momento em que se reconhece como óbvia que a relação entre as partes não pode ser de mera sujeição do particular à Administração²⁶¹. Assim o fosse, era mesmo improvável que qualquer um se dispusesse a adentrar uma relação contratual com o poder público, desprovido de qualquer proteção e despido de qualquer interesse próprio.

chama para o seu lado (o da realização do interesse público) o administrado.” (PEREIRA, Pedro Miguel Matias. **Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 17).

²⁵⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A formação das decisões da Administração Pública nos contratos administrativos. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, set. 2018/fev. 2019, p. 185-205.

²⁶⁰ BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo: 15 anos depois reflexões críticas e desafios para os próximos quinze anos. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPTISTA, Patrícia (Org.). **Direito Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015, p. 385-409.

²⁶¹ “Distinta é, do mesmo modo, a natureza jurídica das posições dos contraentes, pois a inegável disparidade jurídica entre as partes, não é tão forte quando a desigualdade estrutural que se verifica no âmbito da emissão de um acto administrativo – neste caso o que há, entre Administração e contraente privado, é uma disparidade relacional que, projectada na relação contratual, é tributária da referida desigualdade estrutural mas, aqui, decisivamente mitigada pela circunstância de se tratar de um contrato onde, quanto ao contraente privado, existe vontade contratual e não mera sujeição.” (PEREIRA, Pedro Miguel Matias. **Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos**, Op. cit., p. 58).

Afastar o contrato administrativo do direito do contratado é um passo incompatível com o interesse público. A uma, porquanto negar-se-ia até mesmo a possibilidade de a Administração contar com a prestação privada, enfraquecendo a consecução das atividades caras a esse interesse. A duas, pois um contrato essencialmente oneroso e descompassado tende a tornar a prestação mais custosa e menos eficiente, transferindo o ônus para a sociedade, a suportar encargos mais elevados ou a fruição de um bem ou serviço de menor qualidade.

Não por acaso, quando se cogita de exorbitância da posição contratual da Administração não se está a negar direitos aos particulares por ela contratados, o que fica especialmente evidente ao se analisar o tratamento dispensado pela legislação ao exercício das prerrogativas. Conforme já se expôs mais acima, ao predicar os poderes detidos pela Administração, a lei vigente os conforma com a proteção daquilo que se entende mais relevante ao contratado: o equilíbrio econômico-financeiro. Não se admite que o uso das prerrogativas resulte na derrocada desse equilíbrio, ele próprio um ponto claro de interseção entre o interesse público e o interesse privado²⁶². A expropriação, direta ou mediante imposição de ônus demasiado nunca foi aceita pelo interesse público. Pelo contrário, é da essência da formação do Estado Democrático de Direito a proteção dos interesses individuais contra a supressão patrimonial indevida por parte do Estado. E não há diferença em se sustentar o direito do expropriado à indenização pelo Estado do direito do contratado à justa remuneração pela sua prestação. Nos dois casos, o interesse público não pode servir como amparo à pretensão estatal contrária ao interesse particular.

Não é o caso de advogar que a exorbitância sirva ao propósito específico de beneficiar o contratado ou de eivar a sua responsabilidade – ou do próprio gestor público – especialmente quando o potencial insucesso da prestação fora provocado pela atuação deliberada de um deles. A prerrogativa – lembre-se – serve ao interesse coletivo manifestado na entrega da prestação ou bem contratado e é sob esses propósitos que deverá ser exercitada.

3.3. Consensualidade, e não imperatividade

²⁶² “A alteração se legitima juridicamente como um meio de melhor realizar os interesses coletivos. Mas essa competência reconhecida à Administração Pública se insere num regime jurídico democrático, em que a invocação do ‘Bem Comum’ não autoriza a supressão dos direitos constitucionalmente assegurados aos particulares. Em face da CF/1988, o Estado não pode confiscar a propriedade privada. É antijurídico – senão penalmente reprovável – apropriar-se dos bens alheios, destruir os interesses protegidos pela ordem jurídica. Essa antijuridicidade se verifica inclusive nos casos em que a Administração persegue a realização do interesse coletivo ou invoca um ‘interesse público’. Portanto, a tutela aos direitos fundamentais de um sujeito privado não pode ser neutralizada nem superada mediante a invocação à supremacia do interesse público. Daí se segue a vedação a uma alteração contratual que produzisse a violação a direitos fundamentais e que invocasse, como fundamentação, a realização do interesse público.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**, Op. cit., p.1363).

O poder contratual extroverso da Administração surge – já se viu – no bojo das discussões sobre o trespasse de atividades da Administração aos particulares, assumido que a necessidade de se valer de terceiros deveria ser acompanhada de medidas de proteção do interesse coletivo. Já que é imprescindível contar com a prestação de particulares²⁶³, que sejam conferidos instrumentos para que a Administração possa compeli-los à obtenção dos objetivos do contrato.

Uma parcela relevante da justificativa da exorbitância da Administração na relação contratual foi amparada numa percepção até certo ponto maniqueísta de que o interesse do particular seria necessariamente antagônico ao interesse público que a contratação deveria almejar. Posto na posição adversarial, o particular precisaria ser contido e, para tanto, à Administração era preciso ser outorgado o meio necessário para conduzir a relação contratual, com instrumentos de contenção da liberdade do seu contratado. Afinal, a premissa vigente – ainda hoje prevalente²⁶⁴ – é a de uma relação vertical entre o interesse público e o interesse privado²⁶⁵.

A concepção adversarial é, pois, um elemento conformador do poder extroverso e continua a reger a crítica que se faz à tentativa de tornar o contrato administrativo mais colaborativo. Ainda é vívida a convicção de que a abertura à colaboração mais assertiva entre Administração e seus contratados conduz à fragilidade do contrato, em detrimento do interesse público. Cogita-se que uma solução consensual abriria caminho para favorecimentos, dependência da Administração e, em casos extremos, para a corrupção²⁶⁶, o que, realmente, pode ocorrer em alguns casos.

Apesar disso, advogar a tese de um imperialismo administrativo é algo anacrônico diante da evolução do instituto contratual e, mais ainda, da própria noção de Estado, inclusive quanto ao exercício do poder e sua legitimação. A uma, porquanto alheia à transformação em curso

²⁶³ Gustavo Henrique Carvalho Schiefler destaca bem a infalibilidade da dependência do particular para o desempenho das atividades públicas: “Em razão da vinculação orgânica dos diálogos público-privados às atividades da administração pública, a inevitabilidade desse fenômeno e a sua própria existência não são hipóteses a serem investigadas neste estudo; antes, são pressupostos fáticos adotados para o seu desenvolvimento. As relações dialógicas entre a administração pública e os particulares configuram o justo meio pelo qual materializadas inúmeras atividades que fundam a sua própria razão de existir. A administração pública atua, regula, concede, autoriza, contrata, negocia, fiscaliza, penaliza, informa-se e presta serviços – para, perante e por intermédios de particulares.” (**Diálogos público-privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018 p.16).

²⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**, Op. cit., p. 130.

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). **Acordos administrativos no Brasil**, Op.cit, p. 33-62.

²⁶⁶ VAN SLYKE, David M. Collaboration and relational contracting. In: O’LEARY, Rosemary; BINGHAM, Lisa Blomgren (Ed.). **The collaborative public manager: new ideas for the twenty-first century**. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2009, p.137-156.

na própria Administração, cuja ação é cada vez mais condicionada – inclusive na legislação – por uma orientação mais colaborativa com o privado. A duas, pois a ojeriza com a interação público-privada é mesmo contraditória na essência com a noção do contrato, que pressupõe um mínimo de colaboração e uma divisão de obrigações e direitos entre as partes. A três, em virtude das consequências prejudiciais que essa falta de diálogo traz para a eficiência contratual, carente da contribuição do particular.

Adentrar a mudança postural da Administração, aderente à consensualidade como preceito da sua atuação, é fundamental à compreensão de um novo papel contratual, permeável por interações mais colaborativas e equânimes. Disso decorre uma nova pauta para a gestão contratual, menos próxima de um exercício potestativo e mais consentânea com a busca de soluções construídas a quatro mãos com o privado, tendo como norte a eficácia da prestação.

3.3.1. Do império à legitimação democrática

Ninguém poderá negar que o poder é inerente ao Estado, pois, afinal, a potestade é uma característica da ação estatal, a partir das prerrogativas e competências que lhe são outorgadas. Presente desde a concepção prematura de Estado²⁶⁷ e da original discussão sobre um direito regente da Administração Pública, a autoridade é elemento indissociável da atuação estatal e sobreviveu mesmo após a transição entre o absolutismo e o Estado de Direito²⁶⁸.

Algo se altera, no entanto, na percepção desse poder segundo a sua legitimação, que não pode mais se exaurir numa afirmação vaga do “poder pelo poder”, construída com base em antigos paradigmas da criação do conceito de Estado, muitos deles já visivelmente em processo de questionamento, outros já proscritos. Um denominador comum dessa mudança paradigmática foi a nova autopercepção dos cidadãos, que passam a se reconhecer como titulares de direitos, oponíveis ao próprio Estado²⁶⁹. O Estado Democrático de Direito, especialmente no pós-guerra abriu as portas para o amadurecimento de direitos individuais e reafirmou que ao Estado não somente é defeso proscrever tais direitos de modo arbitrário, como também se vê coagido a tutelar esses direitos²⁷⁰.

²⁶⁷ Doebling expõe como a autoridade não apenas é elemento constitutivo do Estado, mas como a sua perda – por fatores diversos que vão desde uma guerra civil ou à supressão por outro Estado – é um elemento desnaturador do Estado, isto é, carente de autoridade, a permanência de uma entidade estatal é mesmo questionável (DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Trad. Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 96-98).

²⁶⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 37.

²⁶⁹ RODRÍGUEZ-ARAÑA, Jaime. **Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales**, Op. Cit., p. 597.

²⁷⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.91.

A Administração, então, passa a ser confrontada com questões relacionadas à legitimidade das suas decisões, cada vez mais distantes de uma concepção autoritária, o que, de resto, acompanha a própria evolução do Direito Administrativo, que deixa de ter na estrita legalidade a sua única justificativa e não mais se deixa fundamentar em razões de império no interesse do Estado, para refletir um direito do cidadão²⁷¹. Num contexto dessa natureza, calcar as razões decisórias unicamente na própria razão do Estado é algo anacrônico e desconcertante em termos do que passa a dirigir as ações estatais. A perda de legitimidade de um agir imperativo passa a conformar novos caminhos do processo decisório da Administração, que, por sua vez, precisa buscar uma interação mais assertiva com a sociedade e, especialmente, com os destinatários dessa decisão, quando menos, para conferir maior arrimo à decisão e efetividade no seu cumprimento²⁷².

Após expor a adequação do Direito à realidade, o que torna inviável uma justificativa lastreada em linguagem formal, íntima apenas de uma lógica de império, Paulo Otero sustenta que:

Há aqui lugar a uma maior maleabilidade e flexibilidade do procedimento decisório e prevenindo-se eventuais litígios pela prévia aceitação das decisões pelos respectivos destinatários.

A actividade administrativa informal, superando a imperatividade unilateral da actuação de um poder todo-poderoso, acaba por envolver o reconhecimento de que a Administração Pública não tem mais em si o monopólio de todos os interesses envolvidos na resolução da complexidade das novas questões.

Uma tal insuficiência da Administração, aliada a preocupações de reforço de legitimação decisória numa democracia cada vez menos representativa, permite tentar edificar um modelo informal decisório baseado em três ideias: participação, negociação e consenso decisório.²⁷³

²⁷¹ Afinal, conforme mencionado por Forsthoff, as necessidades sociais são um assunto da Administração. E completa: “o Direito Administrativo passou por um profundo processo de mutação em sua sistemática, cujo resultado, hoje, é o Estado social em uma forma ainda não definitiva, mas já muito avançada. A todos nós são familiares as dificuldades dos juristas inseridos nessa transformação do Direito Administrativo. Ao lado de uma Administração interventora, surge uma Administração moderna, protetora e que ajuda. Esta não pode utilizar as velhas formas jurídicas da atividade administrativa, de modo que foram introduzidos novos desvios de rotas, com introdução de módulos do Direito privado, o que traz a dúvida sobre a própria caracterização e interpretação jurídica que devem ser dadas aos seus atos. A tradicional estrutura do Direito Administrativo, derivada essencialmente da noção de lei e do princípio da legalidade, está em grande parte superada pela postulação de novas garantias jurídicas da atividade administrativa [...]” (Concepto y esencia del Estado social del Derecho. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. **El estado social**. Tradução de José Puente Egido. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 69-106, tradução nossa).

²⁷² “O modelo de atuação administrativa marcado pelo viés autoritário e pela unilateralidade abre vez às formas concertadas de ação, então consideradas mais adequadas ao ambiente de parcerias que se apresenta tanto na prestação de serviços públicos por particulares quanto no próprio campo regulatório.” (SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=64611>>. Acesso em: 5 maio 2022).

²⁷³ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011, p.183-184.

É bem nítido que a derrocada do autoritarismo absolutista de Estado é siamesa da ascensão do Estado Democrático de Direito, que revela duas vertentes da novel legitimação do agir administrativo. A primeira, sem dúvida, é que o Estado precisa ser contido para evitar excessos simpáticos ao arbítrio; a segunda é que a sociedade democrática é altamente complexa e profícua de interesses contrapostos, todos eles legítimos em algum grau²⁷⁴. Daí advém a cobrança por ações estatais mais pluralistas, aptas a contemplar um mínimo existencial para cada um dos interesses levados à guarida estatal.

Ao ser cobrado para atender a uma multiplicidade de interesses, o Estado deixa de ter o seu próprio como primordial na condução das suas ações e atividades. A Administração, obreira do Estado, passa a ser instada a contemplar esses interesses, o que também diminui a faculdade de privilegiar seu desejo²⁷⁵. A sociedade se agiganta diante do Estado nesses dois momentos: de início, ganha impulso com a ideia democrática que translada a justificativa do poder estatal, saindo do império e adentrando a proteção dos indivíduos; em seguida, apresenta ao Estado uma pauta mais robusta de interesses e direitos que devem contar com a proteção estatal.

O percurso trilhado a partir da justificativa de império até uma legitimação mais democrática não renega a necessidade do exercício da autoridade, sendo certo que diversos atos da Administração ainda necessitam de coercitividade e resultam na supressão ou limitação de direitos. Contudo, mesmo esses atos não podem mais buscar amparo numa alegação simplista de que o Estado é detentor do poder de polícia e concentra as ações repressoras na sociedade. O desempenho da autoridade deixa de ser autoritário para ser pragmático e democrático, de modo que a prática de qualquer ato administrativo precisará ser motivada *a*

²⁷⁴ “Nas últimas décadas, o engajamento público ativo foi a ponta de lança de transformações sociais e legais. Movimentos sociais provocaram mudanças fundamentais nas atitudes públicas em relação às minorias de gênero, racial, religiosas e de orientação sexual. [...] É verdade que a edição de uma lei pode demorar tempo, mas meu interesse é na organização de processos inclusivos realizados por entidades governamentais editando normas sob pressão. Numa democracia onde cidadãos têm diferentes pontos de vista, um consenso unânime não é o objetivo. Usualmente, haverá vencedores e perdedores, mas o Estado pode instituir procedimentos que é os cidadãos aceitam como legítimos mesmo que nem sempre alcancem o resultado almejado.” (ROSE-ACKERMAN, Susan. **Democracy and executive power: policy accountability** in the US, the UK, Germany, and France. New Haven, EUA: Yale University Press, 2021, p. 256, tradução nossa).

²⁷⁵ “O paradigma autoritário começa a ser erodido pelo fato de que as sociedades contemporâneas são crescentemente sujeitas a clivagens de interesses. Os conflitos se tornam mais complexos. As aspirações de grupo e setores sociais ficam mais sofisticados. Nesse quadro, as aspirações da sociedade são maiores e sobrepostas; E o seu provimento torna cada vez mais difícil a manutenção dos mitos acima vistos: a pluralidade de interesses públicos, muitas vezes colidentes, fica explícita; a necessidade de arbitramento entre interesses públicos conflitantes faz impossível manter a ideia de sua autonomia face aos interesses privados; por fim, as instâncias de organização da sociedade, situadas na esfera privada, tomam crescentemente para si as tarefas de consecução de interesses metaindividuais, o que impede a continuidade do discurso da exclusividade estatal.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago. **Princípios de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 417-451).

priori e finalística, no sentido de alcançar um objetivo previamente determinado²⁷⁶. Em ambos os casos, é cada vez mais difícil supor que o ato de autoridade reste motivado apenas para alcançar um interesse exclusivamente do próprio Estado ou da Administração²⁷⁷.

As ferramentas para o agir administrativo sob esse viés deixam de ser exclusivamente coercitivas, quedando-se mais abertas a soluções consensuais, o que está longe de enfraquecer a eficácia do ato administrativo. Esse, ao contrário, acaba sendo reforçado por uma aceitação muito mais profunda, eis que legitimado pela prévia participação do administrado no próprio procedimento de formação e decisão administrativa²⁷⁸. E é preciso lembrar que a legitimidade é uma busca contínua do Estado²⁷⁹, ávido por justificar a sua própria existência enquanto aparato potestativo e que detém a prerrogativa de condicionar e restringir direitos da sociedade que o compõe. Não por acaso, de acordo com Gustavo Justino de Oliveira:

Cumpra aprioristicamente à organização administrativa estatal conferir respostas às demandas sociais. A principal função do aparato administrativo estatal é a de receber os influxos e estímulos da sociedade, rapidamente decodificá-los e

²⁷⁶ “[...] a fonte de legitimidade do poder de polícia é extraída da própria relação entre os direitos fundamentais e a democracia, entendidos como elementos cooriginários que estruturam o Estado democrático de direito. A energia ordenadora da vida social e econômica tem origem na necessidade de se viabilizar o funcionamento de um sistema de direitos internamente, além de compatibilizá-lo com aspirações e interesses transindividuais, sob a forma da deliberação democrática. Cria-se, assim, uma relação essencialmente dinâmica que exige e limita, simultaneamente, o exercício de funções de ordenação pelos órgãos e entidades do aparelho estatal, assim como por diversas instâncias da sociedade civil. Não há, portanto, em termos apriorísticos, nem supremacia geral em favor do Estado, nem sujeição geral em desfavor dos particulares, mas um conjunto maleável de conformações possíveis entre posições individuais e coletivas, que habilitam e delimitam, a um só tempo, a atividade ordenadora tradicionalmente conhecida como poder de polícia” (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 65).

²⁷⁷ “Embora não haja dúvida de que, se existe Direito, é porque existe a possibilidade (em geral) de impor coactivamente as normas jurídicas aos que se desviam das mesmas, também é certo que existe um elevado número de indivíduos que aceitam as normas de maneira mais ou menos espontânea. Este último aspecto significa que o Direito não está exclusivamente ligado ao poder físico, mas também ao poder das ideias; que não é só força, mas também consenso. E outro tanto, *mutatis mutandis*, cabe dizer do Estado, o qual não pode definir-se exclusivamente como o órgão que detém o monopólio da violência física. No Estado há-de ver-se também uma instituição através da qual se perseguem – e se alcançam – determinados fins recorrendo a meios coactivos e não coactivos. O funcionalismo do aparelho estatal seria incompreensível sem o fenômeno da ‘autoridade’, isto é, do poder que se tem não – ou não só – porque se dispõe da força física, mas em virtude de certas qualidades vinculadas com o saber, com o prestígio, com posição social... A política não pode ser vista unicamente – embora às vezes exija esforço – como uma actividade dirigida à conquista do poder e à respectiva manutenção, mas também como uma práxis que consiste em alcançar certos objetivos importantes, respeitando os direitos dos indivíduos.” (ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 151).

²⁷⁸ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**, Op. cit., p.185.

²⁷⁹ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados**, Op. cit., p. 25. Ainda sobre o ônus da legitimação do Estado, Alasdair Roberts destaca que, mesmo Estados estáveis, enfrentam crises de legitimidade e precisam engendrar novos arranjos para manter a sua legitimação (**Strategies for governing: reinventing public administration for a dangerous century**. Ithaca, EUA: Cornell University Press, 2019, p. 34).

prontamente oferecer respostas aptas à satisfação das necessidades que se apresentam no cenário social.²⁸⁰

O mister administrativo é, pois, eminentemente responsivo e alcança a sua legitimação sobretudo na prestação de serviços e atividades que contemple os anseios sociais. O Estado se torna lúdimo pela aclamação da sua indispensabilidade para granjear os interesses sociais primordiais²⁸¹.

3.3.2. A Administração Pública consensual

Ao se entender o Estado como instrumento para ressoar os anseios da sociedade, perde-se o sentido tradicional do agir administrativo. Afinal, é incompatível que um agente aglutinador de demandas e interesses, guie-se pelas suas próprias razões e aja de maneira meramente imperativa. É difícil imaginar que o cumprimento de pautas distintas e que demanda, justamente, um diálogo ativo entre sociedade e Estado, seja alcançado por atos meramente de império.

A demanda atual do Estado demonstra ser infrutífero insistir no modelo tradicional de atuação administrativa, calcado no ato unilateral, fundamentado precipuamente – ou exclusivamente – na legalidade (nem sempre afeita ao mérito do anseio social) e num contencioso primordialmente voltado a aferir a validade desse ato pela sua forma, muito mais do que no seu mérito. Toda a avaliação da ação administrativa, nesse contexto, cinge-se a aferir a submissão ao texto legal e, em seguida, se as formas neste predicadas foram contempladas na decisão do agente público²⁸².

Por outro lado, a imperatividade tem seu cerne na vontade da própria Administração, que opera precipuamente para a consecução dos objetivos do Estado. Não há interferência externa e a motivação pode mesmo se exaurir no elemento volitivo do agente público, desconectado, inclusive, do resultado daquilo que pratica. A imposição dessa vontade não encontra resistência dialógica e tampouco precisa de qualquer legitimação adicional além do binômio previsão legal/aplicação da vontade da Administração. Tem-se, pois, aquilo que Juliana Bonacorsi de Palma se refere como prerrogativa imperativa, entendida como a

²⁸⁰ Administração Pública democrática e efetivação de direitos fundamentais, **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, jun. 2008, p. 7-20.

²⁸¹ “A verdadeira base do poder governamental e a interdependência social; há uma ‘relação íntima entre a potestade e a obrigação de prestar determinados serviços’”. (LOUGHLIN, Martin. **Foundations of Public Law**, Op.cit., p. 405, tradução nossa).

²⁸² SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.45.

“faculdade da Administração de impor o conteúdo de sua decisão administrativa unilateralmente determinada”²⁸³.

A primazia da prerrogativa imperativa começa a ser questionada com a ascensão do Estado Democrático de Direito e com o Estado do Bem-Estar social. De um lado, no campo jurídico, a legalidade, própria do Estado de Direito, passa a ser qualificada por meio de um conteúdo legislativo propositivo de direitos, abarcados especialmente nas Cartas de cada país. Do ponto de vista das funções estatais, perde força o Estado liberal, marcadamente voltado à manutenção de liberdades individuais e da proteção à propriedade²⁸⁴; o Estado, então, passa a ser um promotor ativo da pauta de direitos eivada à obrigação constitucional

Nesse contexto, a ação estatal se afasta da imperatividade e abre-se ao diálogo com a sociedade. O fundamento da decisão administrativa não é mais, exclusivamente, a própria vontade da Administração sob à égide de previsão legal marcadamente formalista e tendo como único limitador a proteção dos direitos individuais (notadamente, o da propriedade)²⁸⁵, cabendo-lhe adotar aquilo que é demandado pela sociedade, de modo que os interesses dela sejam considerados no mérito do ato administrativo.

A abertura à consensualidade não foi graciosa, porquanto adveio do câmbio da percepção da própria sociedade em relação à paridade de armas com o Estado. No processo evolutivo, os indivíduos se tornaram muito mais ciosos dos seus direitos e, mais do que isso, quedaram-se mais cientes da necessidade de legitimação do próprio Estado. Diante de uma sociedade mais demandante, o Estado não poderia mais se sustentar na presunção de que seus atos seriam aceitos unicamente no argumento de autoridade, porquanto as exigências que lhe são imputadas são mais amplas, inclusive acerca da maior participação no processo decisório²⁸⁶. Complementarmente, a amplitude de pautas colocadas à prestação estatal forceja a interação maior com a sociedade, a aferir as necessidades mais prementes, o que torna mais eficiente

²⁸³ **Sanção e acordo na Administração Pública**, Op. cit., p. 72.

²⁸⁴ “No plano do Estado Liberal, o direito administrativo se caracterizou, predominantemente, como uma prestação unilateral do Estado, ainda que submetido ao pressuposto de legalidade. Salvo casos específicos em que a relação administrativa prevê a adesão da vontade do administrado (como na progressiva formação do regime dos contratos administrativos) a Administração Pública goza, como regra, de uma margem autoritária no sentido de sobrepor seus atos ao consentimento do administrado.” (TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo participativo*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, p. 1–6, 1997. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47038>. Acesso em: 13 mar. 2022).

²⁸⁵ “Os princípios constitucionais que abrigavam o poder limitado do Estado e a proteção à propriedade não mais restringiam a habilidade de grupos políticos dominantes para desviar recursos em seu favor. Em vez disso, os políticos seriam o fórum central e estratégico no sistema posterior ao *New Deal*. Se indivíduos ou grupos desejassem proteger e defender seus interesses, precisariam, necessariamente, participar ativamente da vida política da nação.” (ACKERMANN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional**. Tradução de Mauro Rapposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 179).

²⁸⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**, Op. cit., p. 164.

a prestação estatal. A participação popular, então, direciona a atuação estatal à precisa consecução dos resultados esperados, o que torna a decisão administrativa mais legítima e mais eficiente²⁸⁷.

O procedimento decisório, portanto, busca na negociação prévia com os agentes interessados a sua legitimação. Dispensa-se, assim, o “modo de decidir [...] determinado na forma sequencial (o procedimento) e da ponderação (a discricionariedade)”, de modo que “[n]ão é o procedimento que modula a negociação, mas a negociação que plasma o procedimento. A série ou sequência se adapta à necessidade do acordo. A liberdade das formas próprias do direito privado penetra no direito público”²⁸⁸. Decerto, a decisão tomada ao cabo de procedimento dialógico, com participação social, reveste-se de maior legitimação, quando menos por não ser construído no bojo de um processo unilateral do Estado. A confluência de opiniões ocasiona maior discussão na tomada de decisão e confere-lhe elementos adicionais que diminuem o risco de questionamento posterior²⁸⁹.

