

Alexandre Santos de Aragão

Professor-adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Professor-visitante do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV) (Rio de Janeiro e São Paulo). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Floriano de Azevedo Marques Neto

Doutor e Livre-Docente em Direito Público pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Administrativo da USP. Secretário Acadêmico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogado.

Coordenadores

DIREITO ADMINISTRATIVO

e seus novos paradigmas

Belo Horizonte

 **Editora Fórum**

2008

O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos¹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Sumário: 1 Introdução - 2 Prerrogativas da Administração Pública - 2.1 Imperatividade, assimetria e prerrogativas - 2.2 A imperatividade como fundamento histórico das prerrogativas - 2.3 O fundamento moderno e o pós-moderno das prerrogativas - 3 Contratos da Administração, contratos administrativos e cláusulas exorbitantes - 3.1 Contratos de direito público - 3.2 Origem e evolução do conceito de cláusulas exorbitantes no Direito Administrativo - 3.3 Modulações contratuais não se apresentam como razão suficiente para uma dupla regência dos contratos - 3.4 Tipologia das cláusulas exorbitantes - 4 Avaliação atualizada das cláusulas exorbitantes no contexto do Estado pós-moderno - 4.1 As vantagens no contexto do Estado moderno - 4.2 As desvantagens emergentes no contexto do Estado pós-moderno - 4.3 Os novos parâmetros para a contratação pública - 4.4 A adoção das cláusulas discricionárias - 4.5 A teoria da dupla motivação - 5 As cláusulas exorbitantes na legislação brasileira e nos projetos em estudo - 5.1 Classificação das cláusulas exorbitantes da legislação brasileira vigente - 5.2 As tendências em curso - 5.3 As cláusulas exorbitantes em projeto - 6 Conclusões - 6.1 O concurso de princípios no direito pós-moderno e sua composição - 6.2 O interesse público enquanto princípio concorrente - 6.3 Onde entra o princípio da eficiência - 6.4 O futuro da imperatividade, das prerrogativas e das cláusulas exorbitantes - 6.5 Da relação de supremacia à relação de ponderação

1 Introdução

Três destaques vestibulares: a *modernidade do tema*, a *oportunidade* de trabalhá-lo nesta quadra de intensa elaboração do direito públic

¹ Conferência proferida no encerramento de seminário sobre contratos administrativos promovido pelo Centro de Estudo, Pesquisa e Atualização em Direito (CEPAD), Rio de Janeiro, em agosto de 2005, po ocasião de seu 25º aniversário de fundação.

contemporâneo e o emprego de um método expositivo que prestigia o enfoque cronológico.

Como se pretende demonstrar, esta questão, das *cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos*, é apenas um aspecto em detalhe, embora relevante por sua crescente importância na vida económica, que se vem inserindo, entre tantos outros, no amplíssimo contexto de renovação de valores e de instituições, que está apenas em seu início, na tarefa de construção efetiva do Estado Democrático de Direito.

2 Prerrogativas da Administração Pública

2.1 Imperatividade, assimetria e prerrogativas

O Direito Administrativo nasce no crepúsculo do *absolutismo* e sob o signo da *imperatividade*, daí perpassar-lhe um forte sentido de *assimetria* — substantiva e adjetiva — entre a Administração Pública, de um lado, e os indivíduos e os entes civis de sua criação, de outro.

É essa *assimetria* que justificou a criação das *prerrogativas*, que são os institutos que expressam algum tipo de situação privilegiada dos órgãos da Administração em certas relações jurídicas, tais como sobressaem no fisco, na polícia e nos serviços públicos.

2.2 A imperatividade como fundamento histórico das prerrogativas

E se tem a *imperatividade*, com raízes no vetusto conceito de *jus imperii*, daí sua denominação, posta como o fundamento formal das prerrogativas da Administração Pública, tal como foram se estruturando nos Estados absolutistas e alcançaram a Idade Moderna.

Em suma: a *imperatividade*, enquanto princípio excepcionador da *igualdade perante a lei*, induzia a *assimetria*, que, por sua vez, justificava a multiplicação de *prerrogativas* de toda sorte, sempre estimulada pela inexorável *cupido dominans* dos detentores do poder.