Ao constatar a receptividade ao seu anseio, a sociedade tende a aceitar menos combativamente a ação estatal; mesmo quando sua contribuição não é plenamente atendida, ainda assim é possível apaziguar os interesses contrapostos que percebam a relevância dada a sua participação no processo decisório. A motivação administrativa sorvida do resultado de um processo participativo é mais sólida e com maior possibilidade de resistir à oposição de determinados grupos de interesses que não tenham sido agraciados pela decisão da Administração. Habermas ressalta as benesses do cruzamento entre “normatização discursiva do direito” e “formação comunicativa do poder”, processos que legitimam leis e políticas a partir de um processo comunicativo, quando, então, “no agir comunicativo os argumentos também formam motivos”²⁹⁰.

²⁸⁷ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 53-54.

²⁸⁸ CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, SP: Saberes Editora, 2010, p. 142-143.

²⁸⁹ “Assim, a concordância ou aderência dos cidadãos aos provimentos emitidos pelos centros decisórios administrativos será uma consequência da maior legitimidade dessa decisão, pois seus pleitos, opiniões e sugestões foram ao menos apreciados. Isso acarretará maior eficácia e efetividade das decisões administrativas, sendo o caso de defender-se hodiernamente a legitimidade pela participação, inclusive como meio de obter-se maior eficiência no desempenho da função administrativa e maior justiça da decisão administrativa.” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração Pública democrática e efetivação de direitos fundamentais*, **Fórum Administrativo – FA**, Op. cit.).

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003, p. 191. O autor descreve, ainda de que maneira a “institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião da vontade [...] deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: o princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da

Outra externalidade positiva da abertura ao diálogo é o aproveitamento de uma diversidade cognitiva, isto é, a incorporação de maior amplitude de técnicas e conhecimento, que somente pode advir da contribuição de um número maior de pessoas²⁹¹. O mito de uma Administração detentora de todo o conhecimento não convém com a realidade, sobretudo numa sociedade em constante transformação e numa conjuntura de evolução tecnológica acelerada. Pressupor que a decisão isolada do agente público possa fazer frente à multiplicidade cognitiva e informações necessárias à motivação meritória do ato é algo fantasioso e, portanto, alheio à qualidade do agir administrativo.

A comunhão da legitimidade com o maior aproveitamento da diversidade de opiniões contribui, por sua vez, à eficiência da decisão administrativa. De um lado, ao se legitimar previamente pela interlocução social, o ato da Administração tende a minar a resistência a sua implementação; do outro, ao sorver um plexo maior de conhecimentos, aumenta a possibilidade de acerto. Ainda, a abertura à contribuição externa diminui o encargo sobre a Administração acerca dos esforços – e custos associados – necessários à fundamentação da sua decisão. Ora, sendo a motivação um preceito cogente da atuação do agente público, há de se imaginar que a correta consecução dos seus atos busque previamente a correta justificativa, o que, no mínimo, irá exigir tempo e esforços dele próprio, e, provavelmente, custos adicionais para conformar melhor a decisão (contratação de consultorias, alocação de outros agentes públicos da própria entidade ou de outra entidade da Administração etc.).

Os benefícios da consensualidade como elemento do processo decisório da Administração são expostos por Patrícia Baptista, que, ademais, exemplifica diversos modelos que consagram a atuação consensual:

A consensualidade é outra palavra de ordem do direito administrativo contemporâneo. Parcerias público-privadas, procedimentos de manifestação de interesse, diálogos competitivos, regime diferenciado de contratação, consórcios, autorregulação regulada ou compartilhada etc. O que de mais atual tem sido gestado no direito administrativo aposta as suas fichas em mecanismos de consenso, de adesão e de cooperação dos particulares com a Administração, no lugar dos modos tradicionais de ação pública estatal, do tipo comando-controle, baseados na lógica adversarial. A ação consensual é, de fato, mais rápida e barata e, possivelmente por isso, mais eficiente.²⁹²

opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento, as são 'isentas de violência', no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. (*Idem*, p. 190-191).

²⁹¹ LANDEMORE, Hélène. **Democratic reason**: politics, collective intelligence, and the rule of the many. Princeton, EUA: Princeton University Press, 2017, p. 104.

²⁹² BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo, Op. cit.

Donde se vê que a consensualidade já é uma realidade, mesmo normativa, no nosso ordenamento, inclusive com alguns arranjos contratuais (PPP, consórcios, contratos de gestão) marcados por um espírito muito mais colaborativo. Resta saber, no entanto, o quanto desse aparato doutrinário e normativo se concretiza numa revisão do exercício das prerrogativas.

3.3.3. A concertação interpartes do contrato administrativo

A dicotomia entre imperatividade e consensualidade está no centro da discussão sobre a ressignificação das prerrogativas contratuais da Administração. Ora, a motivação desse antagonismo é, justamente, a superação da ação quase arbitrária do Estado em favor de um modo mais aberto ao diálogo, o que importa à compreensão dos excessos da exorbitância e do repto para que essa se concretize de modo mais dialógico do que imperial.

Transladado ao contrato administrativo, o agir imperativo do Estado aproximaria o exercício das prerrogativas em arbítrio, sendo certo que nesse modo de atuação estatal, “[a] prerrogativa imperativa reveste a Administração da faculdade de impor sua decisão aos administrados, sem necessidade de aquiescência dos mesmos para estabelecer a relação de sujeição especial em torno de obrigações concretas”²⁹³.

Sustentar uma relação mais harmônica e equânime entre as partes do contrato administrativo predica, pois, a prevalência do consenso e de maior autonomia negocial entre elas. Admitir esse tipo de intercâmbio não desnatura o contrato administrativo, e, por outro lado, também não tem o condão de retirar a faculdade de o poder público intervir a partir do momento que aperceber o risco ao interesse coletivo²⁹⁴.

Ao contrário, é plenamente conciliável atender ao interesse que motiva a contratação e, afinal, que justifica a existência de poderes da Administração. Basta, para tanto, que a abertura a soluções negociadas e à participação mais efetiva do particular na definição das condições da execução atuem em favor do contrato. A valer a máxima de que a prerrogativa deve sempre prevalecer – e, pior, preponderar sobre a vontade e direitos do contratado –, mesmo quando dela não advier nenhum benéfico à execução, ter-se-ia uma situação abstrusa: de um lado, o contrato reclama uma dada providência, que seria mais facilmente

²⁹³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**, Op. cit., p. 73.

²⁹⁴ “Os poderes de autoridade não prejudicam o instrumento contratual. São uma simples consequência do interesse público, mas que deixam intacta a vontade das partes na sua capacidade de gerar direito. Interesse público e contrato não são opostos, como já foi referido. O contrato é um instrumento com a flexibilidade necessária para se compatibilizar com o interesse público, seja este o da imparcialidade e transparência de procedimentos, próprio da fase pré-contratual, seja o da adequada execução das obrigações contratuais pelo cocontratante da Administração, próprio da fase de execução do contrato.” (MONCADA, Luiz S. Cabral de. **O contrato administrativo e a autoridade da Administração**. Lisboa: Quid juris, 2021, p. 104-105).

contemplada numa negociação ou por uma solução acordada pelas Partes; porém, abdica-se dessa solução tão-somente para manter-se intacta a suposição de que não há contrato administrativo sem exorbitância e de que essa é absoluta, mesmo quando demonstrada sua inocuidade (ou mesmo prejudicialidade). Optar pela forma (império) em detrimento do resultado (obtido por via consensual) não é apenas uma incongruência lógica, mas descaminha o próprio fundamento da exorbitância – ao menos para quem entende que o poder administrativo não se resume num arbítrio, legitimado pelo bom atendimento ao interesse público que reclama sucesso na contratação.

Quando a abertura à negociação se apresenta como solução viável à eficiência do contrato, sem demérito ao interesse que arrima a contratação, é possível predicar que a adoção da via consensual é mesmo impositiva. Do contrário, ter-se-ia, aí assim, o descompromisso com o sucesso do contrato.

A consensualidade, não por acaso, passou a ser formalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, constando expressamente de uma série de diplomas. De um lado, novos regimes contratuais encerram instrumentos consensuais como elementos, do outro, mecanismos consensuais são incorporados como modo de composição e resolução de conflitos, com uma crescente utilização de procedimentos bilaterais (contratualizados) em substituição ao ato administrativo. No primeiro caso, as concessões de serviços públicos (incluindo as parcerias público-privadas), os consórcios públicos, os contratos de programa e os contratos de gestão são regimes que pressupõem articulação mais colaborativa entre as partes. Já na segunda hipótese, a decisão unilateral administrativa cede espaço a procedimentos dialéticos e com participação ativa do particular e, em alguns casos, com a transferência da competência decisória para terceiros (caso da arbitragem e da mediação, ou dos *dispute boards*).

Mesmo no regime geral de contratação, a nova Lei nº 14.133/2021 generalizou diversos instrumentos consensuais ou de maior participação privada já previstos em leis específicas e, indo além, inovou com outros dispositivos. É o caso, pois, do trespasse de atividades tradicionalmente monopolísticas da Administração ao particular, como na estruturação dos contratos, que pode ser feita pelo procedimento de manifestação de interesse ou pelo diálogo competitivo, ambos com a efetiva contribuição do particular na definição dos elementos da contratação. Mesmo tarefas inerentes à fiscalização são passíveis de delegação ao particular, algo que já havia, por exemplo, na figura do verificador independente dos contratos de concessão, e que passa a ser refletido na possibilidade de contratação de terceiros para auxiliar a Administração e na figura do certificador, com competência para aferir elementos

essenciais da licitação e do contrato (habilitação, projeto e recebimento – parcial e definitivo – do objeto).

O advento dessa plêiade normativa direciona a gestão contratual para um caminho menos imperioso, no qual as prerrogativas, tal qual usualmente interpretadas, tornam-se cada vez menos imprescindíveis ao contrato²⁹⁵. Conquanto permaneçam vigentes no texto legal, as prerrogativas são mitigadas por novos instrumentos, que, quando não bastam a substituí-las, renovam a hermenêutica tradicionalmente mais autoritária da exorbitância.

Nesse aspecto, não seria razoável abusar da capacidade de modificação unilateral e nem é desejável rescindir indistintamente o contrato. Num contrato orientado pelo resultado e com meios consensuais de gestão, é possível que as partes componham soluções mais eficientes, sobretudo quando se admite que, ao prejudicar o contratado, os efeitos protraem-se para a Administração e para o contrato, em detrimento dos beneficiários da prestação. Tome-se como exemplo um contrato de concessão, que, pelo seu caráter aglutinador de interesses²⁹⁶, desde o seu nascedouro é rico em disposições que impõem obrigações recíprocas e que é especialmente atento ao sucesso da sua execução, com a previsão de garantias oferecidas pelas partes e com uma alocação de riscos mais racional. Em alguns casos, especialmente em contratos de PPP, antes mesmo do início da prestação, a Administração pode já ter incorrido em dispêndios para o aporte de recursos necessários à construção da infraestrutura necessária à prestação do serviço.

A lógica é alicerçada sobremaneira na percepção de que o interesse a ser consagrado pelo contrato é construído com a comunhão dos interesses de cada parte contratante²⁹⁷, o que reflete na maneira com a qual o agente público historicamente manejou o poder extroverso

²⁹⁵ “Isso demarca, segundo me parece, um esgarçamento da teoria dos contratos administrativos no Brasil. Com a evolução e o estreitamento das relações entre Poder Público e iniciativa privada, vai fazendo cada vez menos sentido falar em cláusulas exorbitantes ou em relações verticais entre as partes, o que impele a uma evolução tendente – ao que me parece – ao abandono da ideia clássica de contrato administrativo e à chegada a uma contratualidade plena a vincular Administração Pública e iniciativa privada.” (SCHIRATO, Vitor Rhein. A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FGCP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, jun. 2013. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/138/21537/55561>>. Acesso em 21.2.2022).

²⁹⁶ “[...] a concessão desafia o suposto antagonismo entre interesses públicos e interesses privados. O objeto de uma concessão apresenta, a um só tempo, um interesse público, correspondente à finalidade justificadora da delegação de uma atribuição sua, e um interesse privado. Embora movidos por distintas finalidades, concedente e concessionário convergem para atingir um objetivo comum: realizar um cometimento público [...] No âmbito da concessão, os interesses do Poder Público e do concessionário são distintos, mas convergentes. Se os móveis são originalmente diversos, no ambiente contratual eles são compostos para convergir a um resultado (a consecução do objeto) que, por diversas razões, interessa a ambas as partes.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**, Op. cit., p.163-164).

²⁹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e a nova lei de parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 114-140.

que lhe é conferido. A predisposição para exacerbar as prerrogativas é detida, na origem, por disposições que alocam riscos à Administração, inclusive àqueles resultantes de modificações unilaterais por ela impostas ao contrato. O encerramento do contrato é igualmente impactado pelas obrigações impostas à Administração, mesmo em casos de término provocado por falha do particular contratado. Nesse ponto, aliás, a preocupação com a eficácia contratual e com a resolução consensual de questões contratuais foi reforçada pelo instituto da relicitação²⁹⁸, a permitir que o concessionário proponha à Administração a devolução do contrato quando diante de dificuldades que obstem a sua continuidade.

Ainda no âmbito das concessões de serviços públicos, a prerrogativa fiscalizatória da Administração também foi alcançada por um viés mais contratualizado e consensual, com a permissão para que a aferição do desempenho do concessionário seja delegada a um verificador independente. Conquanto preserve a decisão final sobre a fiscalização²⁹⁹, a Administração não é mais o único ente com a capacidade de apurar a execução contratual. Essa tarefa é dividida, então, com um terceiro, com notória capacidade técnica e que pode, inclusive, ser contratado pelo concessionário, com algumas condições impostas pela Administração.

Na origem, a abertura concedida à participação de terceiros no cerne da gestão pública dos contratos é motivada, justamente, pelo reconhecimento de que o agente público não é soberano no conhecimento de todas as técnicas e nem é detentor absoluto de todas as informações. Num cenário cada vez mais desafiador, no qual sobejam contratos que exigem

²⁹⁸ Prevista na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Sobre a relicitação, é oportuno mencionar que sua aplicação sofre com o fenômeno da prática refratária às inovações legislativas, exposto acima. Com efeito, um dos seus principais objetivos é prover um meio célere para que o contrato original se ultime e um novo assumo o seu lugar, o que demanda abdicar de procedimentos burocráticos, normalmente empregados nas situações usuais de encerramento contratual. Na prática, no entanto, a profusão de pleitos de relicitação, mesmo aqueles que já foram aprovados nos termos da legislação, ainda aguarda a definição com o encerramento dos contratos atuais e a nova licitação para a contratação subsequente. Até então, no âmbito federal, nove contratos aguardam a conclusão dos processos de relicitação, sobrestados por uma combinação de demora na conclusão de procedimentos – alguns deles desnecessários – com a imposição de exigências adicionais impostas pelo TCU (PEREIRA, Renée. Devolução de concessões e aeroportos trava investimentos previstos para infraestrutura. **O Estado de São Paulo**, 07 Mar. 2022. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,concessao-publica-rodovias-aeroportos-devolucao,70004000143>>. Acesso em: 20 Mar. 2022; RITTNER, Daniel. Na primeira relicitação, TCU cria jurisprudência. **Valor Econômico**, São Paulo, 23 Fev. 2022. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/coluna/na-primeira-relicitacao-tcu-cria-jurisprudencia.ghtml>>. Acesso em: 20 Mar. 2022).

²⁹⁹ Diga-se, ademais, que a preservação da atividade fiscalizatória da Administração não é algo indesejável. Ao contrário, conforme expõe Yescombe, os “consultores devem assessorar, mas não gerir o projeto” (**Public-private partnerships: principles of policy and finance**. Oxford, Reino Unido: Butterworth-Heinemann, 2007, p. 91, tradução nossa), diante do risco de que o trespasse integral acabe por aumentar os custos do projeto, inclusive pela alta remuneração desses consultores, bem como pela perpetuação da falta de conhecimento técnico da Administração.

múltiplas competências, o conhecimento tradicional do administrador pode não ser mais suficiente ao domínio de tudo que lhe será exigido na gestão contratual. E o contrato de PPP é exemplo dessa complexidade³⁰⁰.

A evidência de que a ação colaborativa pode escoimar lacunas e sanear falhas no exercício das prerrogativas é dada, também, pela Lei nº 14.133/2021, ao predicar a possibilidade de o gestor do contrato demandar do particular a contratação de um certificador independente como condição para aceitação de três itens relevantes das contratações administrativas³⁰¹. O art. 17, § 6º, da Lei estabelece que é facultado à Administração exigir essa certificação para a aceitação de “estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos”, “conclusão de fases ou de objetos de contrato” e para o “material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação”. A escolha por esses itens não é casual, sendo certo que são itens em que falhas na gestão contratual tendem a ser mais comuns³⁰², o que atrai a necessidade de complementar a atuação do administrador público com uma chancela externa, dada por uma entidade independente acreditada. Daí porque, ao trazer essa medida para o bojo dos contratos, a lei está a reconhecer que há limitações no exercício das prerrogativas e que essas podem ser corretamente saneadas pelo intercâmbio com empresas especializadas (os certificadores independentes acreditados), que “dominam conhecimentos e experiências incomparáveis. A Administração Pública não dispõe de condições de produzir avaliações equivalentes àquelas praticadas por tais instituições”³⁰³.

Outrora intransponível, o monopólio estatal para a apuração de inadimplementos (que serve à aplicação de sanções, outra tradicional prerrogativa contratual) também foi mitigado com o novo cenário normativo. De um lado, o absolutismo do processo administrativo é, em parte proscrito com o estabelecimento de outros meios de apuração e decisão: arbitragem, mediação, comitês de disputa são instituições que conferem alternativas à gestão dos conflitos contratuais, inclusive para decidir sobre questionamentos acerca de inadimplementos ou danos e prejuízos que acarretem deveres e sanções. São visíveis os esforços para introjetar a adoção desses meios de resolução de conflitos mais consensuais e que transferem competências para terceiros. A evolução legislativa, que percorreu a Lei de

³⁰⁰ DELMON, Jeffrey. **Public-private partnership projects in infrastructure**. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2011, p. 160.

³⁰¹ A saber: os documentos de habilitação, a qualidade do projeto e o recebimento das parcelas executadas.

³⁰² Conforme já visto, a partir das auditorias realizadas pelo TCU e pela CGU, erros de projeto são usuais. Além disso, a qualidade das obras, diretamente dependente da atividade de recebimento do escopo pela Administração, é apontada nesses documentos.

³⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**, Op. cit., p. 325.

Arbitragem e regimes específicos de contratação administrativa, culminou na contemplação pelo regime geral, a partir da Lei nº 14.133/2021, responsável por consolidar e catalisar o que já vinha sendo predicado antes dela. No novo regime, a arbitragem, a mediação, os comitês de disputa podem ser aplicados nos contratos administrativos, e, mais que isso, há expressa proteção à possibilidade de submeter temas sensíveis (indenizações, equilíbrio econômico-financeiro) a esses métodos ditos alternativos.

O poder repressor do Estado é outro elemento tradicional da exorbitância contratual que passou por uma depuração recente. A LINDB, na sua última revisão, contemplou a possibilidade de celebração de compromissos com os interessados para “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público” (art. 26). Não há, propriamente, uma ideia original, eis que acordos semelhantes já são previstos na Lei de Ação Civil Pública (no compromisso assumido no que foi denominado “termo de ajustamento de conduta”) e na Lei Anticorrupção (com os acordos de leniência). De qualquer sorte, não é irrelevante o permissivo genérico outorgado pela LINDB, sobretudo pelo seu alcance mais amplo, tanto em termos de competência quanto no que pode ser objeto desses compromissos. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas sintetizam o argumento ao expor que a dicção do art. 26 é uma “relevante previsão da introdução do consenso no exercício no poder extroverso estatal”, tendo em conta, justamente, que “a consagração da consensualidade no direito brasileiro é um movimento que tem sido levado a efeito de forma segmentada”³⁰⁴.

Inicialmente, é preciso dizer que o dispositivo apregoa não apenas a possibilidade de acordo naqueles casos em que o sujeito “passivo” é o particular, isto é, quando o objetivo primordial do ajuste é sanear o inadimplemento do agente privado. Tanto o TAC quanto o acordo de leniência, por exemplo, prestam-se às situações nas quais o particular está inadimplente ou praticou alguma irregularidade. Ao contrário, o compromisso previsto na LINDB não se cinge ao inadimplemento ou ao ilícito. Ele permite equacionar, para além desse quadrante, situações nas quais o litígio tem causa na própria Administração, isto é, quando a causa daquilo que está sendo composto no acordo é a ação ou omissão do agente público. Daí porque a omissão da Administração na expedição de licença poderá ser objeto do compromisso.

A abertura integrativa conferida pela LINDB pretende, pois, proscriver a discussão que sempre acompanhou a adoção de meios consensuais na Administração Pública, orientada

³⁰⁴ **Comentários à Lei nº 13.655/2018**, Op. cit., p. 100.

especialmente pelos paradigmas da autoridade e da supremacia do interesse público. Em termos da segurança jurídica necessária à contratação administrativa, contar com um dispositivo legal expresso na sua legitimação, enrobustece o acordo público-privado e torna mais provável a sua adoção pelas partes contratantes.

Com o permissivo para celebrar acordos, a Administração contraente e o particular contratado podem tornar a relação entre eles menos litigiosa e, por conseguinte, prover um ambiente mais propício à eficácia contratual. Desocupados do tempo e custos necessários apenas à prevenção e resolução de litígios, as partes têm maior disponibilidade para se ocupar dos temas relevantes ao contrato. Os compromissos previstos pelo art. 26 da LINDB – e, de modo genérico, pelos diversos acordos e compromissos que envolvem a Administração Pública – é mais um luminar da eficiência e da legitimidade que acompanham a consensualidade. Abdica-se dos esforços e custos de um procedimento litigioso, sujeito a múltiplas instâncias discursivas, em prol de um único processo negocial, cuja conclusão é mais facilmente respeitada pelas partes, o que aumenta a sua eficácia e diminui a insegurança quanto a questionamentos posteriores³⁰⁵.

A atuação concertada da Administração é capaz de conferir maior eficiência à ação administrativa, não apenas pelo contributo à legitimidade (pelos motivos já vistos acima), mas, também pelos efeitos salutareos à celeridade e diminuição dos custos de transação. Antes de analisar mais detidamente essas consequências vinculativas da consensualidade e da eficiência, é preciso reiterar o alerta já feito por Juliana Bonacorsi de Paulo, acerca da necessidade de se manter, concomitantemente à consensualidade, à prerrogativa de sanção pela Administração:

Importante asseverar que sanção administrativa e acordo administrativo são, ambos, instrumentos de ação administrativa fungíveis e com efeitos específicos que podem ser preferidos em determinado caso. Não há que se afirmar o acordo administrativo como um mecanismo alternativo à atuação administrativa típica, e nem como a forma preferencial de satisfação das competências pela Administração no limiar do século XXI, em detrimento da atuação imperativa. São, indistintamente, instrumentos à disposição da Administração Pública quando do cumprimento de suas competências, que predicam a análise racional concreta, considerando todos os elementos que compõem o contexto no qual se inserem.³⁰⁶

A ressalva importa para proscrever, também, o argumento contrário à consensualidade lastreado na enviesada afirmação de que a admissão da ação concertada elidiria a capacidade sancionadora da Administração. Não é disso que se trata a defesa da adoção de meios

³⁰⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**, Op. cit., p. 105.

³⁰⁶ **Sanção e acordo na Administração Pública**, Op.cit., p. 129.

negociais quando estes são, efetivamente, aqueles mais aptos à consecução dos interesses caros à Administração. Em situações tais, abdicar do procedimento comum, da realização dos atos administrativos típicos e da aplicação de sanção, pode mesmo não ser a opção mais pertinente e, quando isso ocorre, avocar a consensualidade pode comprometer a eficiência da ação administrativa³⁰⁷.

Naqueles outros casos em que a solução concertada é a mais apropriada, aí sim, é o momento no qual deverão ser suscitados os meios consensuais do agir administrativo. E, para que se possa aferir quais hipóteses podem admitir a consensualidade, é fundamental discorrer sobre elementos da relação contratual que são mais sensíveis às implicações positivas da relação mais consensual entre as partes.

3.3.3.1. Custos de transação

Ao decidir contratar com a Administração, o particular tem em mente o custo conexo à contratação, isto é, aqueles custos incorridos não pela prestação em si, mas pelo conjunto de elementos que influenciam a relação contratual. Antes mesmo de celebrado o contrato, a própria decisão de participar da licitação traz consigo custos transacionais específicos (avaliação do risco, contratação de consultores, negociação para formação de consórcios, análise do edital, dentre outros).

Custos de transação, nas palavras de Richard A. Posner podem ser “genericamente entendidos como obstáculos aos esforços voluntários para transferir recursos para o seu uso mais valioso”³⁰⁸. Em outras palavras, são aqueles custos que distanciam, no contrato, os esforços das partes para a consecução ótima do objeto.

A litigiosidade das partes contratantes é um caso típico de custos de transação, tendo em conta os esforços depreendidos nesse aspecto. O contrato administrativo é seara fértil ao conflito entre as partes³⁰⁹ e, muitas vezes, entre uma (ou ambas) e terceiros, notadamente, os órgãos de controle. A primazia adversarial que faz guarida nos contratos celebrados pela Administração incrementa sobremaneira a possibilidade de conflitos no decorrer da relação

³⁰⁷ “A consensualidade emerge, sob essa visão, em casos como este, como uma alternativa à atuação administrativa e, embora não deva ser utilizada de modo a substituir por inteiro as ferramentas sancionatórias do Estado, deve ter reconhecido seu potencial de perquirir a adoção da medida mais adequada ao caso concreto.” (GUERRA, Sérgio. Acordos regulatórios – caso TAC ANATEL: Acórdão N° 2.121/2017 – TCU. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da regulação**: estudos de casos da jurisprudência brasileira. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 115-129

³⁰⁸ The Law and Economics of contract interpretation, **Texas Law Review**, v. 83, n.6, Maio 2005, p. 1581-1614.

³⁰⁹ De modo mais amplo, cuidando indistintamente do estudo dos contratos em geral, Fernando Araújo aponta alguns óbices ao sucesso da contratação, especialmente naquelas de longo prazo, a saber: problemas de “agência”, assimetria de informações, alteração das circunstâncias, renegociação, governança e regras supervenientes (**Teoria Económica do Contrato**, Op. cit., p. 378).

contratual. Não por acaso, as Cortes – judiciais e de contas – atulham-se com processos nos quais se discutem a execução dos contratos administrativos³¹⁰.

Cogitar o quanto desse litígio seria mitigado com a gestão concertada do contrato é mera elucubração, mas é plausível supor que a institucionalização da consensualidade teria o condão de reduzir esse número. Já se viu que imaginar o absolutismo da ação consensual é utópico e, em alguns momentos, contraproducente. Ainda assim, soluções acordadas entre as partes traduzem benefícios a elas, ao contrato e, por conseguinte, ao interesse que se pretende resguardar na avença administrativa.

A relação da consensualidade com a diminuição dos custos de transação é marcante na capacidade de reduzir o tempo e esforços dedicados apenas à resolução de conflitos. Esse empenho inicia mesmo antes de instaurada a contenda, sendo certo que a perspectiva de adentrar disputas faz com que cada parte acabe orientando sua conduta para aumentar as suas chances de vitória em caso de êxito.

Do lado do particular, o sentimento de autoproteção atrai esforços adicionais na gestão contratual, seja para identificar e preparar eventuais pleitos ou para se proteger de potenciais sanções. Não por raro, tempo e dinheiro são dispensados na contratação de consultores externos que poderão auxiliar o contratado na discussão de temas sensíveis do contrato. Mas, mesmo na estrutura interna, muito é dedicado apenas ao atendimento da burocracia da gestão do contrato, para atender às inúmeras formalidades instituídas em lei ou promovidas pela ação ineficiente do agente público de contratação. Ao passo que a necessidade de se acautelar pode distorcer o agir desse agente público, que passa a gerir o contrato com mais afinco na sua autoproteção – especialmente em relação às instâncias de controle – do que na própria eficácia contratual.

Ao invés de promover uma solução consensual, o exercício das prerrogativas (especialmente as que predicam competências de fiscalização e punição) pode se voltar apenas ao exercício do poder administrativo, o que não necessariamente provoca melhorias na relação contratual. Há exemplos diversos de contratos que permanecem por longos períodos em que a ação das partes é apenas voltada ao litígio entre elas. A perenização do contencioso para além de não resolver, em muitos casos, o problema que iniciou a contenda, afasta mais ainda o contrato dos seus objetivos, sobretudo, ao criar mais um passivo a ser gerenciado e que não guarda

³¹⁰ Conquanto informação cediça, rápida pesquisa com o termo “contrato administrativo” revela: 5.685 processos no STF, STJ e nos Tribunais Regionais Federais (Disponível em: < <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>>. Acesso em: 23 Mar. 2022); 46.167 feitos no TJ-SP (Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em 23 Mar. 2022).

nenhuma relação com o objeto a ser executado. Não se está, aqui, a defender que eventual inadimplemento do particular contratado seja elidido pela Administração, que, deve mesmo, avaliar a pertinência de aplicar alguma sanção, caso essa se justifique. A questão, no entanto, é quando sobejam sanções em detrimento da razão, o que pode ser o caso em que o inadimplemento pode ser justificado (por razões fora da ingerência do contrato, tais como: omissões de terceiro, materialização de riscos não alocados ao contrato) ou quando este não permite saneamento exclusivo pelo contratado. Em situações desse jaez, a despeito de apuração de responsabilidades, melhor seria se as partes compusessem os mecanismos necessários para escoimar a adversidade, franqueando a continuidade da prestação contratual.

A burocracia e as disfunções de controle, próprias de um relacionamento contratual pouco consensual, redundam em custos de transação em detrimento da eficiência do contrato³¹¹. E isso pode ocorrer também quando, por exemplo, perpetua-se um contrato já fadado ao insucesso, simplesmente porque a Administração é demasiado cautelosa na decisão de encerramento e, ao contratado era facultado apenas rescindir a contratação após trânsito em julgado de decisão judicial. À míngua de saídas honrosas e céleres para o contrato inviável, as partes se aprofundam numa relação em que à Administração resta a prerrogativa de aplicar sanções pelo inadimplemento da execução e, ao particular, a tentativa de comprovar as razões de inexecução e lograr o encerramento contratual com o menor ônus. À prestação almejada na origem, no entanto, é dada pouca relevância.

A perenização do contrato adverso é um fenômeno capturado pela legislação mais recente, que ofertou mecanismos específicos à solução nesses casos. A par do permissivo geral contido na LINDB para a composição em situações conflituosas, a flexibilização das regras de encerramento do contrato foi regulamentada pela nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) e pela Lei nº 13.448. A primeira contemplou a possibilidade de a rescisão contratual ser determinada em juízo arbitral, o que confere mais um meio para que o contrato possa ter seu fim, sem a necessidade de aguardar pela concordância da Administração ou pela decisão judicial transitada em julgado. A segunda, por seu turno, predicou a possibilidade de devolução de contratos de parceria (nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário) comprometidos, com a permissão para a realização de uma nova licitação de modo a substituir o atual prestador e endereçar as dificuldades suportadas pelo contrato

³¹¹ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction cost economics and public administration. In: BOORSMA, Peter B.; AARTS, Kees; STEENGE, Albert E. (Ed.). **Public priority setting: rules and costs**. Dordrecht, Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 19-37.

original. Esses dois movimentos legislativos confirmam a tendência em prol do encaminhamento do problema contratual de modo mais consensual, o que nem de longe resulta em abdicar do interesse relevante contemplado pelo contrato. Ao contrário, quando se permite o desfazimento de uma contratação inviável, é possível encaminhar de modo mais célere a solução que beneficie a continuidade da prestação, mesmo que em novel contrato. A insistência no contrato infrutífero não parece traduzir nenhum benefício relevante e nem pode ser tida como meio eficaz de apuração e repressão de responsabilidades pela inexecução. Não há qualquer empecilho para que as duas ações sejam feitas em paralelo, de modo a se encerrar a contratação³¹² – quando esta já não mais reúne as condições para sua execução – e verificar qual a responsabilidade do contratado em ato apartado. Fernando Araújo, no âmbito da Teoria Geral dos Contratos, leciona que:

As relações contratuais longas parecem exigir do Direito sobretudo meios de salvaguarda e de preservação das posições e dos interesses das partes. Contudo, a presença desses meios não deve inculcar a ideia de que se trata de salvar a relação contratual a qualquer custo – devendo considerar-se que uma relação longa pode converter-se numa prisão que deixe de corresponder ao interesse das partes, e que os meios que promovem a rigidez contratual podem perverter-se em meios de perpetuação dessas situações patológicas. Assim, afigura-se mais prudente converter o modelo jurídico num mais modesto veículo de combate a abusos e oportunistas, mais disponível para servir os interesses evolutivos das partes – num momento empenhadas na preservação da relação, no momento seguinte determinadas, uma ou ambas, em pôr fim à relação, recobrando a liberdade negocial para procurarem novos parceiros contratuais no mercado.³¹³

Por sua vez, o exercício do poder de rescisão unilateral também deverá atentar às situações nas quais a permanência da contratação é o caminho mais apropriado. Em alguns casos, optar pelo exercício desse poder sem atentar às circunstâncias que demonstram os benefícios da continuidade contratual constitui ação gravosa e sem qualquer justificativa relevante. O término antecipado do contrato pode impedir a satisfação da prestação por um motivo que nada tenha a ver com o interesse coletivo relevante.

Da mesma maneira em que não é lícito perpetuar a contratação com vício sabidamente insanável, encerrar abruptamente aquela que ainda se mostra viável é decisão intempestiva da Administração. Tanto pior porque as razões desse término dificilmente terão qualquer relação com a própria execução – que permanece apta –, sendo frequente que digam mais respeito a momentos anteriores ou a questões ancilares da contratação. O que se tem, não

³¹² Pelo contrário, o art. 104, V, “b”, da Lei nº 14.133/2021 predica que a prerrogativa de a Administração ocupar provisoriamente bens e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato é motivada, em parte, pela “necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato”.

³¹³ Araújo, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**, Op. cit., p. 378-379.

por raro, é a prevalência de formalidades ou de punições por fatos anteriores e que não evidenciam falhas na própria execução contratual. O contrato plenamente eficaz é, pois, lesado sem qualquer razão preponderante, muitas vezes apenas pela alusão à necessidade de punir ato prévio ou “sanear” formalidades descumpridas.

Novamente, o que se tem aqui não é qualquer libelo em prol da impunidade do contratado infrator e, nem tampouco, esvaziamento da faculdade de o agente público extinguir o contrato diante de vício insanável. Esse tipo de argumento, recorrente em qualquer debate sobre consensualidade, falha ao retirar da análise qualquer possibilidade de se observar que a aplicação de uma sanção, após regular apuração de responsabilidade, não é absolutamente vinculada à vigência do contrato. O contratado poderá ser responsabilizado por seus atos, mesmo que o contrato inviável seja encerrado, ou, do outro lado, quando o contrato viável permaneça sendo executado.

Conquanto essa pareça uma afirmação óbvia, nem sempre é o que ocorre na prática, a ponto de a novel lei licitatória cuidar de trazer disposições específicas que privilegiam a continuidade dos contratos e atos a eles relacionados em detrimento da interrupção abrupta e motivada apenas por questões não diretamente relacionadas à execução do contrato³¹⁴.

Algo semelhante ocorre com a prorrogação contratual em concessões, muitas vezes proscrita pela preferência dada à licitação, como mecanismo natural à continuidade da prestação. Por vezes questionada sob o argumento de que há primazia de um suposto princípio licitatório, a opção pela prorrogação acaba cedendo espaço à realização de uma nova licitação, a despeito de essa opção nem sempre ser a mais eficaz e, menos ainda, a que traz consigo menos custos de transação.

De um lado, a Administração poderá adotar os procedimentos de extinção do contrato vigente, pelo advento do seu termo, e, noutra ponta, iniciar as providências necessárias à nova licitação. Essa tarefa, no entanto, não é tão simples, a começar pelo descompasso que pode haver entre a definição dos elementos da nova contratação enquanto não ultimada a anterior³¹⁵. Nesses casos, prorrogar a concessão vigente poderá ser a opção mais célere e com menor custo de transação, porquanto permite a continuidade da prestação, em tese, num

³¹⁴ O art. 71, § 1º a 4º, por exemplo, predicam proteção do processo licitatório à revogação e nulidade desmotivadas, assegurando, ainda, a manutenção dos atos sem vícios insanáveis e a possibilidade de apuração de responsabilidades em apartado. O parágrafo único do art. 147 é ainda mais enfático determinar que a paralisação ou anulação somente poderá ocorrer quando se revelarem “medida de interesse público”, cabendo ao poder público “optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.”

³¹⁵ É o caso, pois, da dificuldade de se concluir eventuais passivos da contratação original e que poderiam ser transferidos ao novo concessionário. Ou, ainda, da incerteza sobre litígios em aberto e que podem comprometer a segurança jurídica e a própria definição dos parâmetros econômico-financeiros do novo contrato.

modelo mais eficiente que o contrato original. A uma, por viabilizar os novos investimentos de modo mais rápido. A duas, porque se evita solução de continuidade, que poderia advir do descompasso temporal entre o encerramento do contrato original e daquele que o irá substituir. A três, pois, em tese, a continuidade da relação induz à aceitação de parâmetros mais eficientes, diante da menor percepção de risco pelo concessionário, assim como a eventuais ganhos econômicos, seja pelo aproveitamento da estrutura já alocada na prestação, seja por não se incorrer nos custos de desmobilização do concessionário original e de mobilização do novo concessionário.

A Lei nº 13.488/2017 procura encaminhar essas questões, acautelando o aproveitamento dos benefícios da prorrogação, o que, por certo, não é suficiente para tornar a prorrogação a única ação possível nos interstícios contratuais. Ao fim e ao cabo, o que o diploma faz é prover meios nos quais a prorrogação poderá ser considerada, e, mais que isso, reconhecer que a prorrogação é admissível “[m]esmo quando for possível realizar a licitação [...] porque o legislador não estabeleceu qualquer ordem de preferência, mas simplesmente autorizou a prorrogação antecipada das concessões [...]”³¹⁶.

Donde se vê que a abertura à consensualidade traz ao contrato administrativo mecanismos hábeis a diminuir os custos de transição, sobremaneira naquilo que versa sobre a avaliação e quantificação dos riscos relacionados ao excesso de formalidades e à sujeição a processos intermináveis e custosos. Quando se franqueia às partes a faculdade de adotar soluções consensuais para o endereçamento das questões contratuais, é possível cogitar da mitigação dos custos agregados à gestão de conflitos e, de modo mais amplo, de saneamento de contratos inviáveis. E, noutro lado, é desejável contar com soluções concertadas para prover o máximo aproveitamento do contrato, com a sua prorrogação ou com a desconsideração de falhas formais e que não são bastante para inviabilizar a execução.

3.3.3.2. Consensualidade e confiança

Em termos da gestão do contrato administrativo, a opção pela consensualidade e por uma ação mais colaborativa com o particular contratado revela externalidades positivas, que conferem mais um motivo para abdicar da concepção de exorbitância, pura e simples.

A colaboração mitiga a assimetria de informações entre Administração e seu contratado, com o condão de escoimar lacunas cognitivas usualmente existentes nessa relação. Nesse sentido, é preciso recordar que a assimetria informacional pressupõe, justamente, a

³¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Prorrogação antecipadas – caso ferrovias, malha paulista. In: **Dinâmica da regulação**, Op. cit., p. 131-142.

disparidade de conhecimento sobre temas relevantes de uma dada interação, em benefício daquela parte que concentra a informação não acessível à outra.

É justamente disso que se trata quando, no bojo da avença, o particular pode se acorrer ao domínio que detém sobre as condições de execução do objeto. Afinal, é ele quem possui informações sobre práticas de mercados, negociações com os seus fornecedores e prestadores, além da própria técnica necessária à consecução do escopo contratado. É, pois, na analogia feita por Akerlof³¹⁷, o vendedor de carros usados que se vale do conhecimento sobre as características dos veículos em detrimento dos potenciais compradores.

Contudo, a assimetria de informações poderá também operar com o poder público como detentor do conhecimento e o particular se queda em fíducia sobre as ações daquele com quem decide contratar. É interessante destacar que um dos intuitos do trabalho de Akerlof é, inclusive, demonstrar que o ambiente empresarial em países em desenvolvimento é mais difícil, justamente, pelos custos advindos da desconfiança quanto à honestidade³¹⁸.

É possível supor que numa estrutura contratual de império, calcada na exorbitância de uma das partes, mesmo que essa não detenha a cognição completa das circunstâncias da prestação, poderá acabar compensando esse déficit por meio da desconfiança despertada na outra parte. Afinal, adentrar um contrato em situação de hipossuficiência traz consigo consequências ao particular, que pode mitigar as benesses da informação nele concentrada. O que se vê, portanto, é uma situação de absoluta ineficiência: de um lado, a Administração sofre com a assimetria de informações, e, do outro, arca com o incremento do risco da desconfiança. Descortina-se, pois, uma especial característica do contrato administrativo inserido num ambiente de insegurança jurídica e de arbítrio, pois a desconfiança própria da assimetria de informações se espria para ambas as partes: à Administração, pelo desconhecimento de elementos da prestação; ao particular, pois alheio às próprias circunstâncias da execução.

Levada ao limite, a exorbitância contratual impede qualquer previsão sobre em que termos se dará a prestação, mesmo porque, em alguma medida, a proteção ao equilíbrio econômico-

³¹⁷ Tido como uma das grandes referências dos aspectos econômicos da assimetria de informações, o artigo de Arkelof parte da situação no mercado de carros usados (*lemons*) para ilustrar os efeitos oriundos dessa disparidade cognitiva entre vendedores e compradores. Arkelof demonstra que a falta de garantias decorrente da incerteza quanto às condições do negócio acaba por prejudicá-lo. (AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970).

³¹⁸ “Por outro lado, esse artigo apresenta uma tentativa de estruturar a afirmação de que ‘fazer negócios em países em desenvolvimento é mais difícil’; especialmente, procura-se conferir os custos econômicos da desonestidade” (AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism, Op. cit., tradução nossa).

financeiro demanda custos de transação específicos, quando menos, no trâmite dos processos de recomposição. Tanto pior que, sabedor que o equilíbrio é sua única garantia, o particular tem mais um estímulo para não revelar todas as condições da prestação à Administração, otimizando sua posição diante de eventual discussão para a recomposição contratual – em alguma medida, o “jogo de planilhas” tão combatido pelos órgãos de controle é um exemplo típico dessa atuação decorrente da assimetria de informações.

A desconfiança provocada pela inequidade entre as partes serve igualmente ao aumento dos valores das propostas apresentadas à Administração. Afinal, a precificação do risco é algo intrínseco ao ambiente de negócios e aquele que se dispõe a executar uma prestação à Administração, ciente dos percalços próprios da contratação, irá considerar os efeitos dos riscos contratuais na sua oferta.

Vai daí que a percepção de risco é aumentada pela incerteza advinda do exercício das prerrogativas pela Administração contratante, especialmente por conta da abertura dada à mutabilidade unilateral do contrato. Ao responder à pergunta sobre qual o impacto das cláusulas exorbitantes nos riscos assumidos pelo contratado da Administração, Marcos Nóbrega deixa claro que “as cláusulas exorbitantes podem ser vistas como um tipo de risco assumido pelo contratado e o seu comportamento será função do tipo de prerrogativa que o Poder Público irá exercer”. E conclui sobre a influência do poder extroverso da Administração no valor das propostas por ela recebidas: “em regra, as cláusulas exorbitantes não são consideradas na discussão da partilha de riscos, mas o particular as precifica e coloca em suas expectativas”³¹⁹.

Não é exagero assumir que a eficiência da contratação é dependente da estabilidade, que não predica impedir a mutabilidade, pois essa é quase inevitável. Antes, por estável se diz o contrato que parte de um parâmetro bem definido, inclusive quanto aos riscos que podem se materializar durante a sua execução. Reclama, também, que as partes respeitem esse parâmetro e atuem de boa-fé na relação por elas mantida.

Um cenário de desconfiança impede, de início, a correta avaliação dos riscos – ou, quando menos, conforma-a de modo ineficiente por conta da percepção negativa – e, no decorrer do contrato, compromete a performance da avença, sobretudo se acaba por corporificar. Ao fazê-lo, acaba por tornar a contratação mais onerosa, quando não resulta na própria inviabilidade de execução³²⁰.

³¹⁹ NÓBREGA, Marcos. **Direito e economia da infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 127.

³²⁰ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 137-138.

A condição infausta impelida pela exorbitância revela-se, também, na seleção adversa, item usualmente vinculado à assimetria de informações e a crise de confiança dela decorrente. Akerlof menciona que a existência de desconfiança provocada pelo déficit cognitivo tende a afastar boas ofertas e bons competidores, proscritos pelas condições adversas do negócio³²¹. A natureza do contrato administrativo é campo fértil às premissas da seleção adversa, especialmente por encerrar disposições naturalmente frágeis – sobretudo quando a Administração não detém a competência para estabelecer corretamente todos os parâmetros de execução³²² - sujeitas à instabilidade intrínseca ao poder exorbitante. Não seria exagero cogitar que, não fosse o montante vultoso de contratos celebrados pela Administração que, em alguns setores, é o maior – ou mesmo o único – demandante, haveria pouco atrativo para que um particular se dispusesse a empreender uma relação contratual com o poder público. Fernando Araújo explana o cenário que resulta na seleção adversa:

No seio do contrato, a seleção adversa manifesta-se em múltiplas dimensões, que vão desde a escolha de parceiros contratuais até a compatibilização de incentivos entre as partes e à configuração concreta dos termos contratuais: aquele que procura uma solução contratual, ignorando as características dos potenciais parceiros e as intenções dele [...], oferece condições contratuais medianas que afastam os melhores parceiros potenciais – aqueles que, conhecendo as suas próprias características e julgando-as acima da mediana, consideram desvantajosas as condições propostas -. Sucede que as condições iniciais já não são medianas para a ‘metade pior’ que subsiste, e isso aconselhará uma degradação das condições contratuais oferecidas, e assim sucessivamente, até por fim as condições serem aceitáveis apenas pelo pior dos potenciais parceiros comerciais contratuais, o último com quem inicialmente haveria a intenção de contratação: rematando-se assim o processo de seleção adversa com um verdadeiro e próprio ‘colapso da contratação’.³²³

O problema da assimetria de informações e da desconfiança gerada com o poder extroverso pode ser abrandado pela consensualidade, a partir do momento em que uma relação mais equânime e negocial é mais propícia à confiança. Pressupor de soluções congraçadas pelas partes contratantes é um passo importante para diminuir a assimetria de informações entre elas. A razão para tanto é bastante óbvia, eis que não é crível supor que um ambiente de oposição fosse fértil ao fluxo de informações entre as partes relacionadas.

³²¹ AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism, Op. cit.

³²² O que, por si só, revela outro espectro da assimetria de informações, desta feita na relação da Administração com aqueles que contrata para a elaboração de projetos ou termos de referência que orientarão a execução do objeto principal. Os problemas nas concepções de projetos, especialmente em obras públicas, são uma realidade em diversos países e decorrem de uma série de fatores, que vão desde a incapacidade do corpo técnico das autoridades públicas até a falta de supervisão adequada, incluindo questões políticas, especialmente pela pressão de curto prazo (ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald D.; GALETOVIC, Alexander. **The economics of public-private partnerships: a basic guide**. Nova Iorque: Cambirdge University Press, 2014 p. 11).

³²³ **Teoria económica do contrato**, Op. cit., p. 285.

O mais provável, num ambiente de inequidade, é o apego ao poder pela parte privilegiada e a maior cautela pela parte hipossuficiente, que, ademais, irá se apegar ainda mais àquelas informações singulares que detém. Adversar é a tônica nessa conjuntura e, dessa maneira, é improvável ocorrer qualquer alívio à assimetria de informações e à desconfiança mútua entre as partes.

Mais eficiente é admitir que a correta transferência de conhecimento deve partir do reconhecimento da interdependência entre as partes, incapazes de deter toda o conhecimento relevante à gestão do contrato e à execução do objeto. A certeza de que nenhum agente – público ou privado – é capaz de exaurir a cognição relevante às atividades que desempenham é pacífica na teoria econômica, assim como a admissão que o acesso à informação detida por terceiros é essencial à mitigação das incertezas e riscos do negócio³²⁴.

Malgrado não ser possível olvidar aos riscos que podem advir de uma aproximação colaborativa, sobretudo em relação ao perigo de captura do agente público e favorecimento ao privado, abdicar da consensualidade também não é uma solução aceitável³²⁵. A partir do momento em que adentram a relação, Administração e privado assumem – mesmo que insistam em não reconhecer – uma atuação concertada, na qual o exercício das obrigações e o gozo dos direitos de cada um é dependente da ação ou omissão um do outro. É difícil imaginar que, nessas condições, posturas puramente adversariais conduzissem a um resultado vantajoso.

Daí porque se pode dizer que “a contratação governamental é uma área na qual a colaboração é, ao mesmo tempo, elogiada e vilipendiada”³²⁶. Contudo, mesmo essa dicotomia não pode impelir a uma conclusão refratária à consensualidade como um instrumento hábil à consecução dos interesses da contratação e, por conseguinte, aos desígnios do interesse coletivo.

3.4. *Accountability*: a prestação de contas no exercício de prerrogativas

As prerrogativas carregam um poder bastante significativo nas mãos do gestor público, o que, por si só, traz a discussão sobre como é possível controlar esse poder, de modo a coibir excessos e equívocos. Afinal, sem balizas orientadoras, há o risco de a exorbitância extrapolar seus objetivos.

A despeito desse risco, a realidade que se apresenta é a de dois extremos: de um lado, a adoção das prerrogativas contratuais ainda é timidamente motivada, transparecendo, no mais

³²⁴ KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. Boston: Houghton Mifflin Company, 1921, p. 260-261.

³²⁵ Perez, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**, Op. cit., p. 226.

³²⁶ VAN SLYKE, David M. *Collaboration and relation contracting*, Op. cit.

das vezes, um mero instrumento de poder – quando não flerta com coação – da Administração; do outro, o controle exercido sobre a aplicação de uma prerrogativa costuma ser feito com igual arbitrariedade, comumente adstrito à avaliação subjetiva do agente de controle ou, ainda, numa mera verificação formal do resultado, desconsiderando quaisquer outros aspectos relevantes que podem orientar a escolha por parte do gestor público do contrato.

Esse cenário, de modo paradoxal, contrapõe uma tradicional e demasiada liberdade do gestor e um excesso de responsabilidade, observado mais recentemente, especialmente, com o gigantismo do controle – interno e externo. A oposição desses dois extremos não contribui com a correta aplicação das prerrogativas, eis que, de um lado, não se exige do agente público a devida justificativa no exercício dos poderes da Administração, ao passo em que, noutra ponta, o agente passa por um escrutínio inquisitório, com um apreço descomedido dos órgãos de controle pela punição, mesmo nos casos em que a decisão foi justificável, conquanto tenha se provado equivocada posteriormente.

Não por acaso, o conceito de *accountability* pública – já bastante comum em outros países, especialmente Estados Unidos e Reino Unido – vem sendo mais debatido, numa tentativa de internalizar a prestação de contas da Administração de um modo mais racional. Conforme exposto mais adiante, não se trata de um conceito estranho ao ordenamento jurídico nacional, eis que seus elementos são de algum modo apuráveis nas normas que disciplinam a atuação dos gestores públicos. Contudo, pugnar pela adoção de uma *accountability* pública atende ao anseio pelo aprimoramento da Administração e reafirma, justamente, alguns preceitos que não estão sendo observados no antagonismo entre liberdade excessiva e controle acentuado.