Foi este o conceito de *imperatividade* recepcionado pela Revolução Francesa e que encontrou na interpretação radical dada ao princípio da separação de poderes o fundamento para o desenvolvimento do sistema de *contencioso administrativo*, insuscetível de correção pela justiça comum, e o suporte doutrinário para se manter intocadas as prerrogativas de autocontrole da Administração Pública regaliana, até que, como narra García de Enterría,

“de uma maneira súbita e inesperada o legislador francês irrompe, a partir de 1980 para retificar alguns dos aspectos considerados essenciais e até básicos do mitificado recurso do excesso de poder”.²

O certo é que essa situação de supremacia absoluta permaneceu doutrinariamente incontestada até o final do século XVIII e por todo o séc XIX, até que, em 1913, Léon Duguit³ levantou a idéia de que o “sistema imperialista”, por sua raiz e inspiração regaliana, não mais se justificaria, devendo ceder espaço à noção de “*serviço público*”, que, assim, viria a substituir a “soberania” como seu conceito fundante.

Mas essa tese renovadora de Duguit seria repudiada, em 1924, por Otto Mayer,⁴ que retomava o conceito básico de *imperatividade* (*Herrschaft*), sustentando mesmo, que a supremacia do Direito Administrativo e da Administração Pública *permaneceria intocada*, não se alterando, nem mesmo, com a sucessividade das Constituições, revelando então suas reticências quanto à recém-promulgada Carta de Weimar, sobre a qual o mestre tedesco nutria algumas notórias reservas.

Não obstante, essa contestação ao fundamento absolutista da supremacia da Administração radicado na imperatividade, renasceria em 1951, com Charles Eisenmann,⁵ jurista francês kelseniano, de sólida formação germânica, ante a constatação, que então destacava, das transformações em curso, que estariam deslocando a sede da supremacia para a *Constituição*.

No mesmo sentido, em 1965, Massimo Severo Giannini⁶ deixa sua marca genial na senda revitalizadora das instituições públicas do segundo pós-guerra, conclamando a atenção para a importância e a irreversibilidade dessas mudanças, pois que decorriam de transformações na própria estrutura das sociedades.

E, nos dias de hoje, Sabino Cassese, seu ilustre discípulo, observa, diante dessa disputa histórica, que a idéia de *imperatividade* e, a partir dela, a de *supremacia* no Direito Administrativo, foi, sem dúvida, bastante longa e de impressionante difusão, o que tinha explicação pelas características

² EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. Un cambio de paradigmas?* Madrid: Thomson – Civitas, 2007. p. 81 (n/ tradução).

³ LÉON DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*.

⁴ OTTO MAYER, *Deutschverwaltungsrecht*.

⁵ CHARLES EISENMANN, *Cours de Droit Administratif*.

⁶ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*.

juspolíticas dos *modelos de Estado hipertrofiados e hegemônicos* durante um longo período (como os do Bem-Estar, o Socialista e das autocracias pessoais) que, de certo modo, a favoreciam, ao que se pode acrescentar o suporte dogmático racionalista do rígido modelo do positivismo jurídico, então doutrina de geral aceitação.

2.3 O fundamento moderno e o pós-moderno das prerrogativas

Não mais a *imperatividade*, mas o *interesse público* adviria como fundamento substantivo das prerrogativas, resolvendo o problema da exceção ao princípio da igualdade perante a lei, já que seria a própria lei a estabelecer as hipóteses de desigualação. Com isso, a justificação da *assimetria* estaria no fato de que, com ela, se beneficiaria a Administração, em suas atividades, da prerrogativa da cura do *interesse público* a ela cometido.

Observa-se no percurso, uma nítida evolução do conceito de *prerrogativa* para a satisfação do interesse público: desde a *arbitrariedade* das “razões de Estado” (de sua origem absolutista), passando pela definição da *discrecionalidade*, então, *substancialmente insindiacável* (do Direito Administrativo clássico), até a revisão da *discrecionalidade*, já entendida como *amplamente sindicável*, que é a hoje assente no Direito Administrativo pós-moderno.

Com efeito, em meados do século passado tem início esse movimento científico do *pós-modernismo*, que os autores identificam e estudam integralmente a partir das profundas mutações na sociedade, no Estado e na Administração Pública.

Com o impacto catastrófico das guerras mundiais provocadas pelos mega-Estados vintecentistas — as duas “quentes” e a “fria”, mas não menos letal —, o mundo *racionalista*, que os suportava, entrava em crise, provocando uma dramática transformação em que se destacam, abreviadamente, os seguintes *fatores de transição*, externos e internos.

Fatores externos:

1. a explosão das comunicações;
2. a reavaliação da pessoa humana;
3. a democratização;
4. a globalização;

Fatores internos:

1. a ineficiência do Estado moderno;
2. o custo excessivo do Estado moderno.