Na busca pelo equilíbrio da discricionariedade e do controle sobre ela exercido, a *accountability* pode ter papel relevante, especialmente por sobrelevar a necessidade de uma justificativa dos atos dos gestores públicos que, a um só tempo, enrobustece o dever de motivação e, também protege o mérito da decisão administrativa contra um controle excessivo. A *accountability* é igualmente aderente ao controle, pois com a exigência por uma prestação de contas efetiva, facilita o exercício da fiscalização, que passa a se guiar por parâmetros mais concretos e racionais.

Em termos de prerrogativas contratuais, pregar o dever de o gestor público do contrato prestar contas da aplicação do poder extroverso é um óbice aos excessos e, mais que isso, um repto para que a condição privilegiada de que goza a Administração na relação contratual seja realmente voltada aos objetivos que a lidimam.

3.4.1. O conceito de *accountability* pública

A moderna concepção de Estado – conforme já visto acima – predica que a atuação administrativa não pode ser absolutamente livre, donde poderia exprimir o arbítrio e a derrocada dos direitos individuais. O condicionamento do agir administrativo encerra, majoritariamente, um duplo enfoque: a conformação *a priori*, por meio das pautas normativas que devem ser observadas; e, por outro lado, o controle posterior dos excessos e equívocos cometidos nessa tarefa.

Prever mecanismos de prestação de contas pela Administração – e pelo Governo – é, pois, um elemento essencial da democracia porquanto instrumento de verificação e controle da ação daqueles que são eleitos e daqueles cuja ação é fundamental à consecução do interesse público. Estados democráticos, como sabido, pressupõem que o poder é delegado pela sociedade a representantes eleitos, que, por sua vez, delegam às diversas estruturas burocráticas da Administração. O exercício do poder reside nessa dupla delegação: da sociedade aos seus representantes e destes para a estrutura administrativa.

O sucesso da democracia depende, portanto, de instrumentos que permitam à sociedade acompanhar o desempenho das funções de governo e de Estado, com a possibilidade de aferir a adequação destas aos objetivos tidos por relevantes para os seus interesses. Em outras palavras, é necessário que governantes e a Administração prestem contas à sociedade do exercício do poder que lhes é por ela delegado, donde se tem como certo que sem essa *accountability*, há campo fértil para o jugo dos interesses que conformam e legitimam o poder conferido ao governo e à Administração.

Num Estado democrático, a *accountability* opera, de início, pela realização de eleições, nas quais os representantes que não lograram alcançar os objetivos para os quais lhes foi delegado poder sejam escrutinados e proscritos pelo voto. Contudo, o voto somente opera periodicamente e, portanto, é necessário estabelecer mecanismos que pautem e corrijam a rota da consecução das políticas e objetivos que importam aos interesses da sociedade durante o iter compreendido entre cada um dos pleitos³²⁷. Além disso, o agente público e a burocracia administrativa não estão submetidos ao controle político próprio das eleições³²⁸. Cuida-se, pois, da prestação de contas contínua que deve haver na consecução das tarefas administrativas, voltadas às políticas públicas definidas pelo Governo.

³²⁷ DAVIES, Anne C.L. **Accountability**. A Public Law analysis of government by contract. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2001, 77.

³²⁸ MASHAW, Jerry L. The American model of federal administrative law: remembering the first one hundred years, **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 278, n. 2, maio/ago. 2019, p. 15-36.

Mais que isso, a complexidade assumida pelo Estado moderno acabou criando uma burocracia robusta e muitas vezes alheia até mesmo ao chefe do Executivo ou ao parlamento. Num Estado que se agiganta em tamanho e em atividades sob a sua gestão, torna-se quase impossível admitir um controle concentrado apenas no governante ou mesmo em seu alto escalão. Nas palavras de Bruce L. R. Smith, a *accountability* tradicionalmente amparada no escrutínio popular acaba se tornando uma ficção, tendo em conta que se torna “perdida no emaranhado de diversos níveis burocráticos³²⁹”.

Não por acaso, a alegada impossibilidade de tornar os agentes públicos escrutináveis é um dos argumentos pelos quais há uma corrente “anti-administrativista”, isto é, um movimento contrário ao Estado administrativo, assim entendido como aquele em que decisões relevantes em termos de políticas públicas são delegadas à burocracia estatal e não aos representantes eleitos. Vai daí que os defensores dessa corrente pugnam pela concentração de decisões aos representantes, com pouca margem de liberdade aos agentes públicos, que seriam mero executores³³⁰.

Contudo, pressupor de um Estado centralizado na figura dos governantes eleitos não parece consentâneo com a proporção que as atividades estatais assumiram nas últimas décadas. É mesmo questionável a eficiência desse modelo de governança, por mais que seja admissível a simplicidade do controle nele desempenhado.

Daí porque o desafio que se impõe é na avaliação de um regime de governança administrativo em que os agentes públicos sejam compelidos a prestar contas das suas atividades. De início, o meio mais simples é o do controle hierárquico, em que a prestação de contas acompanha a hierarquia da burocracia estatal, com os superiores fiscalizando a atuação daqueles sob sua chancela.

Esse modelo, conquanto aplicável, não é igualmente suficiente à governança, sobretudo quando se tem um quadro de maior delegação por parte do Estado para particulares e muitas das funções originalmente administrativas são desempenhadas diretamente ou com a colaboração de particulares. Esse movimento, no entanto, não representa um facilitador em termos de governança, ao contrário, traz consigo mais um elemento complicador, ao misturar

³²⁹ Accountability and independence in the Contract State, Op. cit., p. 3-69

³³⁰ A exposição dessa corrente é feita por Edward Rubin (The myth of non-bureaucratic *accountability* and the anti-administrative impulse. In: DOWDLE, Michael W. (ed.) **Public accountability**. Designs, dilemmas and experiences. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2006, p. 52-82), que, ademais, ressalta as incongruências desse pensamento, consoante adiante se verá.

regimes de *accountability*, aumentando ainda o universo daqueles sujeitos à prestação de contas³³¹.

Fato é, portanto, que o dever em prestar contas na atuação pública é cada vez mais necessário como um mecanismo de avaliação da qualidade da prestação estatal e, mais que isso, como um meio para auxiliar na tomada de decisões. Em termos de prerrogativas, essa é uma parcela ainda mais essencial, a partir do impacto que decisões equivocadas podem ocasionar no sucesso de políticas públicas e na oneração dos recursos de que dispõe o Estado para a consecução dos seus objetivos.

3.4.2. Motivação, razoabilidade e prestação de contas como dever do gestor público

A moderna concepção de Estado – conforme já visto acima – predica que a atuação administrativa não pode ser absolutamente livre, donde resultaria em arbítrio e na derrocada dos direitos individuais. O condicionamento do agir administrativo encerra, majoritariamente, um duplo enfoque: a conformação *a priori*, por meio das pautas normativas que devem ser observadas; e, por outro lado, o controle posterior dos excessos e equívocos cometidos nessa tarefa.

O enquadramento da liberdade da Administração é tido, pois, como um dos cânones do Estado Democrático de Direito, ao evitar que arroubos autoritários retomem a concepção absolutista, em que o governo não encontra óbice no exercício do poder. Não se trata de tolher o espaço de escolha do gestor público, especialmente diante da abstração e incompletude do arcabouço legislativo, que desaguam num exercício discricionário mais relevante. Afinal, o alcance legislativo é limitado na constrição do mister administrativo, estipulando grandes pautas e regras procedimentais que orientam a decisão do gestor público, mas sem condições de albergar todo o plexo de atividades desempenhadas pelo Estado.

Ainda assim, a lei reserva para si a definição das fronteiras da liberdade administrativa³³², determinando os espaços que podem ser ocupados pela atuação discricionária do gestor público. A própria discricionariedade encontra respaldo em lei, mas é certo que não é crível pressupor condições para que o legislador logre exaurir amiúde as condutas e o mérito da decisão administrativa.

³³¹ MASHAW, Jerry L. *Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance*. In: DOWDLE, Michael W. **Public accountability**, Op. cit., p. 115-156.

³³² Conforme explanado por Luís Solano Cabral de Moncada, a lei pode originar a discricionariedade de um modo direto, quando predica expressamente a competência para que o agente público concretize as pautas legislativas gerais. Mas, também, pode fazê-lo de modo indireto, quando encerra textos mais abstratos, tornando a aplicação dependente da atuação interpretativa e decisória da Administração. (**Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Op. cit., p. 532).

Daí porque o controle se junta ao legislador na tarefa de mitigar a liberdade administrativa, corrigindo distorções do exercício da discricionariedade. É certo, contudo, que o controle não pode ser de tal ordem largo a ponto de esvaziar ou substituir a competência discricionária do gestor público. Por mais que a revisão do ato administrativo seja uma realidade inquestionável, é igualmente cediço que a discricionariedade mantém seu posto como um dos elementos intrínsecos da Administração.

Contudo, por mais que a prestação de contas pelo gestor público derive, em parte, do controle desempenhado após a decisão administrativa, a ele não se resume. O dever de o agente público motivar e justificar os seus atos é algo a ser conferido pelos órgãos de controle, mas independe e não deve objetivar apenas o atendimento à pauta do controle. Essa percepção predica a *accountability* como um processo exclusivamente externo, de fora para dentro, subtraindo do conceito qualquer elemento interno, isto é, a ser exercido pelo próprio gestor, sem qualquer determinismo ou em cumprimento daquele a que submete sua atuação para revisão³³³.

Pelo contrário. O ideal é que a decisão administrativa se motive nos objetivos de Estado e no conhecimento técnico do gestor, e não apenas naquilo que se entende ser a posição dominante do agente de controle. Situação dessa ordem faria retornar à prática já há muito combatida de tornar o gestor público como mero autômato do que diz o legislador, só que, desta feita, substituindo o legislativo pelo órgão de controle³³⁴. Não se nega a relevância de observar os precedentes do controle, mas não é disso que se trata a prestação de contas da Administração e não é apenas em atenção ao controle que o gestor público deve orientar as suas funções.

Mais apropriado é o liame entre a *accountability* e o princípio da motivação, consignado pelo *caput* do art. 37, da CF/88. Os elementos da prestação de contas pelo gestor público são, pois, corolários do preceito de que a ação administrativa deverá sempre ser motivada, isto é, não pode ser adotada de modo descompromissado e sem balizas e objetivos muito bem definidos. O dever de motivar os seus atos é um componente relevante da

³³³ O fenômeno de subsumir a *accountability* ao processo de controle externo é bem relatado por Elizabeth Fisher e Sidney A. Shapiro: “Advogados administrativistas entendem a *accountability* como uma tarefa central do Direito Administrativo. O controle judicial, por exemplo, trata-se de assegurar uma *accountability* legal, enquanto a *accountability* política é alcançada pela fiscalização exercida pelo Congresso, a quem se deve prestar contas. Então, a *accountability* é entendida precipuamente como um processo de fora para dentro. Apesar de algumas exceções, advogados administrativistas entendem a *accountability* como um sinônimo de controle. Essa concepção de *accountability* se alinha ao conceito binário entre discricionariedade [...] Para fazer a Administração prestar contas, limite-a.” (**Administrative competence**. Reimagining Administrative Law. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2021, p. 70-71).

³³⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. Op. cit.

accountability, porquanto exige do gestor público algum grau de preocupação com as razões dos seus atos, proscurendo o exercício despótico dos poderes da Administração.

3.4.2.1. O ganho direto da Administração contratante não orienta a prestação de contas

O já antevisto conflito entre a liberdade do gestor público e o controle excessivo é equalizado numa noção deturpada do que seria a motivação correta do gesto público. O que parece unir esses dois polos – e, eventualmente, o que estabiliza essa relação conflituosa – é a aceitação, em ambos os casos, de decisões que traduzam um ganho direto da Administração, objetivo que acaba servindo de curinga, utilizado tanto pelo gesto público quanto pelo que exerce o controle. A aceitação de qualquer decisão que resulte num ganho imediato da Administração acaba legitimando a superficialidade da motivação para o exercício da prerrogativa, mas, por outro lado, volta-se contra o gestor público quando o controle sobre ele exercido acaba por se resumir à mera avaliação do resultado formal.

Fruto da discussão sobre a supremacia do interesse público, essa realidade consagra o exercício das prerrogativas em prol do interesse da Administração, e não da contratação, o que não necessariamente atende ao interesse público – conforme visto mais acima. Vai daí que basta que a prerrogativa seja justificada como um mecanismo benéfico à Administração, sem pouco apuro nas razões que deveriam arrimar o exercício do poder extroverso.

Assim, o agente público que queira majorar indevidamente os ganhos da Administração pode, simplesmente, alterar as condições de execução sem a devida recomposição da equação, forcejando a assunção – total ou parcial – dos custos adicionais pelo particular. Por outro lado, a fiscalização pode ser conduzida como instrumento para elidir a responsabilidade da Administração, coagindo o particular a assumir obrigações que não são suas na relação contratual. Em casos assim, o poder extroverso é manejado por mera alusão aos proveitos obtidos pela Administração, a despeito de quaisquer consequências prejudiciais à execução do contrato.

Da mesma forma, a delimitação da avaliação da decisão administrativa ao mero proveito da Administração acaba sendo a pedra de toque do controle que é exercido sobre o gestor público. Será tida como acertada a decisão que apenas logrou beneficiar à Administração, seja por imputar responsabilidades ao particular ou por diminuir os dispêndios do poder público. As consequências à contratação não são consideradas, inclusive quando o resultado do controle altera a realidade do contrato, em prejuízo da segurança jurídica.

Ao fim e ao cabo, o que se evidencia é que o exercício das prerrogativas acaba sendo legitimado apenas pelo aspecto do interesse da Administração, muitas vezes resumido a um

aspecto econômico-financeiro. A eficiência da contratação, a qualidade da prestação e a fruição pela coletividade parecem ficar em segundo plano e o interesse do contratado, por sua vez, goza de pouco ou nenhum prestígio.

O exercício das prerrogativas – e seu controle – acaba se conduzindo pela aceitação de dogmas construídos não sobre a aferição de eficiência e sob à égide dos objetivos da contratação, mas, sim, a partir de truísmos que reverberam noções ideológicas ou, em alguns casos, ratificam a atuação desidiosa da própria Administração³³⁵. Talvez, o principal truísmo seja o de que o lucro do particular é, necessariamente, indevido ou que, no mínimo, deve ser limitado³³⁶.

A esse aspecto, é ilustrativa a discussão que tomou lugar no Tribunal de Contas da União (no TC 026.335/2007-4), envolvendo a revisão dos contratos da denominada “1ª Etapa de Concessões Rodoviárias Federais”. Nela, a partir de provocação da Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid)³³⁷ do próprio TCU, a Corte avalizou o entendimento

³³⁵ “[...] a teoria do direito administrativo é em grande parte construída a partir de truísmos doutrinários. Truísmos nada mais são do que ‘verdades declaradas’, óbvias e banais, que possam ser facilmente verificadas e validadas. São os lugares-comuns que a doutrina naturalmente reverbera. Muitas das afirmações mais categóricas do direito administrativo são embasadas em truísmos, e não em uma investigação empírica que conduza à enunciação de parâmetros. A cultura do controle, que impulsiona as instituições controladoras, é estruturada a partir de truísmo construídos segundo experiências institucionais ou pessoais em conjunto com a doutrina de direito administrativo.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21-38).

³³⁶ É contumaz o ataque deliberado ao lucro do contratado pela Administração, muitas vezes feito sem qualquer análise das condições contratuais e, pior, da evidente necessidade de assegurar o retorno como forma de despertar o interesse na contratação. Já houve, inclusive, a comparação do lucro de concessionárias de rodovias àquele obtido com o tráfico de drogas (AGÊNCIA ESTADO. Só tráfico de drogas dá mais lucro do que rodovias, diz subprocurador. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 11 de julho de 2007. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,so-traffic-da-mais-lucro-do-que-rodovias-diz-subprocurador,20070111p26838>. Acesso em 22.01.2022).

³³⁷ Dizia a Representação: “o modelo de concessão da 1ª Etapa pode ser denominado como ‘estático’ pois as rubricas que compõem o fluxo de caixa não se alteram ao longo da execução contratual, nela incluída a taxa de desconto – rentabilidade dos concessionários. Ou seja, as concessionárias de rodovias federais da primeira etapa continuam auferindo rentabilidade que varia de 17 a 24% ao ano, no atual cenário de estabilidade econômica do país, em que a taxa de desconto para o setor é de no máximo de 8,95%” (fl. 2).

Em suma, o modelo contratual da 1ª Etapa do Procofe e a conjuntura de incertezas econômicas no país à época em que foram firmados tais contratos, em muito dissonante do cenário de estabilidade que se efetivou em seguida, estariam levando à majoração desproporcional de tarifas de pedágio. Eis que em ulterior estudo para concessão de novos trechos rodoviários, relativos à 2ª Etapa, foi aplicado parâmetro de rentabilidade de 8,95%, bem abaixo dos anteriormente adotados, mas que se mostrou suficiente para cobrir o custo de oportunidade então vigente, haja vista que se observou uma concorrência acirrada em todas as parcelas do objeto do certame, com deságios expressivos por parte dos licitantes (fl. 2). Os estudos de viabilidade técnica, econômica, financeira e ambiental referentes aos trechos rodoviários federais da 2ª Etapa foram apreciados pelo TCU, no âmbito do TC Processo 008.896/2005-2, tendo sido autorizada a publicação dos editais de licitação condicionada ao atendimento de determinações, nos termos do Acórdão 2299/2005-TCU-Plenário, Sessão de 13/12/2005, com as alterações promovidas pelo Acórdão 2047/2006-TCU-Plenário, Sessão de 13/11/2006.” Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2633520074.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 22 jan. 2022.

de que as tarifas previstas nos contratos de concessão deveriam ser revistas a menor, a partir da conclusão de que as taxas internas de retorno estavam sobrevalorizadas, diante da melhora das condições econômico-financeiras do país. Em resumo, convencionou-se que o retorno estimado das concessionárias se tornou elevado com a diminuição do risco Brasil, forçando a revisão das tarifas.

Não há, por certo, qualquer vedação para que os órgãos de controle busquem racionalizar a equação dos contratos administrativos, como foi a intenção no caso em apreço. Contudo, é certo que esse tipo de conduta precisa ser mais bem desenvolvido, extrapolando uma análise que pugna haver ganhos excessivos. O problema dessa superficialidade, a ensejar a alteração unilateral dos contratos, é que a construção prévia de um entendimento enviesado (deve-se limitar ganhos do particular contratado) ignora fatores igualmente relevantes, inclusive para evidenciar a fragilidade do argumento³³⁸. No caso em apreço, por exemplo, é mesmo questionável a conclusão de que havia mesmo ganhos excessivos das concessionárias³³⁹. Mais que isso, a conjuntura econômica é, tradicionalmente, alocada como um risco do particular contratado, de modo que a situação oposta – com a deterioração das condições econômicas – dificilmente seria causa de recomposição em favor das concessionárias.

Situação semelhante ocorreu nas concessões rodoviárias paulistas, a partir de processo de revisão de recomposição contratual já operada. Com a alteração da legislação tributária (cobrança de ISS na receita tarifária e alteração das alíquotas de PIS/COFINS), o Estado de São Paulo promoveu a recomposição dos contratos vigentes, que não consideraram esses custos tributários na sua equação. Tal processo foi conduzido pelo próprio governo, concluindo-se, a partir do que previa o contrato, pela recomposição apurada a partir das projeções financeiras da proposta apresentada na licitação.

³³⁸ A orientação do controle pela mera aferição de gastos, ignorando o resultado e a qualidade da decisão e da prestação, já vem há muito, consoante o relato de James M. Landis: “Não é raro que se objetem gastos, não porque são desnecessários para alcançar um fim específico, mas em virtude de um critério de que qualquer gasto para lograr esse objetivo não deveria ser feito, porque esse fim, mesmo que autorizado pelo Congresso, não se amolda às concepções próprias dos membros daqueles entes de controle acerca de qual a direção o governo deveria seguir.” (**El poder administrativo**. Trad. Enrique E. Bledel. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951, p. 62, tradução nossa).

³³⁹ O que pode ser questionado pela análise histórica do custo de oportunidade, a partir da comparação das taxas internas de retorno com a taxa SELIC. Note-se que a maior parte dos contratos de concessão em apreciação pelo TCU datam de 1995, ano em que a taxa SELIC foi de 38,71%, ao passo que as taxas internas de retorno eram de: 12,99% (CONCER), 17,58% (NovaDutra) e 17,99% (CRT). Ou seja, à época da licitação, investir nas concessões era muito menos vantajoso do que opções de mercado, sendo certo que a SELIC era mais de três vezes maior que a TIR da CONCER, e mais de duas vezes superior que a TIR da NovaDutra e da CRT. E não é só, à época da representação (2007) a SELIC jamais ficou abaixo da TIR do contrato da CONCER, e apenas em cinco anos foi menor do que a TIR dos outros dois contratos. Ou seja, havia, até o momento da representação, uma evidente perda de oportunidade de investimento por parte das concessionárias, que poderiam obter retornos maiores em investimentos mais conservadores e com menos risco do que os contratos de concessão.

Anos depois, no entanto, o Estado patrocinou novo estudo econômico, que avaliou a recomposição a partir de dados reais de tráfego, donde resultou um impacto menor das alterações tributárias. A partir daí, instaurou processos de revisão do reequilíbrio operado, concluindo que a compensação dada às concessionárias (por extensão do prazo contratual) foi excessiva. A discussão, em nenhum momento, lastreou-se na previsão do contrato, especialmente no parâmetro de equilíbrio e na alocação de riscos, e, ao ser judicializada, acabou se resumindo num entendimento de que o ganho real das concessionárias foi excessivo.

Novamente, não se trata aqui de coibir a atuação diligente do gestor público na racionalidade contratual. Contudo, todo o debate foi travado a partir de uma premissa (o ganho demasiado das concessionárias), ignorando a própria disposição do contrato. Pior, subverteu-se a alocação de riscos, manejando-a apenas em favor do poder concedente. Afinal, se o risco de demanda é da concessionária, a ela cabe arcar com os prejuízos dessa alocação, mas, em sentido contrário, de auferir eventual benefício. Ora, se é bem verdade que o impacto do evento de desequilíbrio é menor ao se considerar a demanda real, também é certo que a concessionária suportou o prejuízo de uma receita menor do que a projetada, em virtude de um fluxo de veículos inferior ao considerado na sua proposta. A receita menor apurada serviu, nesse caso, apenas em favor da pretensão do poder concedente em diminuir os ganhos das concessionárias, mas foi ignorada sob o viés das perdas tarifárias por elas suportadas.

A situação transbordou a esfera administrativa e, até o presente momento, segue sendo discutida em juízo por todas as concessionárias, com primazia de entendimento favorável à Administração. É interessante que o fundamento jurisprudencial contrário às concessionárias é claramente favorável à concepção de que deve prevalecer a demanda real, a despeito do que prevê o contrato. Segue-se, assim, o preceito que orientou o correspondente das concessões federais, no âmbito do TCU: se as condições de execução se alteram em favor da concessionária, ajuste-se o contrato. Lá, como cá, o apego à realidade não ocorre quando ela é favorável ao concedente, isto é, quando a alteração das condições contratuais opera em favor da Administração, não se cogita da mutabilidade contratual.

E não deixa de ser interessante que, ao reconhecer a primazia dos dados reais, a jurisprudência silencia se esse reconhecimento também deve operar em favor da concessionária, tendo em conta que a projeção estimou receita maior, a partir de um fluxo de veículos mais elevado³⁴⁰.

³⁴⁰ Por todos, o Acórdão proferido na Apelação Cível nº 1045799-02.2014.8.26.0053, pela 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Nem se alegue que a utilização do critério da

A devida prestação de contas no desempenho do poder extroverso não deve, portanto, subsumir-se ao mero ganho da Administração, à custa do contratado ou da exequibilidade da contratação. A *accountability* das prerrogativas contratuais também não se orienta apenas pelo formalismo e por um controle hipertrofiado, que ignora os desafios e a natureza dessa atividade. Nos dois polos, a perspectiva é contraproducente.

A utilização das prerrogativas contratuais será tanto mais racional e eficiente quando reconhecido o dever de uma prestação de contas devidamente fundamentada pelo gestor público e sujeita à revisão igualmente motivada pelos órgãos de controle. Consoante se verá a seguir, a justificação da exorbitância perpassa um plexo mais amplo de requisitos do que a simples aferição do ganho para a Administração.

3.4.3. A *accountability* ineficiente

O exercício de prerrogativas é, acima de tudo, um processo decisório, por meio do qual o agente público deve aplicar, ou não, o poder que lhe é conferido legal e contratualmente. Em outras palavras, a gestão contratual é um processo contínuo decisório, no qual o agente público deve sempre escolher a medida que conforme da melhor forma o objetivo da contratação. Assim o é quando se vê diante das opções de admitir ou não a revisão dos parâmetros de execução, de autorizar a celebração de aditivos, de suspender a execução do contrato, ou, diante de uma situação adversa, optar por rescindir ou adotar medidas saneadoras.

A atividade do gestor público, é, pois, já demasiadamente árdua apenas na consecução das tarefas que lhe cabem na fiscalização dos contratos. O desafio que se põe à *accountability* da gestão contratual é, pois, não descambar para uma de duas situações indesejáveis ao sucesso do contrato: atulhar o agente público com obrigações demais para prestar contas, ou,

receita real encontra óbice na cláusula 26.2 do contrato, que prevê: ‘Sempre que haja direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, essa recomposição será implementada tomando como base os efeitos dos fatos que lhe deram causa, na forma como foram considerados nas PROJEÇÕES FINANCEIRAS’ (fl. 358). Tal entendimento atribui às projeções financeiras caráter de imutabilidade e, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, ‘É o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, na verdade, a cláusula imutável, e não a que fixa os critérios de reajustamento, de maneira que, uma vez garantida a devida remuneração pelo serviço prestado, não há cogitar em necessidade de indenização referente a eventual diferença, ou, muito menos, em afastamento da norma econômica em favor da norma contratual.’ (REsp nº 169.274/SP, Segunda Turma Rel. Min. Franciulli Neto, j. 11.06.2002, v.u.). As projeções financeiras, repita-se, refletem a realidade à época do procedimento licitatório e, havendo necessidade de reajustamentos, a receita real é que deve ser admitida para a sua recomposição.’ O interessante é que, mais à frente, como subsídio do entendimento, o voto condutor ainda referencia disposição contratual que predica o ajuste das projeções financeiras após processos de recomposição, mas não menciona a possibilidade de que essa disposição também venha a socorrer a concessionária, por meio da revisão das projeções de tráfego, menores do que a evidencia na realidade: ‘Por essa razão também é previsão contratual que ‘sempre que venha a ocorrer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, as PROJEÇÕES FINANCEIRAS serão ajustadas para refletir a situação após essa recomposição’ (cláusula 26.6 fl. 358).’ Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 22 Jan. 2022.

então, adotar uma postura exageradamente combativa, de tal sorte que nem mesmo o equívoco possa ser admitido.

Nessas hipóteses, o risco é de a *accountability* acabar se desvirtuando e, com isso, indo em caminho distinto da eficiência que intenta alcançar. No primeiro caso, uma pauta obrigacional de grande amplitude desvia a prestação de contas para uma tarefa muito mais formal do que de mérito, o que afasta o gestor público do seu mister principal, ocupado que estará apenas em atender a exigências meramente procedimentais e de pouca serventia ao controle efetivo das razões e do resultado no desempenho das suas prerrogativas³⁴¹. No segundo, o risco é o de tolher a liberdade do gestor público a ponto de este se sentir intimado a tomar qualquer decisão, sobretudo aquelas que discrepam de um padrão previamente estipulado, inadequado à especificidade de uma dada contratação.

Infelizmente, a conjuntura da prestação de contas e do controle exercido sobre a atividade administrativa evidencia, justamente, esse tipo de situação na gestão dos contratos. A pauta de obrigações de formas que devem ser observadas pelo gestor pública é cada vez mais profícua em detrimento daquelas que se relacionam com as razões de mérito e com os objetivos das contratações. Por outro lado, é cada vez menor a condescendência com o erro do gestor público, que se vê sujeito à responsabilização mesmo quando age de boa-fé e de modo zeloso, simplesmente porque o resultado esperado da sua decisão não se mostrou mais vantajoso à Administração ou não foi verificado em sua inteireza, mesmo que por circunstâncias alheias à ingerência que detém na governança do contrato.

Daí porque é importante distinguir os excessos na prestação de contas e do controle, ao se defender a *accountability* no exercício das prerrogativas contratuais da Administração. Somente assim se pode coibir os efeitos deletérios associados a uma *accountability* nímia e que se ultime de modo descuidado à eficiência dos contratos, atendendo apenas aos anseios despropositados da burocracia e do controle estatal.

3.4.3.1. Exigências excessivamente formais

A prestação de contas pode ser facilmente confundida com o cumprimento de uma pauta de providências e ações que devem ser tomadas pelo agente público. A elas, somam-se cautelas e o dever de atender a diversos requisitos e procedimentos. Tem-se, então, uma espécie de

³⁴¹ Steven J. Kelman alerta que, a despeito das justas razões (valores sociais) que compelem a estipulação de limitações ao agente público contratante, tradicionalmente, “o rabo abana o cão” e o excesso de limitações “acaba servindo a outros objetivos, inibindo a boa performance.” (Achieving contracting goals and recognizing Public Law concerns. In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha (ed.). **Government by contract: outsourcing and American democracy**. Cambridge, EUA: Harvard University Press, 2009, p. 153-191).

check-list, calcado majoritariamente em aspectos formais da atuação do agente público, muitos deles advindo de demandas legais.

Presume-se correto o agir que observa rigorosamente essa pauta, vencendo cada um dos atos previamente estabelecidos na lei, regulamentos ou mesmo na jurisprudência vigente. Nos tempos atuais, o acúmulo desses parâmetros conforma um manancial bastante profícuo em normas e todas elas devem ser observadas pelo agente público ao tomar a decisão. Essas normas, por sua vez, encerram uma complexidade muitas vezes além da compreensão do agente público responsável por aplicá-las e que se vê submergido em longas listas de demandas que pouco dizem com o mérito da sua decisão ou com o resultado que se pretende alcançar.

O foco da atuação administrativa se exaure, nessa realidade, na mera aferição se todos os requisitos formais foram atendidos: o contrato prevê a fonte de recursos, contempla todas as cláusulas obrigatórias, seu objeto está previsto no plano plurianual, o custeio está na lei orçamentária anual, o prazo estabelecido observa o limite legal, todos os pareceres necessários foram elaborados, todas as assinaturas necessárias foram colhidas, e assim por diante.

Não se nega a relevância de se observar uma pauta prévia de providências que precisam ser seguidas pelo agente público. Ninguém irá negar que a observância de todas as limitações e requisitos da legislação orçamentária é relevante, ou mesmo que as competências institucionais da organização interna dos órgãos e entidades devam ser ignoradas. Mas, se for certa a importância dessa pauta, ela não pode ser a única a ser celebrada na prestação de contas da Administração.

Todas elas se ocupam do que antecede o agir administrativo, mas não contemplam necessariamente o que está na outra ponta dessa ação, isto é, olvida-se ao resultado, mesmo quando a formalidade em apreço diz com uma premissa que, em tese, almeja que os objetivos da política pública sejam efetivamente consagrados. É o caso, por exemplo, das normas que orientam o orçamento público à aplicação de determinados percentuais mínimos em saúde e educação. É bastante aceitável que se resguarde os recursos necessários à consecução das políticas para duas pautas relevantes das obrigações estatais, mas a mera salvaguarda desses recursos, por uma segregação obrigatória do orçamento público pouco diz com a efetividade das políticas públicas pensadas para a educação e saúde. O foco recai se o percentual exigido foi efetivamente destinado, mas pouco se diz sobre no que, e com quais objetivos, esses recursos foram alocados.

Algo semelhante ocorre na gestão contratual, em que sobejam requisitos objetivos, que mesmo justificáveis sob outros vieses, pouco dizem com o resultado do contrato. Antes, ocupam-se de outras pautas, algumas delas plenamente justificáveis – combate à corrupção, diminuição do ônus financeiro para a Administração – outras de cunho meramente formal, mas nenhuma delas voltadas especificamente à avaliação do resultado esperado com a contratação.

A normativa – e, sobretudo, a prática evidenciada – dos contratos administrativos é muito mais aderente ao estabelecimento de uma série de regras rígidas sobre quais procedimentos devem ser seguidos na contratação, com pouca margem à flexibilização, mesmo quando dessa possa advir benefícios à prestação que se espera alcançar. Nada há, também, sobre o controle *a posteriori* de resultados, como se a avaliação do sucesso ou insucesso da contratação se ultimasse com o recebimento, mesmo que evidenciada a ineficiência da prestação ou mesmo a irrelevância do objeto executado.

No primeiro caso, é o caso da limitação à mutabilidade contratual que, conforme já visto acima – parte de um limite percentual arbitrariamente estipulado pela lei. Ao invés de contemplar a eficácia da contratação, atenta às diversas situações que podem exigir a alteração das condições originalmente contratadas, a lei opta por estabelecer um limite linear, como se não fosse possível existir situações nas quais a alteração do contrato fosse plenamente justificável, mesmo que dela resultasse incremento ou supressão de mais de vinte e cinco por cento do valor inicial.

Na segunda hipótese, a aferição posterior da adequação do escopo é praticamente inexistente. A legislação e a práxis administrativa é quase silente em relação a *accountability* do contrato em relação ao proveito que se faz do escopo entregue pelo contratado, seja quanto à estreita adequação técnica, seja acerca da determinação se a escolha por aquele objeto foi a mais adequada. Há, por certo, a previsão legal para a avaliação do objeto entregue, como condição ao recebimento definitivo da prestação, mas nada muito além disso. Tanto pior que um escopo pobremente executado acaba, muitas vezes, ocasionando uma nova contratação para sanear as falhas da primeira³⁴². As sucessivas contratações de

³⁴² Os efeitos deletérios da ausência de avaliação de resultados, vocacionada à alocação de novos recursos para suprir as deficiências originais aparece no relato que Osborne e Gaebler fazem sobre ações educacionais e de segurança pública, em Illinois, o que demonstra que essa não é uma exclusividade da contratação brasileira (OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventing government**: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector. Nova Iorque: Plume, 1993, p. 139).

conservação rodoviária ilustram bem essa realidade, tanto no âmbito federal quanto nos Estados³⁴³.

O pouco apreço com o resultado afasta os esforços da burocracia estatal em prol desse objetivo. Orientado por um inventário de requisitos formais, o agente público não considera mais a eficácia da contratação como uma prioridade, preferindo dedicar-se ao cumprimento da infinidade de regras e procedimentos que devem ser atendidos, inclusive para fins de autoproteção³⁴⁴. O formalismo não coaduna com um modelo de *accountability* que privilegia a eficiência, servindo mais ao propósito de resguardar o agente público, com especial apreço ao que predicam normas não vinculadas ao mérito da contratação.

Muitas vezes, o que se espera da Administração não reside no formalismo legalista absoluto, no qual a integridade do ato perante a legislação é bastante à prestação de contas. A legalidade irrestrita já não é, ela própria, um dogma insuperável da Administração. Em muitos casos, o objetivo caro ao interesse coletivo pode não ser exaurido no texto legal e o agente público deverá ser voltar a outros meios para a consecução desse interesse. Jessé Torres Pereira Júnior bem aponta que já está “superada a asserção de que o objeto do controle judicial dos atos da Administração Pública se circunscreve ao exame da legalidade dos elementos ou requisitos que lhe integram a estrutura morfológica, com exclusão de qualquer outra ótica”. E conclui que “pode ocorrer que o ato seja estruturalmente íntegro, vale dizer, sem vício de ilegalidade, porém padeça de máculas ruinosas da relação entre o que almeja a Administração e o que é do interesse público.”³⁴⁵.

³⁴³ No âmbito do DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, são usualmente contratados os serviços de manutenção, recuperação e conservação da malha rodoviária federal. Em determinado momento, a autarquia estabeleceu o denominado Programa de Contratação, Restauração e Manutenção, ou, simplesmente, Programa CREMA, que se diferenciava da contratação usual por meio de parâmetros mais efetivos de recuperação rodoviária. O custo das obras do CREMA era superior àquele empregado nas demais contratações do DNIT (cf. as tabelas de custos médios gerenciais do DNIT. Disponível em < <https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-dnit/Janeiro2020.zip>>, Acesso em 19.2.2022), o que se justificava pela expectativa de maior durabilidade da qualidade do asfalto. No entanto, a avaliação posterior feita pelo próprio DNIT e pela Confederação Nacional do Transporte (CNT) demonstram a má-qualidade da malha rodoviária, com uma leve melhora nas rodovias que tiveram obras no CREMA. Ainda assim o percentual de rodovias que recebem obras do CREMA reduz a cada ano (passando de 51% da malha, em 2010, para uma estimativa de apenas 14%, em 2021. Disponível em: < <http://pac.gov.br/pub/up/relatorio/b701c4f108d61bf921012944fb273e36.pdf>>, Acesso em 19.2.2022). A perenidade dessa situação demonstra que, mesmo sabedor do insucesso de ambos os modelos, não houve qualquer ação em prol da melhoria desse cenário. Pior, o modelo (CREMA) minimamente superior é ignorado em prol de um com eficácia questionável. Em ambos os casos, a contratação é formalmente aceitável, porquanto efetivamente executada e recebida, porém, mesmo com a apuração dos efeitos indesejáveis, nada se opera para reverter a situação.

³⁴⁴ OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventing government**. Op cit., p. 139.

³⁴⁵ **Controle judicial da Administração Pública**: da legalidade estrita à lógica do razoável. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 51.

Daí porque não se cogita de uma *accountability* voltada apenas à inquirição da convergência entre o ato do agente público e o que predica a lei ou norma, especialmente quando não está unicamente no texto normativo o que se espera desse ato. O agente público poderá gerir a contratação de um modo lúdico sem observar eventual formalidade e, em alguns casos, mesmo à revelia da estreita disposição normativa. Essa possibilidade é aventada sempre que a flexibilização operar em favor do resultado da contratação, consentânea com o interesse coletivo que dá azo ao contrato.

Aqui, não se intercede em favor da ilegalidade, nem se despreza o papel preponderante da lei na atuação administrativa. Essa certeza não leva, no entanto, a um demasiado apego à norma vigente, resumindo a prestação de contas do agente público tão-somente à legalidade. Tutelar a atuação orientada pelo resultado, mesmo quando isso não transcorra nos estreitos contornos da norma, é compatível com a juridicidade que se espera da Administração, especialmente quando se sabe a relevância que preceitos mais gerais têm na justificação da atuação do poder público. Desde que a Constituição elegeu um rol de princípios orientadores da Administração, é lúdico dizer que tais normas podem elidir formalismos que não sejam compatíveis com os seus objetivos³⁴⁶.

Mas não só. Amparar a informalidade apenas numa aplicação abstrata de princípios não é o que confere juridicidade à defesa de uma *accountability* vazia de conteúdo. No caso específico do contrato administrativo, o que justifica a adoção de um controle orientado pela eficácia não é apenas o princípio da eficiência consignado no *caput* do art. 37 da CF/88 – mesmo que ele seja primordial nessa tarefa –, mas a própria essência da contratação administrativa. O pressuposto, aqui, é que a formalidade carente de conteúdo meritório não coaduna com o objetivo do contrato, por mais que tenha sido eleita pelo legislador como um requisito a ser atendido pelo agente público. Mais que isso, a multiplicidade de situações que se apresentam no contrato administrativo pode perfeitamente suplantar o que o legislador é capaz de antever e não é inconcebível supor que a informalidade seja o mecanismo apto a escoimar essas lacunas, sem, com isso, afastar o agente público e a gestão contratual da

³⁴⁶ “Na realidade, a actividade administrativa informal, apesar de se exercer à margem do contexto das formas jurídicas atípicas, não deixa de ser desenvolvida pela Administração Pública, razão pela qual princípios como os da prossecução do interesse público, da imparcialidade, igualdade, proporcionalidade, boa fé e justiça nunca podem deixar de limitar o exercício deste agir dos órgãos administrativos. A actividade administrativa informal não traduz um espaço antijurídico ou uma manifestação de um agir da Administração Pública totalmente fora da legalidade. É certo, sempre se poderá dizer, que não se encontra aqui o exercício de uma actividade cuja configuração, trâmites ou efeitos estejam em todos os seus domínios expressamente regulados pelo Direito: a informalidade é, por natureza, flexível, indomável, possuidora de múltiplos e inconciliáveis significados, mostrando-se pouco propícia a se reconduzir a quadros dogmáticos fechados, tanto mais que tem em si a potencialidade de encontrar sempre novos processos informais de se afirmar.” (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Op. cit., p. 917).

juridicidade indissociável do agir administrativo, justamente pela capacidade que tem de se adaptar a essa plêiade de situações³⁴⁷.

Um exemplo bastante eloquente dessa discussão sobressai, novamente, dos limites legais à alteração dos contratos administrativos, que, conforme já se viu acima, proscreveriam quaisquer alterações superior à variação percentual por eles predicada. A razão precípua pela qual a doutrina e a jurisprudência estabelecem interpretação flexível para esses limites é, precisamente, a certeza de que observar irrestritamente o limite percentual fixado no texto legal seria de pouca valência ao sucesso do contrato. Mais que isso, em determinadas ocasiões, nem sequer teria a capacidade de atender àquilo que pretende salvaguardar, porquanto cambiar o contrato acima de vinte e cinco por cento nem sempre traduz uma inclusão indevida de escopo, nem tampouco frustra o preceito licitatório.

Nessas oportunidades, é justificável abdicar do formalismo para autorizar um aditivo contratual que enseje variação superior ao percentual admitido em lei. E, por esse motivo, a incompatibilidade formal com a lei não pode ser um fator negativo na prestação de contas do agir administrativo.

É possível, pois, pressupor de uma *accountability* orientada pelo resultado, o que não significa a supressão da *accountability* pelo processo, isto é, aquela que se guia pelas regras e parâmetros que orientam o agir administrativo. A discussão sobre esses dois tipos de prestação de contas é tradicional e não se nega a relevância dos procedimentos para qualquer prestação de contas.

Em alguma medida, inclusive, a balança usualmente pende para uma *accountability* procedimental³⁴⁸, o que se perfaz por alguns motivos, sendo o primordial deles a certeza de que o sujeito que deve prestar contas tem tarefa menos árdua quando se orienta apenas por regras procedimentais objetivas. Afinal, é mais acessível atender a uma determinação que apenas diga o que precisa ser feito, de modo assertivo. Mais enredado é agir premido da

³⁴⁷ “Alicerça-se esta postura informal na convicção de que o Direito se mostra hoje insuficiente para captar a total complexidade da realidade e para dar uma resposta eficiente às novas necessidades colectivas cuja satisfação está a cargo do ‘Estado-providência’ ou ‘Estado de bem-estar’ e do ‘Estado-segurança’ ou ‘Estado-preventivo: a crescente relação de integração entre ciência, tecnologia, política e economia não é mais compatível com uma concepção ‘absolutizante do Direito como sistema de consciência e como processo ordenativo. A actividade informal da Administração aparece, deste modo, como expressão de comportamentos administrativos dificilmente classificáveis dentro das diversas formas tradicionais de actuação administrativa ou inconformadamente submetidos a uma tramitação procedimental rígida.” (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**, Op. cit., p. 184).

³⁴⁸ WALLE, Steven van de; CORNELISSEN, Floor; Performance reporting. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas (ed.). **The Oxford handbook of public accountability**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2016, p. 441-455.

necessidade de alcançar um dado objetivo, muitas vezes sujeito a fatores além da própria atuação, ou, quando menos, que irá exigir do agente providências adicionais³⁴⁹.

As dificuldades em pautar a prestação de contas pelo resultado, no entanto, não predicam que meras formalidades devam ser a força motriz do agente público, sobretudo quando despidas de qualquer preocupação com a performance. No mais das vezes, a comunhão entre procedimentos e objetivos a serem alcançados é o que conforma a melhor *accountability*.

3.4.3.2. A intransigência com o erro

O ambiente decisório do gestor do contrato é altamente complexo e envolve uma avaliação multifacetada de elementos técnicos, econômico-financeiros e jurídicos. O universo de problemas envolvidos na execução contratual já é, por si só, um fator que dificulta sobremaneira a tomada de decisão, muitas vezes acerca de temas que não são necessariamente do domínio do agente público. De fato, as atividades de Estado são bastante diversas e, não por raro, envolvem prestações bastante permeáveis à inovação; em outros casos, novas demandas forçam o Estado a assumir prestações originais.

Há, pois, um ambiente propício ao erro³⁵⁰, tendo em conta que, mesmo munido de boa-fé e atuando do modo mais diligente, a expectativa do agente público pode ser frustrada e o resultado esperado jamais se concretizar. Mais que isso, a escolha na gestão contratual tende a ser imperfeita sob algum viés, tendo em conta os interesses legítimos envolvidos na

³⁴⁹ A escolha por cada modalidade de *accountability* já foi objeto de diversos estudos no campo da psicologia, de modo a avaliar a reação de agentes quando sabedores da prestação de contas por processos ou por resultados. Tais estudos indicaram que o processo decisório dos agentes tende a ser menos tormentoso – e, em alguns casos, menos propenso ao erro – quando guiado exclusivamente pela prestação de contas procedimental. Um apanhado bem completo desses estudos é feito por Shefali V. Patil, Ferdinand Vieider e Philip E. Tetlock, que apontam a existência de um mecanismo de autoproteção do agente: “Psicólogos experimentais apresentam uma série de razões pelas quais, em relação à *accountability* por resultados, a *accountability* procedimental geralmente encaminha julgamentos empiricamente mais acurados e defensáveis. Por exemplo, eles propõem que a prestação de contas pelo resultado forceja o nível de estresse dos tomadores de decisão a adentrar uma zona super ótima que endurece a cognição, enquanto a prestação de contas meramente procedimental mitiga a apreensão com a avaliação ao reafirmar a eles que estarão socialmente seguros desde que apliquem procedimentos defensivos. Essa segurança é especialmente relevante aos tomadores de decisão que acreditam viver num mundo de irreduzível incerteza” (Process versus outcome *accountability*. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas (ed.) **The Oxford handbook of public accountability**, Op. cit., p. 69-89, tradução nossa).

³⁵⁰ “Ao serem desenvolvidas em ambientes complexos e, por isso, dinâmicos e instáveis, as decisões tomadas pelo gestor público costumam gerar consequências de difícil ou impossível antecipação, podendo influenciar áreas totalmente distintas daquelas que, em princípio, são objeto da ação administrativa. Em um sistema complexo, por conta da intensa interação dos elementos que o compõem e da consequente atuação de causas imprevistas, não é incomum que pequenas intervenções impliquem efeitos surpreendentemente intensos ou que grandes mudanças gerem consequências desprezíveis. (...) Como consequência, os resultados das escolhas firmadas por gestores públicos dificilmente podem ser assegurados *ex ante*. Os formuladores e executores de políticas estatais criam incentivos que visam a alcançar os objetivos almejados, mas, em regra, não poderão garantir que eles serão, ao fim, atingidos. Inúmeros fatores, muitos deles de difícil ou impossível previsão, podem atuar para que as finalidades da ação pública não sejam alcançadas. Nesses cenários. Erros decisórios são inevitáveis.” (DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil**, Op. cit., p. 44-45).

contratação. Como qualquer ato que envolva a consecução de tarefas estatais, a decisão da Administração contraente se conforma, previamente, por parâmetros que podem ser contraditórios: de um lado, há contornos legais que limitam a liberdade de escolha e já podem, por si só, levar à decisão equivocada – ou, quando menos, àquela menos eficaz; de outro, há justos interesses e objetivos contrapostos, sendo que a opção poderá contrariar algum deles. Num contexto complexo dessa ordem, é natural haver mais de uma solução possível e que pode ser muito bem justificada *a priori*³⁵¹.

Vai daí a certeza de que a decisão estatal é naturalmente suscetível à imperfeição, o que não induz à conclusão de que a atuação do agente público é reprovável, malgrado se provar falha sob algum viés. Não se nega que há situações em que o erro é crasso ou decorrente de conduta comissiva do agente, mas não é impensável existir uma maioria de situações em que há razões que arrimam a decisão tomada, mesmo sem que o objetivo por ela almejado tenha sido verificado.

É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o gestor for obrigado a decidir pela prorrogação de um contrato de concessão, em detrimento da observância do termo original e da realização de uma nova licitação. De um lado, a decisão se justifica por questões de eficiência, entendendo-se que a continuidade da prestação pelo concessionário original gera ganhos para a qualidade do serviço, além de evitar os custos transacionais da extinção de um contrato e da realização de nova licitação. Por outro lado, escolher encerrar o contrato pode permitir que uma nova modelagem traga maior eficiência à prestação e, além disso, pode atender melhor à noção de isonomia, ao evitar que o mesmo concessionário permaneça se beneficiando da concessão. Ao fim e ao cabo, qualquer caminho que se siga encerra motivos plausíveis, sendo certo que assumir que qualquer decisão é naturalmente certa e a outra equivocada é uma análise demasiadamente simplista e que tende a considerar apenas o que é mais relevante para aquele que avalia o mérito da decisão.

Aferir o acerto da decisão administrativa não pode se resumir apenas a uma avaliação subjetiva daquilo que é tido como mais adequado, inclusive porque esse juízo pode assumir como sensata uma decisão questionável por razões igualmente legítimas. Numa situação dessa ordem, o mérito do ato administrativo acaba resumido àquilo que quem detém a última palavra entende ser o mais judicioso, o que não é, por si só, um problema – e é até difícil pressupor que há como ser diferente, dentro do arranjo de competências dos órgãos de

³⁵¹ KOMESAR, Neil K.. **Imperfect alternatives**. Op. cit., p. 28

controle interno e externo. Afinal, alguém precisa encerrar a discussão e essa opinião é a que prevalece.

No entanto, a despeito de o ato ser desconstituído e as razões de escolha da Administração puderem ser questionadas e invalidadas, disso não resulta a repreensão inexorável do agente que tomou a decisão. Não é isso que se entende por *accountability*, que pressupõe, ao contrário, o dever de diligência do agente, que deverá demonstrar o exercício zeloso das suas funções. A prestação de contas – e eventual responsabilização – pelo agente público é, pois, o processo pelo qual a sua atuação é escrutinada, inclusive em relação ao resultado, mas não se confunde com a aplicação imediata de sanções apenas pela conclusão de que não foi a mais apropriada.

É igualmente indesejável a punição do agente apenas pela carência da submissão da sua ação a um dispositivo normativo compatível. Presunção dessa ordem ignora a complexidade do ato, que, por muitas vezes, vai exigir do agente que o execute um certo grau de pioneirismo jurídico, diante da inércia que caracteriza o ordenamento jurídico. Pressupor a existência de normas para o plexo de situações é uma ficção, ou, como definido por Eduardo Jordão, uma “idealização”³⁵².

Desconsiderar os contornos da prestação de contas pode implicar em efeitos ainda mais prejudiciais do que a omissão do agente em agir de modo escorreito e motivado. Se a realidade é a de rigor excessivo na avaliação das razões do agente, lastreada na premissa de que a atuação é equivocada ou indevida como regra, a tendência natural é desestimular a inovação e delimitar o universo das razões que podem justificar a opção administrativa.

Igualmente improdutiva é a tendência de o controle se limitar à avaliação financeira do resultado, diminuindo a eficiência à aferição do custo incorrido, desconsiderando aspectos relevantes da eficiência administrativa. A suposição de que o menor custo será necessariamente a melhor opção invalida quaisquer decisões que impliquem maior dispêndio da Administração, a despeito dos benefícios por elas trazidos.

³⁵² “Para os gestores públicos e as instituições administrativas, esta cultura jurídica idealizada e irrealista consiste num grande problema. Encarregadas de interpretar o direito para aplicá-lo ao caso concreto, veem-se posteriormente submetidas ao controle realizado por outras instituições. Como, a despeito da teoria em contrário, o direito é frequentemente indeterminado, não é raro que os órgãos de controle possuam interpretações diferentes da do administrador a propósito de qual seria a solução específica a ser adotada em determinado caso. E, com base nesta teoria idealizada e irrealista, mesmo que a interpretação da administração tenha sido razoável, acham que há espaço para anulações, suspensões, punições e repressões.” (Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Edição Especial Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018).

Subsumir o acerto da ação administrativa apenas ao menor preço – algo especialmente comum na avaliação feita em relação ao critério de seleção nas licitações e na apreciação do mérito de termos aditivos – ignora também que a consecução das atividades estatais é naturalmente onerosa e nem sempre se justifica pelo retorno econômico-financeiro. Não se ignora os benefícios de controle das contas públicas, mas não é disso que se trata. Controlar os gastos públicos não pode ser mera conta aritmética, desconsiderando que os objetivos estatais podem – e, no mais das vezes, o fazem – demandar ônus excessivos, a fundo perdido em alguns casos.

Há objetivos estatais legítimos que vão reclamar dispêndios elevados de recursos, mas, ainda assim, esse gasto será justificado sob a ótica das políticas públicas e do dever estatal de prover desenvolvimento econômico e social. Numa análise meramente de custos, a contratação administrativa seria sempre orientada pelo menor ônus à Administração, independentemente da qualidade da prestação ou do aprimoramento das funções e do serviço público.

É importante ressaltar que, em alguns casos, a prestação de contas poderá ocorrer mesmo apenas por um viés de menor custo. Há uma série de tarefas da Administração cujo fator relevante poderá ser o ônus financeiro, ausentes outros parâmetros de eficiência ou objetivos. No entanto, em muitos casos, a Administração não poderá se orientar somente pelo viés do menor custo, porquanto irá desconsiderar que o resultado ótimo depende de incremento na prestação, ou, ainda, de viabilizar um dado serviço mesmo em situações adversas de custos. Nesses casos, adotar como norte a análise apenas do menor dispêndio poderá ser inadequada, por frustrar os objetivos da prestação estatal.³⁵³

A premissa, nessa conjuntura, seria a de um mínimo existencial, no qual o Estado apenas operasse para manter o *status quo*, sem ampliação ou aprimoramento da sua prestação. Contudo, a defasagem da prestação estatal, ainda, não se sustenta a longo prazo, porquanto tende a levar a falhas que não podem ser ignoradas, e os investimentos e custos que precisarão ser realizados para diminuir esse descompasso podem superar a economia feita e que levou a esse déficit prestacional³⁵⁴.

³⁵³ Anne C.L. Davies bem expõe que os parâmetros de *accountability* podem variar conforme os objetivos da prestação pública em apreço: “A natureza dos padrões substanciais [de *accountability*] variam de acordo com o propósito do processo de *accountability*[...] Se a *accountability* se orienta com uma proteção à baixa performance, os padrões podem ser requisitos para assegurar uma eficiência mínima; se a concepção é aprimorar a prestação, os padrões serão estabelecidos como desafios maiores. (**Accountability**. Op. cit., 82, tradução nossa).

³⁵⁴ Mariana Mazzucato bem sintetiza o problema: “[...] é dever do governo pensar grande e enfrentar dificuldades [...]. A substituição dessas ambições audaciosas pela análise financeira de custo-benefício descartou o valor público que os governos podem criar. Os funcionários públicos são orientados a recuar,

A consequência irrefragável desse cenário de pouca tolerância ao erro é a inércia do gestor, que mitiga o risco de sofrer alguma punição por meio da adoção de padrões decisórios ou, simplesmente, pela não decisão. É certo que diante da complexidade decisória e de um controle intensivo sobre equívocos que são mais recorrentes quando a opção é mais inovadora ou ignora o senso comum vigente nos órgãos de controle, a ação administrativa busque a proteção daquilo que já está sedimentado ou, para eivar integralmente o risco, deixe de decidir sobre aquilo que é mais suscetível a questionamento³⁵⁵.

Esse comportamento é natural e não ocorre apenas em relação ao gestor público. A proteção aos riscos é algo intrínseco à natureza humana e não se pode esperar que alguém, deliberadamente, escolha adotar uma conduta que leve ao seu próprio infortúnio. Quando menos, busca-se aliviar os custos decisórios, atenuando os esforços e as consequências adversas da escolha feita.

Acompanhar padrões vigentes é, pois, um caminho bastante prático no processo decisório, quando comparado com uma escolha mais ativa na construção de uma solução mais complexa e que subverta o senso comum vigente. E é inegável que, em algumas situações, acompanhar padrões decisórios será mesmo a melhor opção, especialmente quando aquilo que precisa ser decidido é algo usual e quando uma determinada opção já foi testada positivamente. Nisso, não há nada de equivocados numa atuação mais conservadora e padronizada.

Contudo, a atuação estatal é demasiadamente complexa e dependente de inovação para se contentar apenas com a replicação de apenas um arquétipo de prestação de contas. O erro é tolerável, portanto, quando se motiva pela necessidade de inovação, tendo em conta que transformações relevantes predispõem uma maior disposição ao risco, como elemento

minimizar custos, pensar como o setor privado e ter medo de cometer erros. Departamentos do governo são obrigados a cortar custos, inevitavelmente também diminuindo as habilidades e capacidade das estruturas públicas em questão (departamentos, agências etc.). Quando o governo deixa de investir em sua própria capacidade, ele se torna mais inseguro, menos capaz, e a probabilidade de falha aumenta. Torna-se mais difícil justificar a existência de determinada função do governo, levando a cortes adicionais ou eventualmente à privatização. **(O valor de tudo. Produção e apropriação na economia global. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2020, p.320).**

³⁵⁵ O fenômeno é de tal ordem relevante e massificado que já gerou a expressão “apagão de canetas” para ilustrar a inação do agente público em virtude do temor de responsabilidade pela decisão tomada. Floriano Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas reportam essa situação: “Disso [hipertrofia do controle] decorre a instabilidade das decisões definitivas. As decisões dos gestores públicos passam, pois, a ser provisionais – sobrestadas pelos órgãos de controle. Cuida-se de uma cambialidade que gera instabilidade, abala a segurança jurídica, interfere em políticas públicas de longo prazo, arrefece a confiança dos particulares na gestão da coisa pública. Mas não só. Atemoriza-se o gestor público, que, mesmo atuando nos quadrantes da legalidade, teme exercer a sua discricionariedade. Gera o ‘apagão das canetas’. Ninguém decide mais nada, com o receio de ser responsabilizado, pessoalmente. Para além de uma seleção adversa para o cargo de gestor público, o contexto de sobreposições de controle não protege o gestor de boa-fé. Na verdade, o desprestígio, bem como o afasta do setor público.” **(Comentários à Lei nº 13.655/2018. Op. cit., p.13).**

disruptivo. Ao inovar, as chances de equívoco se avolumam, justamente, por conta da atuação novidadeira e da mudança de paradigmas já testados e aprovados. O agente público que pretenda adotar alguma solução mais criativa, poderá se abster dessa pretensão por apreciar o risco envolvido. Em prol desse incentivo, Gustavo Binenbojm e André Cyrino:

É necessário admitir que haja tentativas fracassadas. É preciso assegurar que equívocos de prognoses não impliquem imediata responsabilização, salvo se o erro efetivamente for grosseiro. Do contrário, o incentivo ao gestor é de cumprir com os ritos sem se preocupar com resultados. Num contexto, como o brasileiro, em que se clama por gestão mais eficiente, impossível desconsiderar um tratamento diferente ao erro e aos meios de controle.³⁵⁶

O desestímulo generalizado à construção de decisões individualizadas, nessa conjuntura, é altamente prejudicial aos objetivos do Estado. Em diversas situações, diante da especificidade das demandas e da prestação estatal, é simplesmente impossível adotar uma solução única que permita subsumir o processo de decisão à mera repetição de padrões anteriores³⁵⁷. Ao fazê-lo, pode-se, inclusive, aumentar o risco de resultados prejudiciais, justamente por ignorar as particularidades do problema a ser endereçado.

Cass R. Sunstein bem resume a potencial inconveniência da adoção de padrões genéricos para situações específicas:

Parece óbvio que uma regra padrão pode reduzir bastante os custos das decisões. Diante de uma regra dessa ordem, as pessoas não precisam focar no que devem fazer para decidir. Elas podem simplesmente seguir o padrão. Mas uma regra padrão pode aumentar os custos dos erros, caso não atenda às situações em apreço, levando o tomador da decisão a direções que tragam prejuízos maiores [...] parâmetros personalizados devem ser escolhidos em relação àqueles padrões genéricos quando diante de uma heterogeneidade significativa, quando não há solução que alcance todas as variáveis. Nesse caso, é melhor adotar uma solução específica.³⁵⁸

Ao subverter a prestação de contas e a preocupação do resultado da contratação à mera observância de um padrão posto por órgãos de controle ou por quem faça as vezes de agente de *accountability*, incorre-se num risco ainda maior à eficiência. A intolerância ao erro – e

³⁵⁶ O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo, Op. cit.

³⁵⁷ “A verdade é que, tendo que assumir funções que vão da saúde às telecomunicações, da educação aos portos de navegação ou aeroportos; da vigilância sanitária à defesa nacional, da manutenção de sistemas de previdência à intervenção urbanística, entre muitas e muitas outras, torna-se evidentemente impossível catalogar-se a partir de fórmulas vinculantes todos os modos de atuação das autoridades públicas. Aliás, ainda que possível, talvez fosse indesejável a existência desse catálogo universal de condutas que fizesse do administrador público um carimbador automático, um mero verificador de fatos concretos para aplicar o direito posto como ‘*longa manus*’ da vontade do legislador. Afinal a realidade socioeconômica é constantemente mutável, as ações exigidas da Administração de ontem são distintas das ações de hoje, que serão distintas das que passarão a ser imperiosas amanhã” (PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (Coord.). **Controle da Administração Pública**. Op. cit., p.63-82).

³⁵⁸ **Choosing not to choose**, Op. cit., p. 18-19, tradução nossa.

sua vinculação à situação em que não se observou o menor custo – produz um ambiente de pouca inovação, ignorante dos inúmeros casos em que a complexidade da situação e a necessidade a ser atendida forcejam soluções fora do padrão e que traduzem maior dificuldade e custos na sua formulação. Essas circunstâncias, por sua vez, são mais permeáveis a resultados inesperados e que podem ser ineficientes em um determinado caso. Contudo, generalizar um padrão mínimo pode até assegurar o resultado pretendido, mas, a replicação da situação reduz a eficiência das contratações. É bastante questionável até que ponto é preferível um cenário de pouco ou nenhum equívoco decisório, mas, por outro lado, que não esteja apto a satisfazer a multiplicidade de demandas da prestação estatal, obstando avanços e se contentando com soluções aquém da eficiência que poderia ser alcançada numa decisão mais arrojada.

Uma delimitação padronizada excessiva apresenta-se anacrônica com um Estado cada vez mais instado ao atendimento de múltiplas demandas e interesses e que tem a obrigação de prestações multifacetadas³⁵⁹. Levada ao limite, essa exacerbação de restrição à ação decisória da Administração sob as vestes de prestação de contas acaba revisitando o período em que se entendia o agente público como mero “braço mecânico”³⁶⁰ da lei, desta feita substituindo-se a norma positivada por *standards* construídos na jurisprudência dos Tribunais judiciais e de contas.

Portanto, sem negar a pertinência de uma prestação de contas efetiva do gestor público no exercício das prerrogativas contratuais, é preciso ter em mente que a *accountability* desejada não predica a hipertrofia do controle, sobretudo aquele feito de modo desarrazoado. Exigir do gestor público que atue diligentemente na construção das razões de decidir é algo distinto de punir o equívoco no mérito apenas por discordância de quem exerce o controle, ou mesmo de inadmitir que a frustração do resultado esperado nem sempre é fruto de ato condenável daquele tomou a decisão equivocada.

³⁵⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**, Op. cit., p. 44.

³⁶⁰ A expressão é de Carlos Ari Sundfeld, que, dissertando sobre a temática da atuação administrativa extrapolar um padrão único e restrito do que consta em lei, vai além: “[...] o conhecimento jurídico que tem interesse social, que deve impactar o funcionamento efetivo do Estado, é o que leva em conta fundamentalmente a experiência jurídica. A opinião deste ensaio é que parte significativa da visão jurídica sobre a Administração Pública e da produção sobre direito administrativo no Brasil é fruto de idealizações, despreza e distorce a experiência histórica e acaba tendo influência negativa no controle jurídico concreto da Administração [...] Esse ensaio vê o direito administrativo como o direito que condiciona a criação e execução de soluções, políticas e programa pela Administração Pública. O dever básico do administrativa é trabalhar na ampliação do leque de alternativas para a ação administrativa encontrar no Direito sua base e seus limites, mas em comprometer a extensão da função criadora que a Administração tiver recebido da legislação, nos termos constitucionais. A grande missão do administrativa contemporâneo não é tolher a criação administrativa do legislador. É assegurar que a o Direito, em suas múltiplas formas, influa sobre o espaço de deliberação administrativa, mas sem monopolizá-lo.” (**Direito Administrativo para céticos**, Op. cit., p. 234-235).

É desvirtuada a *accountability* meramente punitiva e que desconsidera que a eficiência se constrói a partir de experiências exitosas, mas, também, daquelas que não se mostraram como exemplos de sucesso. Diante de pleitos intrincados e que exigem soluções cada vez mais especializadas por parte do Estado, não é crível supor o pleno domínio de todas as variáveis pelo gestor público, que, a despeito da atuação esboçada, pode levar a desfechos ineficientes. Quanto menor for a tolerância com essa situação, menos haverá disposição do gestor público em tomar decisões difíceis e, com isso, mais distante da eficácia restará a gestão dos contratos.

Contratos administrativos são um campo fértil a esse debate. O plexo de interesses relevantes e a contraposição de motivação para a adoção de opções variadas pelo gestor público são elementos que possibilitam soluções distintas e que podem encontrar justificativas válidas, a despeito de resultados mais ou menos positivos a partir da adoção de cada uma delas.

Volta-se, aqui, ao exemplo da revisão do contrato para sanear um aumento excepcional de custos de insumos do particular contratado. Diante dessa situação, o gestor público encontrará fundamentos razoáveis para decidir tanto pela vedação da revisão quanto pela aceitação do aumento do preço para contemplar esse aumento. No primeiro caso, poderá o gestor suscitar que o aumento é demasiado, que a alocação de riscos atribuído ao particular a variação acima do índice de reajuste estabelecido no contrato, que a revisão necessária supera o limite legal de variação do valor contratual. No segundo, é aceitável argumentar que a variação excepcional extrapola a álea ordinária, que é legítimo o pleito do particular cujas condições efetivas da proposta foram alteradas no decorrer da execução, e, ainda, que a negativa em conceder a revisão poderia levar à completa inexecução do contrato, frustrando a expectativa de entrega do seu escopo.

A avaliação de qual opção é a correta, em última instância, será diretamente influenciada pelo viés do agente de controle que poderá validar uma delas de acordo com a sua própria referência do que seria o resultado mais adequado. Uma visão mais legalista e que privilegie o custo como elemento fulcral do contrato irá se filiar à opção de negar a revisão, à custa do maior risco de inexecução contratual. Essa conclusão parte da concepção de que o particular é responsável, devendo assumir o ônus excedente e, caso não o faça, à Administração será dado o direito de sancionar o particular para mitigar as perdas por ela sofridas. Noutra ponta, a concepção mais pragmática, em prol do resultado, sustenta que a revisão proscreve perdas ainda maiores do que o acréscimo ao preço, advindas dos prejuízos que a inexecução do objeto contratado tende a ocasionar.

Supor que o gestor público é responsável pelo só-fato de decidir contrariamente à posição daqueles a quem deve prestar conta é um ambiente nocivo à eficiência do contrato, condicionado pelo formalismo do controle – muitas vezes adstrito ao custo – e não à consecução da pauta de política pública para a qual se destina a contratação. A hipertrofia da responsabilização, por certo, condiciona o gestor público a decidir de modo protetivo, ou seja, do modo que menos suscite uma análise de mérito sobre o acerto da opção escolhida. Conforme visto, essa retração é incompatível com a demanda dos contratos administrativos com toda a sua complexidade e necessidades, que reclamam maior arrojo e inovação na gestão contratual. É o caso, pois, do temor em autorizar modificações de projeto que possam ultrapassar o patamar de 25% do valor do contrato, malgrado a relevância dessa alteração para o sucesso da contratação; ou, ainda, da resistência à composição de litígios do contrato ao invés da mera aplicação de sanção.

A situação é ainda mais perniciosa quando se sabe que, não por raro, ao avaliar o contrato, os órgãos de controle podem responsabilizar o gestor público ao constatarem a inexecução do objeto, sem mesmo adentrar as razões que levaram ao inadimplemento contratual e as dificuldades da Administração em equacionar os problemas dentro de limites estreitos impostos pelos precedentes dos próprios órgãos de controle. Ao optar por não decidir ou por decidir de modo unicamente protetivo, o agente público responsável pelo contrato pode, ao revés, aumentar o próprio risco caso essa opção reflita na eficácia do contrato, posteriormente avaliada pelo controle³⁶¹.

O poder extroverso da Administração contraente, nessa conjuntura, passa a ser executado não em favor do contrato e, muito menos, do interesse público. O seu propósito se transforma na defesa dos interesses da própria Administração – que, conforme já exposto, não se confunde com o interesse público – ou, ainda, do próprio gestor encarregado de concretizar as prerrogativas contratuais. Quando menos, atende apenas àquilo que a entidade de controle, por suas próprias razões, entende ser o correto, mas que não necessariamente traduz a opção mais eficiente ou aderente ao interesse público.

³⁶¹ Rodrigo Valgas dos Santos expõe com propriedade que a “a alta probabilidade de ser responsabilizado pelo exercício de função pública, num sistema de controle disfuncionalizado, leva ao medo de responsabilização do agente público. Ao mesmo tempo que o medo é consequência dos excessos do controle, também é causa, à medida que produz respostas disfuncionais visando à autoproteção dos agentes públicos, à exemplo do imobilismo decisório decorrente do medo em decidir, o que pode levar a uma postura mais firme dos órgãos de controle no exercício de sua atividade.” (**Direito Administrativo do medo**, Op. cit, p.332).

4. Para onde caminham as prerrogativas?

O caminho percorrido até aqui demonstra a aderência de diversos elementos contemporâneos do arranjo institucional da Administração à eficiência. A modernização que alcança o Estado também deve orientar o exercício das prerrogativas, reaproximando-as do seu conceito original de elemento viabilizador do contrato administrativo.

A involução que alcançou as prerrogativas, desvirtuando-as do objetivo do contrato para ser um mero exercício – arbitrário, ou não – do poder administrativo, insere-se numa disfunção mais geral da atividade da Administração. O conceito de um Estado defensivo, formalista e voltado para interesses próprios da sua Administração – ou do próprio agente público – passou a ser de alguma maneira preponderante na realidade nacional.

Paradoxalmente a avanços normativos, o Estado forceja uma atuação adversarial do particular, muitas vezes se valendo de hermenêutica enviesada que a sua burocracia faz do ordenamento em seu benefício, inclusive daquelas normas que são construídas e editadas, justamente, para coibir esse tipo de interpretação. A exacerbação de um conceito abstrato de interesse público, o controle formalista e desmedido, o estímulo à relação litigiosa com o privado e a irrelevância dispensada à prestação de contas são elementos conformadores de uma atuação mais voltada à forma e com pouco apreço com o resultado e a eficiência.

Nesse contexto, é mesmo esperado que a exorbitância tenha se afastado do seu desiderato, transmutando-se em mero ato de império. O que se vê, em grande parte, é a utilização das prerrogativas como instrumental para aumentar as benesses à Administração, seja por forcejar um ônus desmedido ao contratado, seja como meio de proteção ao controle superveniente, que, por sua vez, tende a ser menos compromissado com a racionalidade contratual.

Fosse o caso de defender que esse ambiente de hipervalorização da exorbitância tivesse algum mérito, a realidade posta demonstra que ainda se está longe de um ambiente propício ao sucesso da contratação. Os resultados das auditorias feitas pelo TCU e pela CGU – acima vistos – ilustram como há pouca relação entre o manejo das prerrogativas e o êxito dos contratos. Se assim não o for, é mesmo o caso de cogitar que nem a própria Administração tem sabido se valer do poder que lhe é outorgado.

Vai daí a necessidade de questionar se a solução à ineficiência da contratação pública é mesmo esgaçar as relações com os contratados, com o aumento da exorbitância e a diminuição de soluções negociais, que se voltam com maior afinco ao resultado do contrato. Já se disse que a contratação pública tem sua origem na aceitação de que as relações

contratuais da Administração precisam se voltar ao interesse coletivo, que passa, necessariamente, pelo alcance do escopo contratado. Ao decidir contratar, a Administração não o faz para usufruto próprio, mas para alcançar o benefício geral advindo da entrega do objeto contratado.

Donde se questiona se é mesmo o caso de admitir que o plexo de situações que podem comprometer a execução contratual possa ser capturado exclusivamente por um aparato de prerrogativas que se voltam mais à proteção – ou ganho indevido – da Administração. É válido pressupor que a mutabilidade dos contratos, essencial à adequação da execução ao conjunto de variáveis que a atingem na vigência contratual, reste majoritariamente orientada pela unilateralidade da alteração e, mais ainda, adstrita a um rol bastante limitado de hipóteses, a começar por um arbitrário percentual fixado em lei?

Se for certo que a lei não logra capturar toda a variável a que se sujeita o contrato, é preciso ter em mente que o encaminhamento mais adequado seja admitir que a Administração possa exercer sua discricionariedade a partir de parâmetros mais flexíveis e, principalmente, com o objetivo claro de fornecer os pressupostos para a consecução do escopo contratual. Antes que se diga que essa alternativa implica numa inovação indevida, ou mesmo ilegal, retomasse a referência aos precedentes normativos e jurisprudenciais que já autorizam até mesmo alguma mitigação em dogmas mais caros à intransigência com soluções acordadas e mais compromissadas com o resultado.

As alterações à LINDB, por exemplo, conferem um racional mais aberto à escolha administrativa, inclusive com o permissivo expresso à composição negocial, mas, também, com uma série de proteções à decisão administrativa. E, mesmo TCU, com todo o seu rigor e inflexibilidade, já aceitou a mutabilidade acima dos percentuais previstos em lei, desde que atendidos alguns parâmetros:

[...] pois nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado.³⁶²

³⁶² Decisão nº 215/1999 – Plenário. Segundo o Tribunal, os requisitos são: “I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais

Em alguma medida, portanto, admitir um contrato administrativo menos tolhido pelo imperialismo da Administração e com maior liberdade à decisão administrativa racional, especialmente aquela que se volta à eficiência, já não é algo impensável. Ao contrário, esse tipo de enfrentamento da avença governamental é algo evidenciado desde a origem do conceito de contrato administrativo, tendo em conta que o que influenciava aqueles que sustentavam a existência de um regime próprio era, justamente, a necessidade de acautelar o interesse embutido na contratação. A defesa do contrato administrativo nunca foi a defesa da Administração, muito menos o suporte ao imperialismo imotivado do Estado. Antes, somente se falava em prerrogativa e exorbitância em termos de proteção ao interesse coletivo que revestia a contratação feita pelo poder público.

Nem mesmo a lei vigente cogita do absolutismo estatal nos contratos. Ao contrário. Mesmo quando se refere às prerrogativas da Administração, o faz de modo concomitante com instrumentos de proteção ao contratado ou, ainda, com expressa referência ao que pode embasar o exercício dessas prerrogativas. Já se viu, acima, que a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro guarda consigo proteção legal e constitucional, mesmo diante da prática das alterações unilaterais pela Administração; de igual forma, o direito à indenização é resguardado ao particular mesmo na hipótese de encerramento unilateral do contrato – na concessão, esse direito sobressai mesmo no caso de caducidade, isto é, prevalece mesmo na hipótese de falha do particular e da respectiva reprimenda administrativa.

Não é diferente na preocupação com a eficiência do contrato. Ao referir a faculdade de modificar o contrato, a Lei nº 8.666/1993 o faz com expressa alusão à “melhor adequação às finalidades de interesse público” (art. 58, I), e, mais adiante, detalha as hipóteses de alteração unilateral sempre com o viés de proteger a execução contratual.

Em algum momento, no entanto, mesmo a dicção legal parece ter sido esquecida dentro dessa conjuntura de absolutismo na relação contratual. A modificação unilateral deixa de observar o interesse do contrato, inclusive quando dela se priva mesmo quando essencial ao êxito do contrato, e, por vezes, guarda apenas o interesse da Administração, que sacrifica margem e mesmo o resultado se entender indevida qualquer revisão remuneratória.

Contudo, conforme visto, há premissas mais salutares sobre as quais é possível construir o contrato administrativo. Se for verdade que as prerrogativas já não são sua exclusividade, é

mencionados na alínea "a", supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;”

preciso pensar naquilo que sempre foi o real discri-me do contrato administrativo: a existência de um terceiro interesse, que não se confunde com o interesse das partes – podendo com eles confluir –, mas que precisa de uma delas para se viabilizar e se realizar em definitivo. É na guarda desse interesse, portanto, que deve ser exercitada a ação administrativa no contrato, e, se assim o for, é mesmo possível cogitar que a prerrogativa – se assim ainda pode ser denominada – se resume à adoção da medida mais benéfica ao sucesso contratual.

Resta, enfim, cogitar do que poderia ser esse (novo) modelo de contrato administrativo, forte no desiderato da contratação e não nos desígnios da Administração. Ao cabo, ter-se-á que a proposição de um contrato mais equânime e racional está longe de contraditar os preceitos regentes da Administração, mesmo o propagado interesse público. Pelo contrário, pressupor de uma racionalidade contratual mais próxima da eficiência e, esta, mais consentânea com mecanismos de maior diálogo e menor império, é o cerne do contrato administrativo.

4.1. Ainda é possível falar em prerrogativas

A defesa de um contrato sem prerrogativas não parece ser um bom caminho a ser trilhado. Presumir ser viável um contrato administrativo sem que a Administração disponha de instrumentos hábeis a assegurar o sucesso da avença é algo incompatível até mesmo com a defesa da contratação governamental.

Afinal, proscrever todo e qualquer poder contratual da Administração não se mostra razoável, sobretudo quando se tem por certo que é dever do órgão ou entidade contratante fiscalizar a execução do contrato, punindo o contratado infrator. Da mesma forma, alterar as especificações do contrato pode mesmo ser a única forma de assegurar-lhe o sucesso na consecução do seu objeto, e, nesse caso, é possível que mesmo a alteração unilateral tenha seu lugar.

Não se pode esquecer que a existência de uma potestade administrativa é intrínseca ao Estado Democrático de Direito, sobretudo para que o monopólio de poder nas mãos do Estado sirva precipuamente à consagração dos interesses relevantes do jogo democrático. Transladada à relação contratual – e, de modo mais amplo, às relações com os particulares – essa certeza predica que a Administração deve dispor de mecanismos suficientemente hábeis a acautelar esse papel relevante do Estado³⁶³.

³⁶³ O consenso sobre a intransponível existência de prerrogativas estatais como consentâneo do Estado administrativo voltado à consecução dos interesses legitimamente reconhecidos é estressado por Adrian Vermeule, em ensaio provocativo sobre a existência de um “razoável abuso de poder”: “O Estado administrativo moderno, caracterizado por um sistema burocrático cujo escopo era inimaginável no Século XVIII, determinou precisamente o objetivo específico de minimizar os abusos de poder. Num Estado administrativo, o abuso de poder não é algo a ser otimizado, ao invés de minimizado. Um regime administrativo pode tolerar um nível previsível de abuso de poder como parte de um pacote de soluções eficazes – como um

Vai daí que a defesa da revisão da exorbitância administrativa não predica a cogente supressão de todas as prerrogativas de que goza a Administração na relação com o privado. Essa seria uma saída demasiado drástica e que poderia mesmo não refletir qualquer benefício ao contrato ou ao interesse nele revestido.

É mesmo pueril o argumento de que a supressão das prerrogativas aproximaria o contrato administrativo do regime privado de contratação, o que teria o condão de fornecer maior eficiência ao contrato e mais equidade às partes contratantes. Sustentação desse viés não sobrevive à realidade dos fatos.

A uma, porquanto o regime privado é profícuo em exemplos de contratos com nítida disparidade de forças entre as partes contratantes³⁶⁴, e, mesmo assim, ninguém pugna pela supressão integral daquilo que torna uma das partes dominantes. A preocupação é muito mais em proteger a parte contratual hipossuficiente em relação a eventual arbítrio da sua contraparte. A duas, porque mesmo em contratos com maior equidade entre as partes não se está livre de conflitos e de situações que podem comprometer a execução do contrato. O abuso de direito e da posição contratual pode ocorrer mesmo nesse cenário, o que leva ao expressivo número de procedimentos arbitrais e judiciais que discutem o relacionamento contratual entre agentes privados.

Não por acaso, já se viu o desacerto de manter a prerrogativa como discrimine do contrato administrativo, o que contraria a realidade de um regime privado marcado por exemplos de contratações que encerram prerrogativas e mesmo uma situação de inequidade entre as partes. E o que se pode extrair do exercício das prerrogativas no regime privado não é a extinção delas no regime público, mas, sim, mecanismos que possam torná-las mais eficazes e consentâneas com os objetivos do contrato.

O principal, num novo olhar sobre as prerrogativas não é defender a supressão de mecanismos que conferem uma posição privilegiada à Administração. Antes, o que se arrima é a necessidade de que essa especial posição não seja utilizada de modo arbitrário ou alheio aos interesses do contrato, ou, tanto pior, em defesa da própria Administração, o que, conforme já visto, não se confunde com os interesses relevantes que subsidiam a contratação.

4.2. Prerrogativas em prol da equidade

Revisitar as prerrogativas é algo muito mais motivado pela necessidade de retirar o principal argumento daqueles que sustentam o abuso da posição contratual da Administração. O

subproduto necessário para alcançar outros fins que são genericamente desejáveis” (Optimal abuse of power, **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 278, n. 3, p. 15-43, set./dez. 2019, tradução nossa).

³⁶⁴ Como, por exemplo, os contratos de adesão, notadamente os que envolvem relação de consumo.

interesse público – ou qualquer designação que se atribua ao interesse maior a reger a contratação – não pode continuar a ser manejado como justificativa para o absolutismo da Administração e para combater qualquer direito do particular contratado.

O excesso do argumento do interesse público acaba por construir uma situação em que a hipossuficiência contratual deixa de ser da Administração – se é que dela chega a ser em algum momento –, pois a submissão quase integral dos interesses do particular ao que decide a Administração contratante o torna a parte mais frágil da relação contratual. Não se está aqui a negar que há muitos elementos que equilibram essa força, especialmente em termos de assimetria de informações em favor do particular. De todo o modo, muitas das vantagens que o particular poderia gozar na relação são proscritas assim que o contrato é assinado e ele passa a se submeter aos desígnios da Administração contratante, mesmo que exercidos de modo desarrazoado.

A possibilidade de distorção na exorbitância é algo que aproxima a eficiência contratual da necessária pauta de proteção do contratado, de modo que a sua hipossuficiência não se torne causa para a própria inexecução da avença, ou, quando menos, para impor-lhe ônus demasiado. Não há êxito numa contratação performada às custas de um excesso de encargos repassados ao particular sem a devida contrapartida.

Paradoxalmente, o que vem se observando em precedentes mais recentes da jurisprudência é a utilização do conceito privado de proteção à parte hipossuficiente em favor da Administração. Em julgados ainda pontuais, o STJ já defendeu que à Administração pode ser conferida a proteção dada pela legislação consumerista, equipando o Estado ao consumidor. O entendimento é bem sintetizado no excerto abaixo, extraído do voto de relatoria no julgamento do REsp 1.772.730/DF:

[...]embora exista doutrina que defenda que o conceito de consumidor não abrange o Estado, por entender que não existe desequilíbrio entre o fornecedor e a Administração Pública, em virtude do regime jurídico administrativo, em que há supremacia do interesse público sobre o privado, e pela prestação, objeto e condições contratuais serem definidos pelo Estado, esse não é o entendimento que deve preponderar.

A Administração Pública pode ser considerada consumidor de serviços, porque o art. 2º do CDC não restringiu seu conceito a pessoa jurídica de direito privado, bem como por se aplicarem aos contratos administrativos, supletivamente, as normas de direito privado, a teor do art. 54 da Lei 8.666/1993, e, principalmente, porque, mesmo em relações contratuais regidas por normas de direito público preponderantemente, é possível que haja vulnerabilidade da Administração.

Apesar de a Administração Pública poder definir o objeto da licitação (bens, serviços e obras), o fato é que serão contratados os disponíveis no mercado, segundo as regras nele praticadas, de modo que o Estado não necessariamente estará em posição privilegiada ou diferente dos demais consumidores, podendo, eventualmente, existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica, por exemplo.

Conquanto possam existir situações em que a Administração adentre o contrato numa posição de inferioridade (pela carência de informações, especialmente técnicas ou

científicas, ou, ainda, mesmo por um critério econômico, como mencionado pelo julgado), a potencial hipossuficiência é bastante questionável a partir do momento em que se colocam em perspectiva as prerrogativas do poder público para suprir eventual desvantagem que detenha no início da contratação. Desconhece-se, por exemplo, situação na qual o consumidor goze da possibilidade de determinar unilateralmente uma alteração no seu contrato com o fornecedor ou prestador de serviço; também inexistente na relação de consumo a prerrogativa de o consumidor aplicar sanções diretamente ao seu fornecedor.

As prerrogativas da Administração impedem que a proteção conferida ao consumidor seja transferida ao órgão ou entidade pública contratante. A exorbitância tende mesmo a transferir a hipossuficiência ao contratado pela Administração, especialmente quando manejada de modo despropositado e com abuso de poder.

A questão, portanto, não parece ser a de fornecer ainda mais privilégios à Administração, a ponto de permitir que goze de proteção dada apenas aos consumidores. Melhor seria abdicar de uma discussão adversarial e de contraposição entre os interesses para construir algo mais consensual, albergando conjuntamente pontos caros a cada parte contratante e, sobretudo, ao interesse coletivo³⁶⁵.

Ignorar que a proteção ao particular contratado pode, sim, ser consentânea com o que se entende como interesse público é o primeiro requisito para que a construção contratual seja conformada em termos mais eficientes. A equidade entre as partes poderá, portanto, mostrar-se mais alinhada com o interesse público do que a exorbitância fruída sem qualquer medida e, principalmente, vazia de objetivos.

Desconstituir a barreira ideológica pela qual o interesse do contrato é necessariamente oposto ao do contratado é imprescindível para que a Administração logre usufruir das suas prerrogativas de modo a não prejudicar indevidamente a avença. Assumida a necessidade da prestação pelo particular, nada há de lógico na atuação administrativa que imponha óbices à consecução do objeto, seja por mitigar os direitos do contratado, seja pela oneração injustificada do contrato. Opera mal o agente público que nega um aditivo relevante à recomposição da equação, bem assim aquele que aumenta os custos da prestação sem

³⁶⁵ “As cláusulas exorbitantes, portanto, não são favores concedidos ao administrador ou à Administração Pública. São instrumentos para a boa atuação da Administração Pública. Portanto, as cláusulas exorbitantes traduzem prerrogativas, porque elas encontram respaldo na ordem jurídica. Não são privilégios na medida em que não refletem favores concedidos sem nenhuma razão de ser, favores concedidos com desapego à idéia de razoabilidade, com desapego à idéia de proporcionalidade, favores, enfim, "indevidos".” (FORTINI, Cristiana. Aspectos relevantes dos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 83, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55668>>. Acesso em: 19 abr. 2022).

observar o impacto no equilíbrio econômico-financeiro. Da mesma forma, não é lícita a utilização do poder punitivo como meio de coação do particular, para o atendimento dos anseios da Administração, muitas vezes em favor do próprio gestor ou do órgão ao qual este faz parte.

Situações dessa ordem extrapolam a paridade que a própria exorbitância pretende conferir à relação entre as partes. Se uma das justificativas para as prerrogativas é a mitigação da suposta superioridade do particular, apenas transferir a superioridade para a outra parte não parece ser a solução acertada. Não se nega a necessidade de prover a Administração com mecanismos que lhe permitam melhor conduzir o contrato em prol dos seus objetivos, mas esse instrumental não pode extrapolar o que for estritamente desejável para acautelar o êxito da prestação.

E o desenlace contratual é muito mais íntimo de uma cooperação entre as partes, de modo que ambas se conformem em prol da consecução do objetivo que ensejou a contratação, tanto mais fácil será lograr esse objetivo. Por certo, não se incorre aqui numa utópica – talvez até mesmo ingênua – compreensão do antagonismo que muitas vezes se apresenta entre a Administração e os seus contratados, mas também não se pretende compartilhar da percepção de que não há qualquer ganho numa relação mais equânime entre as partes. O desafio que se põe ao agente público é, pois, valer-se das prerrogativas para manter o equilíbrio de forças em favor do remate positivo da prestação e não para um desequilíbrio favorável à Administração, sobretudo quando este se revela sob um aspecto exclusivamente benéfico para si própria.

4.3. Exorbitar em favor do contrato

Ressignificar a exorbitância parte de outra premissa cada vez menos presente na prática da contratação administrativa: os contratos são um instrumento de consecução do que se pode denominar interesse público. Admitir a instrumentalidade do contrato administrativo é um passo preponderante na interpretação racional que deve ser conferida às prerrogativas, pois somente com a compreensão de que é o resultado da contratação aquilo que mais importa a esse interesse relevante é que se pode admitir a exorbitância. Em outras palavras, assumir que o contrato administrativo não é um fim em si próprio desonera a discussão sempre presente em relação a qual deve ser o papel da Administração contratante. Dessa maneira, ao revés de suscitar a proteção pura e simples das formalidades do contrato, a Administração pode se ocupar do manejo das prerrogativas em prol do êxito da contratação.

Diante de uma dada situação que atraia a exorbitância, a Administração tem o dever de privilegiar o resultado positivo da contratação, ao invés de ater-se àquilo que atenda apenas

a uma formalidade específica ou o que lhe seja mais vantajoso. Não se trata de pregar o desrespeito ao contrato ou o beneplácito com o ilícito contratual do particular. Em determinadas situações, o agir administrativo deve ser mais rigoroso, mesmo que dele implique o insucesso da contratação. Ainda assim, ao contrário do que vem ocorrendo com alguma frequência, essa não deve ser a regra, e sim a exceção.

Nesse contexto, é possível defender que a potestade estatal seja desempenhada em função da eficiência do contrato, mesmo que disso decorra mitigação de um direito da Administração ou mesmo da sua posição privilegiada. O prejuízo do ente contratante não corresponde ao sacrifício do interesse público e, muitas vezes, o melhor para a contratação não está naquilo que é mais consentâneo com o interesse do poder público, donde se tem o correto distanciamento entre aquilo que lhe é relevante e o que é mais adequado à contratação.

Uma vez tendo a eficiência do contrato como norte para a sua atuação, o agente público deve manejar as prerrogativas nesse caminho. E, com isso em pauta, desempenhar de melhor forma o seu papel como guardião do interesse relevante. Assumir a eficiência como o guia exorbitância é o primeiro passo para retomar o que dela se espera desde os primórdios da discussão sobre um regime específico da contratação administrativa. E, a partir dessa assunção, é mesmo aceitável que a aferição do descumprimento não resulte apenas na aplicação de sanções, sendo possível aceitar que melhor ao sucesso da contratação não é suspender a execução do contrato e direcionar todo o aparato estatal apenas para apurar e punir o contratado. A decisão acertada pode ser se valer de um poder próprio para manter a performance contratual sem abdicar do processo específico de apuração de responsabilidade. E mesmo na discussão sobre o descumprimento, nada obsta que as partes avencem a responsabilidade e o encaminhamento do inadimplemento, adotando a via arbitral em caso de discordância persistente. Também não há óbice para que a mutabilidade atue em favor do contrato e não da Administração, ao se voltar para o êxito e não para sanear equívocos do agente público às custas do contratado e do próprio contrato. Não é incongruente admitir que se mute a avença mesmo se disso advenha alguma situação mais benéfica para o contratado, desde que, evidentemente, o próprio contrato seja viabilizado mediante as condições de exequibilidade da prestação.

Cingir a mutabilidade contratual num parâmetro absolutamente objetivo e com limitações percentuais não parece ser a melhor escolha num universo de contratos cada vez mais complexos e, em muitos casos, de longo prazo de execução. Acima já se viu que a incompletude é uma característica presente em muitos tipos de contratos – nos de concessão

ou naqueles em que uma parcela da parametrização se delega após a sua assinatura, é mesmo intrínseca³⁶⁶. Daí não parecer haver outra solução viável senão a de admitir que a consensualidade das partes e a discricionariedade do agente público, munido de instrumentos tais que permitam a melhor gestão contratual, é o mecanismo mais consentâneo com os objetivos da contratação.

Em todas essas situações, há um ponto em comum: são situações admitidas pela lei, seja na legislação arbitral, seja na LINDB, seja, ainda, na nova Lei de Licitações e Contratos. Em alguns casos, mesmo na jurisprudência dos órgãos de controle, que, apesar do seu tradicional conservadorismo, aceitam até mesmo alterações contratuais à margem da estreita fronteira legal.

Direcionar a exorbitância à eficiência contratual prescinde de qualquer justificativa fora da lei, portanto. Esta já é permeável à disposição das prerrogativas mesmo sem uma submissão integralmente aderente à previsão legal específica. Ao se ter a eficiência com um princípio – tal qual prevista no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 – passa-se a admiti-la como um preceito que a um só tempo condicione a interpretação mas, também, permita a sua utilização num espectro maior, amoldado às características de cada contratação.

4.4. Prestar contas ao invés de se omitir

Ao se afastar a prerrogativa do objetivo da contratação, muitas vezes, o que se tem é a tentativa de o gestor público se eximir de sua própria responsabilidade, seja para sanear o inadimplemento da sua obrigação, seja por facilitar-lhe a prestação de contas. No seu mister, o agente público se vê premido pelo temor de ser responsabilizado, o que o impele a adotar posturas conservadoras e protetivas, nem sempre em favor do êxito do contrato.

O justo receio de responsabilização pode transmutar as prerrogativas num instrumento de autodefesa do gestor. Com isso, a exorbitância acaba se tornando um mecanismo de poder, por meio do qual o agente público compele o contratado a atuar de maneira a diminuir o risco de questionamentos futuros, o que não necessariamente coincide com o que se espera da contratação, nem representa aquilo que predica a lei. Sentindo-se acuado, o gestor pode aplicar sanções sem a devida apuração e sem sopesar o que é razoável, e, dessa maneira, onerar demasiadamente a execução; poderá, ainda, negar-se a alterar a contratação mesmo quando essa modificação seja a opção mais adequada à prestação em curso.

Bem verdade que a discricionariedade já é demasiado limitada por um quadro normativo que se imiscui em quase todo procedimento a cargo do agente, muitas vezes restringindo a

³⁶⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). **Estudos de contratação pública – IV**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 5-18.

liberdade de atuação. Por outro lado, precedentes jurisprudenciais – judiciais e de contas – operam em desfavor do discernimento do agente público, muitas vezes controlando meios e não o resultado e, em outros casos, omitindo-se da avaliação das circunstâncias de tomadas de decisão³⁶⁷.

Em um ambiente desfavorável, é de se esperar que o uso das prerrogativas acabe se desvirtuando, inclusive para além do que seria o seu objetivo originalmente predicado pela lei. Abdica-se da atuação em prol da entrega do escopo para uma espécie de cumprimento de pautas formais, de um lado, e de provisão de aparatos de defesa da Administração, do outro. Tanto pior: deixa-se de se exigir do agente público a justificativa das consequências da atuação na gestão do contrato apenas para averiguar se as formalidades foram atendidas e se foi assegurado o mínimo dispêndio para a Administração, mesmo que à custa do ônus do contratado e da inviabilidade, total ou parcial, da própria contratação.

Alterar a ótica pela qual a gestão do contrato será avaliada é um primeiro passo para reaproximar as prerrogativas da sua função original. A prestação de contas a ser feita não deve se orientar apenas por quanto a Administração economizou ou pela repressão à inobservância de uma simples formalidade, que pouco dizem ambas, com a eficiência da contratação. Por certo, não se sustenta que a prestação de contas do agente público passe ao largo da licitude, nem tampouco que se oriente por uma lógica pela qual os fins justifiquem os meios. Ainda assim, há um amplo espectro de atuação que pode muito bem resguardar a eficiência sem se aproximar da ilegalidade e, ainda assim, admitir que a atuação esperada poderá ser mais consensual, menos imperativa e, mais que isso, aceitando a confluência que muitas vezes há entre o interesse do contratado e o interesse da avença (por conseguinte, do próprio interesse coletivo relevante – ou público, enfim).

Prestar contas com base na eficiência está longe de representar a derrocada do interesse coletivo relevante e pode ser um meio de exercitar as prerrogativas de modo mais racional e consentâneo com o intuito da contratação. Premido da necessidade de justificar as razões das decisões tomadas no curso da gestão contratual, o agente público pode atuar sem excessos e com maior propensão para alcançar os objetivos do contrato ao invés de atentar apenas para uma pauta de regras unicamente formais ou para construir sua defesa em caso de questionamento posterior.

³⁶⁷ Não por acaso, um dos novos dispositivos da LINDB se volta deliberadamente a corrigir essa distorção, ao predicar que “Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (art. 22, § 1º).

O dever de *accountability* é o que permite que a consensualidade seja exercitada no contrato administrativo, sem que se incorra em benefício indevido do particular. Se a solução acertada pode resultar em um deslinde mais eficiente de disputas contratuais, a obrigação prévia de o agente público prestar contas da sua decisão é um mecanismo lícito para que a consensualidade não descambe para a concessão de vantagens iméritas do contratado. A melhor prevenção para o desvirtuamento da decisão consensual não é proscrevê-la, pura e simplesmente, mas, sim, demandar do gesto a correta demonstração das razões que o levam a aceitar o desfecho avençado ao invés da perpetuação do litígio ou do exercício do império da Administração.

Aqui, primordial à justificativa da solução não conflituosa é a alusão à eficiência que se espera obter quando a Administração abdica da sua potestade em prol de uma combinação mais eficaz com o particular contratado. Disso não decorre necessariamente um ilícito, ao contrário, pode no mais das vezes ser a opção mais correta sob o ponto de vista do interesse contratual e, por conseguinte, do interesse coletivo relevante que busca alcançar. Carlos Ari Sundfeld acentua essa situação ao afirmar que:

Em busca de eficácia e eficiência, as tendências regulatórias mais recentes sugerem a suavização da orientação hiper dependente das imposições administrativas unilaterais, pois essa orientação simplesmente não funciona. É coerente com isso que o Direito Administrativo, por um lado, aceite como normal o uso de consensualidade administrativa na solução de situações difíceis e, de outro lado, ofereça instrumentos para que essa consensualidade seja bem construída.³⁶⁸

Daí ser mais desejável que o gestor público se valha da obrigação de prestar contas como elemento de amparo da sua decisão por adotar uma solução consensual. E, de resto, a prestação de contas também deverá se guiar pela eficiência das decisões do gestor, especialmente quando no exercício das prerrogativas a seu dispor.

³⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**. O novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 59

CONCLUSÃO

As prerrogativas estão no cerne da contratação administrativa desde a origem do conceito de contrato administrativo. Se no início, elas serviram para justificar a existência de um regime específico de contratação, hoje em dia já não são capazes de distinguir o contrato público do contrato privado, porquanto já se fazem presentes em ambos os regimes.

A aproximação entre os regimes de contratação não descaracterizou o contrato administrativo, que permanece vinculado à ideia de um interesse maior que os das partes contratantes. Se há alguma razão para se cogitar de uma especificidade do contrato administrativo, ela está na necessidade de atender ao interesse coletivo relevante que, de início, motiva a Administração a se valer da prestação privada. Contrata-se por se entender que o escopo a ser executado pelo privado é relevante ao interesse coletivo.

E uma vez avençada, a prestação se sujeita à necessidade de se acautelar o seu resultado, isto é, a execução contratual passa a gozar de uma especial proteção, tutelada pela Administração. Desse mister advêm as prerrogativas, instrumentos de que dispõe o poder público para assegurar que a contratação atinja às expectativas almejadas pelo interesse coletivo.

E mesmo que as prerrogativas não sejam mais exclusivas do regime público, o caráter instrumental é indissociável ao contrato administrativo, isto é, a avença se origina e tem por objetivo a consecução de um bem maior, consubstanciado no fornecimento ou prestação acertada com o particular.

A evolução do tratamento legal dispensado às avenças administrativas sempre caminhou nesse sentido, cortejando o poder da Administração influenciar a execução contratual, mas sem nunca pressupor a derrocada do direito do particular. Ao predicar o rol de prerrogativas, os diplomas mais recentes não descuidaram da proteção que deve haver aos contratados e, mais do que isso, atrelaram a exorbitância ao sucesso do contrato, especialmente ao acautelar o equilíbrio econômico-financeiro mesmo diante da mutabilidade unilateral, ou ao determinar que modificações sempre se pautem pelo benefício que podem ocasionar à contratação.

Vai daí que o acirramento que se verifica no exercício das prerrogativas carece de amparo legal. Mais do que isso, afasta-se daquilo que é o seu próprio fundamento. A exorbitância atuante em prol da Administração e sem qualquer zelo pelo contrato não condiz com aquilo que justifica a existência de prerrogativas e de uma posição privilegiada de uma das partes contratantes. Ao poder público não é dado o direito de intervir (ou se omitir) no contrato sem

que o objetivo seja o de garantir que a prestação logre atingir os seus objetivos. O poder extroverso não poderá servir aos desígnios do gestor público e nem atender unicamente aos interesses da Administração se estes não coincidirem com o interesse maior que justifica a contratação.

A partir do momento em que o contrato é reconhecido com um instrumento de consecução de políticas públicas e do bem comum, as prerrogativas devem se pautar no êxito do objeto contratado. Em alguma medida, esse objetivo poderá ser alcançado não pela pauta de interesses da Administração, mas, sim, pelo privilégio da eficiência. Não por raro, a contratação eficiente demandará soluções mais racionais e que não privilegiem demasiadamente o interesse de uma das partes.

A via consensual poderá ser mais adequada do que a ação imperiosa; a eficiência é geralmente mais positiva do que a mera formalidade. Não há nada de ilídimo em aceitar que o poder extroverso pode ser desempenhado de modo menos autoritário e com mais afinco naquilo que é importante ao contrato. Disso não decorre o enfraquecimento da Administração e, muito menos, do interesse coletivo.

Não se trata de discutir a supremacia do interesse público, porquanto nada mais consentâneo com o interesse público do que a defesa da contratação, mesmo contra os anseios do gestor público, caso estes se mostrem contrários àquilo que é melhor ao contrato. Reafirmar o sucesso contratual como objetivo central da Administração é o primeiro passo para reaproximar as prerrogativas da sua justificativa original e, com isso, manter vívido o conceito de contrato administrativo.

Em seguida, o controle que deve haver sobre a contratação não deve se ocupar meramente pelo que resultou em maior benefício para a Administração, nem tampouco é o caso de se voltar apenas ao menor custo e, tanto o menos, ao cumprimento de uma extensa pauta de formalidades. A prestação de contas deve se orientar pela consecução dos objetivos do contrato, aumentando-lhe a eficiência e com rigor no cumprimento das metas estabelecidas. É preciso exigir do gestor do contrato a preocupação com os resultados da contratação, muito mais do que com a observância de procedimentos meramente formais. Não se trata de ignorar que o contrato administrativo necessita de formalidades, mas essas jamais podem superar o mérito da contratação e ao gestor público é defeso se pautar unicamente na verificação de um infinito número de providências que se prestam apenas ao anseio de um controle de meios e não de resultados.

A flexibilidade de formas não afrouxa o controle, mas o orienta para o que deve ser relevante. Exigir do gestor público a prestação de contas dos seus atos a partir do que deles resulta é

igualmente rígido em termos de obrigar o agir mais comprometido. Contudo, ao invés de intentar verificar apenas os aspectos formais da gestão contratual, a *accountability* de que se cogita é um mecanismo de aferição da adequação das escolhas do agente público. É preciso que o agente antecipe as consequências dos seus atos, o que não implica na assunção de infalibilidade, mas das cautelas necessárias na análise racional e detida das variáveis e das escolhas feitas, a pressupor, de modo cogente, a antecipação das consequências da decisão, forma hábil a diminuir a incerteza natural dos resultados e, mais que isso, abreviar a adoção de eventuais medidas mitigadoras³⁶⁹. Em outras palavras, ao se exigir *accountability* não se cogita de punir o equívoco, mas, sim, de privilegiar o dever de o agente público se cercar dos elementos suficientes para motivar os seus atos. Essa motivação, por sua vez, deve sempre almejar o agir administrativo eficaz, tanto o mais não o fosse por ser a eficiência um princípio constitucionalmente amparado. Trata-se, pois de uma orientação pragmática do controle³⁷⁰, que se importará muito mais com a eficiência não apenas do ato submetido ao seu escrutínio, mas com a sua própria eficiência.

Consensualidade, eficiência, aproximação entre interesses públicos e privados e a necessidade de prestar contas compõem um conjunto de inovações pelas quais passa o Estado, não sem alguma resistência. Essa, contudo, não logra impedir a incorporação desses elementos, inclusive pela via legislativa, como demonstram diversos novos diplomas que passaram a integrar o ordenamento jurídico nacional, com destaque sobretudo às alterações operadas na LINDB e em diversos pontos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – a Lei de Liberdade Econômica, apesar do seu propagado intuito, acabou sendo mais tímida do que se esperava, mas é também um exemplo desse movimento.

³⁶⁹ É nesse sentido, pois, que caminha o novel art. 21 da LINDB, ao obrigar que a decisão descortine as suas consequências, o que, por certo, não demanda a antecipação de todas os seus possíveis efeitos, mas, sim, o dever de o agente se orientar pelos efeitos dos seus atos, notadamente aqueles que se apresentam de modo colateral. Essa obrigação deriva do senso de que, ao fazê-lo, diminui-se a margem para decisões desprovidas da cautela quanto ao alcance da decisão, especialmente quando dela advém mudança de cenário preestabelecido. O estudo mais amplo das causas e objetivos do art. 21, bem assim, do consequencialismo por ele encampado, é feito por José Vicente Santos de Mendonça (Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios, **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Edição Especial Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018).

³⁷⁰ Tema já antecipado por Eduardo Jordão: “É o pragmatismo, portanto, na minha leitura, a ideia inovadora que deverá impactar o controle da Administração Pública nos próximos anos. Concretamente, o que isso implica? Na doutrina, acho que isso implicará (i) uma maior atenção aos custos diretos e indiretos do controle; (ii) o maior recurso à multidisciplinariedade; (iii) e o abandono de enfoque teórico-dogmático, com a ampliação do número de pesquisas empíricas, que revelem a realidade da atividade dos controladores. Dentro dos próprios controladores, o pragmatismo deverá gerar (i) uma visão menos otimista e menos idealizada das suas próprias capacidades para atuar como resolvidor geral de todos os problemas da república; e (ii) e uma visão mais realista sob as dificuldades e as restrições que afetam as decisões tomadas pelos administradores públicos.” (A relação entre inovação e controle da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 18, n. 72, abr./jun. 2018, p. 133-146).

Como não poderia deixar de ser, a evolução do papel do Estado e dos deveres da Administração refletem diretamente na maneira em que se entende o contrato administrativo, instrumento central da atuação estatal. E, nesse aspecto, as alterações influenciam sobremaneira as prerrogativas que constituem o cerne da gestão contratual administrativa. Não se cogita de que a exorbitância contratual da Administração possa passar incólume a essas mudanças, mas, paradoxalmente, o que se observa na prática é um distanciamento do paradigma mais eficiente do Estado. Muitas vezes, o exercício das prerrogativas ainda se mantém arreigado numa concepção imperialista, operando em favor exclusivo da própria Administração, ou, quando menos, alheia à eficiência. A contradição dessa conjuntura alcança até mesmo a causa original da exorbitância, alicerçada sobre a necessidade de assegurar o resultado ótimo do contrato, enquanto instrumento de consecução do que se convencionou denominar interesse público.

A proposta por ressignificar as prerrogativas não é, pois, algo inteiramente novidadeiro, tendo em conta que alguns dos parâmetros dessa iniciativa já se faziam presentes na gênese do instituto. Em alguma medida, muito do que aqui se propõe é reestabelecer o vínculo precípua entre exorbitância e sucesso contratual, que se perdeu em algum momento da prática dos contratos administrativos, especialmente quando se olvidou do caráter instrumental do contrato. Ao se deixar de entender a avença a partir da ótica da importância do escopo para o interesse social relevante, as prerrogativas deixam de ser utilizadas para assegurar o êxito da prestação para se ocupar de outros objetivos, muitos dos quais estranhos ao contrato e do que dele se espera.

Não se predica uma relação absolutamente equânime, mesmo porque essa equidade irrestrita não parece possível e, certamente, não é essencial à construção de um modelo contratual mais eficiente. A existência de prerrogativas é útil à eficácia do contrato, desde que, por certo, essas se exercitem sem desvio de finalidade. Muito mais do que um libelo contra a posição do Estado contratante, ocupa-se de prover os meios pelos quais a potestade administrativa se atenha ao estritamente indispensável àquilo que é sua própria justificativa. A proposta posta é a de exacerbar a eficiência como o elemento essencial do contrato administrativo, eis que nela se aglutinam os instrumentos essenciais à consecução do objeto, razão precípua da contratação. A decisão por contratar implica na assunção de que a prestação privada é desejável à complementação das funções estatais. Com isso, aproximam-se os interesses inicialmente contrapostos: de um lado, o interesse público do qual se abrolhou o contrato, e, do outro, o interesse do contratado. Esses se cruzam, justamente, na mútua intenção de concluir a prestação com a apropriação dos espólios de cada parte.

À Administração, no seu mister de tutora do interesse público, é defeso atuar contrariamente ao contrato, mesmo que disso resulte algum benefício ao contratado. A exorbitância deve se ocupar sobretudo da eficiência e, em absoluto, não lhe cabe assumir a defesa da própria Administração – nem do contratado, por certo – quando o proveito intentado não aproveita à contratação. Infelizmente, essa é uma prática que vem se tornando mais frequente, seja num viés de acautelamento do agente, seja no seu benefício – escuso ou não. Quando as prerrogativas se tornam enviesadas nesse propósito, perdem o contratado, mas, também, o interesse público, atingido pelo prejuízo advindo da inexecução (ou de uma execução desnecessariamente onerosa).

Melhor proveito ocorre se o poder às mãos do agente público cinge-se na busca pela eficiência contratual, abarcando medidas que contribuam à proteção e adequação da prestação às circunstâncias adversas que usualmente se apresentam ao longo do iter contratual. Consoante foi apresentado, essa sempre foi a base sobre a qual a tese das prerrogativas foi erigida e, hodiernamente já há substrato normativo suficiente para que a gestão do contrato administrativo se conduza com maior zelo pela eficácia da prestação e numa relação menos antagônica com o particular responsável pela execução da avença.

O que parece ainda não estar suficientemente claro é a necessidade de incorporar esse método de gestão, sobretudo pelo receio que ainda paira sobre o agente público sempre que dele é reclamada qualquer decisão, sobretudo aquelas que inovam em matéria da relação público-privada estabelecida pelo contrato administrativo. Não se pode ignorar que esse temor é resultado, em grande medida, do ambiente adversarial que se formou no controle externo, com frequente revisão e sanção dos atos praticados pelo agente público.

Contudo, os dados apurados pelos próprios controladores demonstram que esse ambiente é bastante nocivo à contratação, com o acúmulo de prestações inacabadas ou comprometidas, frustrando a entrega dos objetos contratados. Conjuntura dessa natureza já deveria ser suficiente à compreensão de que as prerrogativas estão longe de alcançar o resultado esperado, mesmo quando refletem uma exorbitância mais assertiva e com menos abertura aos interesses do contratado.

Sanear esse problema reclama uma reflexão mais detida sobre as condições adversas da contratação, facultando ao agente um cabedal mais amplo de mecanismos, com privilégio à discricionariedade em decidir aquilo que melhor atende à eficiência esperada. Noutra ponta, desse agente deve ser exigida a escorreita prestação de contas, orientada pelo resultado da contratação muito mais do que o cumprimento formal de procedimentos acessórios ou que se destinam com mais afinco à própria burocracia estatal.

As prerrogativas, nesse cenário, devem se voltar à função instrumental que lhes cabe e, de modo mais amplo, ao caráter instrumentalista do próprio contrato. Seu exercício deve privilegiar soluções eficazes e que viabilizem a consecução da prestação na melhor forma ao interesse público. Este foi o principal objetivo desse trabalho: a proposição, a partir das adversidades da gestão atual do contrato administrativo, de um novo meio pelo qual a Administração deverá conduzir o poder extroverso que lhe é delegado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- AGÊNCIA ESTADO. Só tráfico de drogas dá mais lucro do que rodovias, diz subprocurador. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 11 Janeiro 2007. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,so-trafico-da-mais-lucro-do-que-rodovias-diz-subprocurador,20070111p26838>>. Acesso em: 22 jan. 2022.
- ÅGREN, Robert; LANDIN, Anne. Contract design for procuring complex projects. In: PIGA, Gustavo; TREUMER, Steen (ed.). **The applied Law and Economics of public procurement**. Abingdon, Reino Unido: Routledge, 2013, p. 40-57.
- AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ANDREWS, Rhys; ENTWISTLE, Tom. **Public service efficiency: reframing the debate**. Abingdon, Reino Unido: Routledge, 2014.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço **Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração: tradição e reforma**. Coimbra: Almedina, 2000.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço **O Direito Administrativo e a sua justiça no início do Século XXI: algumas questões**. Coimbra: Almedina, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, **Interesse Público – IP**, n. 57, p. p. 11-30, set./out., 2009.
- ARAGÃO, Alexandre de. A evolução da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs, **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 263, p. p. 35-66, maio/ago. 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade, **Debates em Direito Público**, ano 13, n. 13, out. 2014
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.
- AUCOC, Léon. **Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif faite a l'École des ponts et chaussées**. 10^a. ed. Paris: Dunod Éditeur, v. I, 1878.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.
- BABCOCK, Linda; LOWENSTEIN, George. Explaining bargaining impasse: the role of self-serving biases. In: SUNSTEIN, Cass R. (ed.). **Behavioral Law & Economics**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2000, p. 355-373.
- BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo: 15 anos depois reflexões críticas e desafios para os próximos quinze anos. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPTISTA, Patrícia (Org.). **Direito Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015, p. 385-409.

BARROS, Alberto Moniz da Rocha. **O poder econômico do Estado contemporâneo e seus reflexos no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1953.

BESLEY, Timothy. **Principled agents? The political economy of good government**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo.; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**. Coimbra: Almedina, 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998.

CABRAL, Flávio de Garcia. **O conteúdo jurídico da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. 10ª, 6ª reimpressão. ed. Coimbra: Almedina, v. I, 1997.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Ana Paula Peresi de. Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos? **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 185-208, mar./ago. 2020.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. I, 1958.

CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 2005, p. 15-19.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo: e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 67-84.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El contrato administrativo**. 3ª. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do Direito Público: Constitucional e Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, SP: Saberes Editora, 2010.

CASSESE, Sabino. **Derecho Administrativo: historia y futuro**. Tradução de Alicia Isabel Saavedra-Bazaga; Alberto Montaña, *et al.* Madri: INAP - Instituto Nacional de Administración Pública, 2014.

- CASSESE, Sabino. **La democracia y sus límites**. Sevilha, Espanha: Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2018.
- CASSESE, Sabino. **Las bases del Derecho Administrativo**. Tradução de Luis M Marcano Salazar. Santiago, Chile: Ediciones Olejnik, 2020.
- CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; NAGLE, James F. **Administration of government contracts**. 4. ed. Washington D.C.: Wolters Kluwer; The George Washington University, 2006.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. 1ª ed reimpressa. ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- DAVIES, Anne C. L. **Accountability: a Public Law Analysis of government by contract**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2001.
- DAVIES, Anne C. L. **The Public law of government contracts**. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2008.
- DELMON, Jeffrey. **Public-private partnership projects in infrastructure**. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público: e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 85-102.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021.
- DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- DROMI, Roberto. **El Derecho Público en la hipermodernidad**. Madrid: Hispania Libros, 2005.
- DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação. O TCU e a infraestrutura**. São Paulo: Editora Singular, 2020.
- ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald D.; GALETOVIC, Alexander. **The economics of public-private partnerships: a basic guide**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. La figura del contrato administrativo. **Revista de administración pública**, n. 4, p. 99-130, 1963.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v.I. Buenos Aires: La Ley, 2006
- ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.
- ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável**. Coimbra: Almedina, 2012.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio.; ALMEIDA, Rafael. **Administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

FISHER, Elizabeth; SHAPIRO, Sidney A. **Administrative competence: reimagining Administrative Law**. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2021.

FORSTHOFF, Ernst. Concepto y esencia del Estado social del Derecho. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst.; DOEHRING, Karl. **El Estado social**. Tradução de José Puente Egado. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 69-106.

FORTINI, Cristiana. Aspectos relevantes dos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP**, ano 7, n. 83, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55668>>. Acesso em: 19 abr. 2022

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público *versus* supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público: e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p.155-171.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FREITAS, Rafael Vêras de. Incompletude em contratos de concessão: ainda a Teoria da Imprevisão? **Revista de Contratos Públicos - RCP**, Belo Horizonte, n. 17, ano 9, p. 151-188, mar./ago. 2020.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003.

GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade administrativa: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Contrato administrativo. Tendências e exigências atuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da lei**. São Paulo : Malheiros Editores, 1995.

GUEDES, Demian. **Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo**. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

GUERRA, Sérgio. Acordos regulatórios – caso TAC ANATEL: Acórdão Nº 2.121/2017 – TCU. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da regulação: estudos de casos da jurisprudência brasileira**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 115-129.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

- HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003.
- HABIB, Sergio. **Brasil: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.
- HAEBERLIN, Martín. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.
- HAMBURGER, Philip. **Is Administrative Law unlawful?** Chicago: Chicago University Press, 2014.
- HESPANHA, António Manuel. A constituição do Império português: revisão de alguns enviesamentos correntes. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). **O Antigo Regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 163-188.
- HIRSCHL, Ron. **Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, EUA: Harvard University Press, 2007.
- HOOD, Christopher. **The art of the state: culture, rhetoric, and public management**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 1998.
- HOOD, Christopher. **The blame game: spin, bureaucracy, and self-preservation in government**. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- JÈZE, Gaston. **Principios generales del Derecho Administrativo**. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial Depalma, v. III, 1949.
- JORDÃO, Eduardo. A relação entre inovação e controle da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 18, n. 72, p. 133-146, abr./jun. 2018.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Edição Especial Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.
- JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. **Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 33-62.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.
- KELMAN, Steven J. Achieving contracting goals and recognizing Public Law concerns. In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha (Ed.). **Government by contract: outsourcing and American democracy**. Cambridge, EUA: Harvard University Press, 2009, p. 153-191.

KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Petr (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005, p. 75-121.

KETTL, Donald F. Government, contract management and public management. In: OSBORNE, Stephen P. (Ed.). **The new public governance? emerging perspectives on the theory and practice of public governance**. Abingdon, Reino Unido: Routledge, 2010, p. 239-254.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. Boston: Houghton Mifflin Company, 1921.

KOMESAR, Neil. K. **Imperfect alternatives. Choosing institutions in Law, Economics and Public Policy**. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

KOROBKIN, Russell. Behavioral economics, contract formation, and Contract Law. In: SUNSTEIN, Cass. R. (Ed.). **Behavioral Law & Economics**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2000, p. 116-143.

LANDEMORE, Hélène. **Democratic reason: politics, collective intelligence, and the rule of the many**. Princeton. EUA: Princeton University Press, 2017.

LANDIS, James M. **El poder administrativo**. Tradução de Enrique E. Bledel. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LOUGHLIN, Martin. **Foundations of Public Law**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2010.

LOUREIRO, Caio de Souza. et al. Análise dos modelos de regulamentação sobre acordos administrativos no Direito Comparado. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioly de (Org.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 473-494.

MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção: ou como o Direito Público fomenta a corrupção em vez de combatê-la**. Tradução de Susan M. Behrends Kraemer. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Alteração de contrato administrativo - Antecipação de etapas de execução . **Interesse Público**, Belo Horizonte, abr./jun. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do Processo Administrativo. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 199-238.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Poderes da Administração Pública. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). **Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 221-236.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 417-451.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 341-352, abr./jun. 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Prorrogações antecipadas - caso ferrovias, malha paulista. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; Moreira, Egon Bockmann; GUERRA, Sergio. **Dinâmica da regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 131-139.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O regime de controle e fiscalização das Parcerias Público-Privadas: o papel do projeto executivo. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, n. 42, n. ano 11, p. 81-107, abr./jun. 2013.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, p. 209-211, abr./jun. 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21-38.
- MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. – **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012
- MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. **Revista de Contratos Públicos - RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 237-255, mar./jun. 2013.
- MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- MASHAW, Jerry. L. Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance. In: DOWDLE, Michael W (Ed.). **Public accountability. Designs, dilemmas and experiences**. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2006. p. 115-156.
- MASHAW, Jerry L. The American model of federal administrative law: remembering the first one hundred years, **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 278, n. 2, p. 15-36, maio/ago. 2019.
- MAYER, Otto. **Derecho Administrativo alemán**. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. 2ª. ed. Buenos Aires: Editorial Depalma, v. 1, 1982.
- MAZZUCATO, Mariana. **The entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. Londres: Anthem Press, 2013.
- MAZZUCATO, Mariana. **O valor de tudo: produção e apropriação na economia global**. Tradução de Camilo Adorno e Odorico Leal. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2020.

- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em evolução**. 2^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, ano 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Princípio da eficiência. In: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 352-374.
- MENDES, Pedro Vaz. **Pacta sunt servanda e interesse público nos contratos administrativos**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios, **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Edição Especial Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.
- MOE, Terry M. Delegation, control, and the study of public bureaucracy. In: GIBBONS, Robert; ROBERTS, John (Ed.). **The handbook of organization economics**. Princeton, EUA: Princeton University Press, 2012. p. 1148-1182.
- MONCADA, Luís Solano Cabral de. **A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Consenso e autoridade na teoria do contrato administrativo**. Lisboa: Quid juris Sociedade Editora, 2012.
- MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Contributo dogmático. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MONCADA, Luís Solano Cabral de. **O contrato administrativo e a autoridade da Administração**. Lisboa: Quid Juris, 2021.
- MONTEIRO, Vera. Princípio da legalidade e os poderes normativo e regulamentar da Administração Pública. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 5, n. 20, p. 209-218, out./dez. 2007.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, Estado e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, p. 7-18, set. 2009.
- MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e a nova Lei de Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 114-140.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). **Estudos de contratação pública**. vol IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 5-18.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**: a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 9ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Aplicação do Código Civil às licitações e contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- NIBLEY, Stuart. B. Unraveling the mixed messages that government procurement personnel receive: message 1: act absolutely in the government's "best interests"; message 2: act "ethically". **Public Contract Law Journal**, outono 2006. 23-37. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25755392>>. Acesso em: 1 Março 2022.
- NOAH, Lars. Administrative arm-twisting in the shadow of congressional delegations of authority. **Wisconsin Law Review**, Madison, EUA, p. 873-94, 1997.
- NÓBREGA, Marcos. **Direito e economia da infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- NOGUEIRA, José Carlos Ataliba. **O Estado é um meio e não um fim**. São Paulo: Empresa Gráfica Revista dos Tribunais, 1940.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. **Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, p. 7-20, jun. 2008.
- OSBORNE, David.; GAEBLER, Ted. **Reinventing government**: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector. Nova Iorque: Plume, 1993.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

- PATIL, Shefali V.; VIEIDER, Ferdinand; TETLOCK, Philip E. Process versus outcome *accountability*. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas (Ed.). **The Oxford handbook of public accountability**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2016. p. 69-89.
- PEREIRA, Pedro Miguel Matias. **Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- PEREIRA, R. Devolução de concessões de rodovias e aeroportos trava investimentos previstos para infraestrutura. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 07 Março 2022. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,concessao-publica-rodovias-aeroportos-devolucao,70004000143>>. Acesso em: 20 Março 2022.
- PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 63-82.
- PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- PINTO, Francisco Bilac Moreira. **Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- PIRES, Maria Coeli Simões. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil e ressemantização das atividades de planejamento e articulação governamentais à luz do paradigma democrático. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 175-197.
- POSNER, Richard A. The Law and Economics of contract interpretation. **Texas Law Review**, v. 83, n. 6, p. 1581-1614, Maio 2005.
- POSNER, Richard A. **Reflections on judging**. Cambridge, EUA: Harvard University Press, 2013.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O Direito Administrativo como “caixa de ferramentas”**. Uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- RITTNER, D. Na primeira relicitação, TCU cria jurisprudência. **Valor Econômico**, São Paulo, 23 Fevereiro 2022. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/coluna/na-primeira-relicitacao-tcu-cria-jurisprudencia.ghtml>>. Acesso em: 20 Março 2022.
- ROBERTS, Alasdair. **Strategies for governing**: reinventing public administration for a dangerous century. Ithaca, EUA: Cornell University Press, 2019.
- RODRÍGUEZ-ARAÑA, Javier. **Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilha, Espanha: Editorial Derecho Global; Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. **Democracy and executive power**: policy *accountability* in the US, the UK, Germany, and France. New Haven, EUA: Yale University Press, 2021.

ROSILHO, Andre. O Regime Diferenciado de Contratações/RDC e seu controle. In: SUNDFELD, C. A. (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 143-174.

RUBIN, Edward. The myth of non-bureaucratic *accountability* and the anti-administrative impulse. In: DOWDLE, Michael W. **Public accountability. Designs, dilemmas and experiences**. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2006. p. 52-82.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=64611>. Acesso em: 5 maio 2022.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FGCP**, Belo Horizonte, 12, jun. 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A formação das decisões da Administração Pública nos contratos administrativos. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 185-205, set. 2018/fev. 2019.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**. Tradução de Mariano Bacigalupo; Javier Barnés, *et al.* Madri: Marcial Pons, 2003.

SCHWARTZ, Joshua I. Assembling Winstar: triumph of the ideal of congruence in Government Contract Law. **Public Contract Law Journal**, 26, n. 4, p. 481-566, Verão 1997.

SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. **Regulamentos de licitações editados sob a lei 13.303/2016: instrumentos de inovação ou de repetição?** 2018. Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2018

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1995.

SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SMITH, Bruce L. R. Accountability and independence in the contract state. In: SMITH, Bruce L. R.; HAGUE, D. C. **The dilemma of accountability in modern government: independence versus control**. Londres: Macmillan, 1971. p. 3-69.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. DOMINGOS, Liandro. Supremocracia ou administrocacia no novo Direito Público brasileiro. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et all. (Coord.). **Direito Público em evolução**. Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 31-38.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Pareceres. Direito Administrativo contratual**. v.II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**. O novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari et al. Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação. **Proposta acadêmica para a reforma das bases jurídicas da regulação e de sua governança nos âmbitos municipal, estadual, distrital e federal, com minuta de projeto para a Lei Nacional da Liberdade Econômica**. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2019. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/proposta_de_lei_nacional_de_liberdade_economica_-_sbdp_fgv_direito_sp.pdf>. Acesso em 20 ago. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. **Simpler: the future of government**. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2009.

SUNSTEIN, Cass. R. **Why nudge? The politics of libertarian paternalism**. New Haven, EUA: Yale University Press, 2012.

SUNSTEIN, Cass. R. If misfearing is the problema, is cost-benefit analysis the solution? In: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The behavioral foundations of public policy**. Princeton, EUA: Princeton University Press, 2013. p. 231-242.

SUNSTEIN, Cass R. **Choosing not to choose: understanding the value of choice**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, 209, 1997. 1-6. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47038>>. Acesso em: 13 Março 2022.

TEIXEIRA, J.H. Meirelles. **O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos**. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal de São Paulo, 1941.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Londres: Penguin Books, 2009.

VAN SLYKE, David. M. Collaboration and relational contracting. In: O'LEARY, Rosemary; BINGHAM, Lisa Blomgren (Ed.). **The collaborative public manager: new ideas for the twenty-first century**. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2009. p. 137-156.

VECCHIO, Giorgio Del. **Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1952.

VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation**. From Law's empire to the Administrative State. Cambridge, EUA: Harvard University Press, 2016.

VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power, **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 278, n. 3, p. 15-43, set./dez. 2019.

WALLE, Steven Van de; CORNELISSEN, Floor. Performance reporting. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas (Ed.). **The Oxford handbook of public accountability**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2016. p. 441-455.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction cost economics and public administration. In: BOORSMA, Peter B.; AARTS, Kees; STEENGE, Albert E (Ed.). **Public priority setting: rules and costs**. Dordrecht, Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 19-37.

WILLIAMSON, Oliver E. Public and private bureaucracies: a transaction cost economics perspective. **Journal of Law, Economics & Organization**, v. 15, n. 1, Abril 1999. 306-342. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3554953>>. Acesso em: 26 Março 2022.

YESCOMBE, E. R. **Public-private partnerships: principles of policy and finance**. Oxford, Reino Unido: Butterworth-Heinemann, 2007.

YSERN, Enrique Rivero; RODRIGUEZ-ARANA, J. **O direito administrativo da dignidade humana e do interesse geral: fundamentos e princípios**. Tradução de Marly N. Peres. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018.

ZOCKUN, Maurício. A participação popular como forma de atendimento ao princípio da eficiência no direito administrativo brasileiro. **Revista Internacional de Direito Público – RIDP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 129-136, jul./dez. 2015.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Natureza e limites da atuação dos tribunais administrativos. **Interesse Público – IP**, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21326/48608>. Acesso em: 7 abr. 2022