A partir de então, sob influência combinada desses fatores, o conceito pós-moderno de *Direito Administrativo*, que se delineia nesta abertura do século XXI, já passa a se apresentar com *características bastante diferenciadas* em relação ao conceito anterior, tais como:

1º. a de ser mais um direito dos *administrados* do que um direito do *Estado*;

2º. a de servir a *cidadãos* e não mais a *súditos*;

3º. a de mostrar-se muito mais um direito de *proteção* e de *prestação* do que um direito de *imposição*;

4º. a de atuar preponderantemente como um direito de *distribuição* do que um direito para *solucionar conflitos*; e

5º. a de tornar-se, cada vez mais, um direito da *consensualidade*, em vez de um direito da *imperatividade*.

É nesse novo contexto que García de Enterría⁷ aponta a *discrecionalidade* como o *instrumento central da ação administrativa* para a satisfação do *interesse público*. Faltava apenas, para fechar o novo enfoque doutrinário, repensar o *interesse público* como um *conceito jurídico*, como o fez seu compatriota, Fernando Saenz moreno,⁸ expondo que o interesse público não deve ser entendido como sinônimo de bem comum nem expressão voluntarista do Estado, mas como o produto de uma opção do legislador, fundada e justificada na lei.

As consequências dessa concepção democrática do *interesse público* sobre as *prerrogativas* da Administração Pública têm sido apreciadas por vários autores, como, destacadamente, Sabino Cassese,⁹ sustentando a impropriedade do aceitar-se a existência de um *interesse público genérico*, que possa ser imposto em abstrato pela Administração sobre os interesses individuais, enquanto a realidade do Direito conhece *interesses públicos específicos*, que sejam legalmente definidos, de modo que, em consequência, as *prerrogativas* a eles referidas devem ser com estes compatíveis e servir efetivamente à sua realização.

Progressivamente, assim, o Estado vai abandonando a histórica pretensão de ser *dirigente e mentor da sociedade* para afincar-se na missão de ser *dela instrumento e parceiro*. Com isso, a *imperatividade* deixa de ser *critério* para ser *ferramenta*, posta à escolha do legislador.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA: TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*.

⁸ FERNANDO SAENZ MORENO. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *REDA*, n. 8, jan./mar. 1976.

⁹ In: *Interesse Público*, n. 24, p. 19, 2004.

Evidentemente, sempre haverá necessidade de que a imperatividade sobreviva em certo grau e continue a se aplicar ao exercício do *monopólio estatal da coerção*, nas inúmeras situações em que seja necessário impor a sua vontade institucional para preservar ou atingir um determinado interesse público, mas sempre, e desde que, como tal definido em lei.

Certo é, também, que a postura, velha de mais de dois séculos, erigida sobre a tríade *supremacia, imposição e unilateralidade* — reputadas como atributos permanentes e inafastáveis da Administração Pública em suas relações com os administrados —, vem cedendo paulatinamente espaço à *consensualidade* e à *negociação*, pois que se vêm mostrando como qualidades muito mais *eficientes* para a satisfação dos interesses públicos, como adiante se desenvolverá.

Abrem-se, com isso, novos campos para a expansão de um Direito Administrativo renovado, porque mais apto a atuar nos *Estados Democráticos de Direito*; trata-se de uma “*nouvelle assise*”, como a denomina J. B. Auby, referido por Jacques Chevalier¹⁰ na seguinte passagem:

L'atténuation progressive de la spécificité du droit administratif, qui conduit à s'interroger sur son avenir et à rechercher dans la protection des droits fondamentaux une nouvelle assise à son institution, est révélatrice d'un processus de banalisation de l'institution étatique.

3 Contratos da Administração, contratos administrativos e cláusulas exorbitantes

3.1 Contratos de direito público

Possivelmente, poucas vezes ter-se-á apresentado com clareza maior a discussão sobre essa distinção ocorrida no instituto dos *contratos* no moderno Direito Público, que em Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, tal como a descrevem em uma das mais ricas e atualizadas obras sistemáticas do Direito Administrativo contemporâneo.¹¹

A investigação preliminar que fazem refere-se ao *racional* dessa distinção entre *contratos administrativos* e *contratos privados da Administração*, uma vez

que, em ambos, similarmente, “a Administração atua no mercado de bens e serviços, intercalando prestações com os administrados e com empresas especializadas”.¹²

A afirmação que se sucede é a de que a disciplina tradicional e básica do contrato jamais foi outra que a do Direito Privado, pois *ela sempre partiu das idéias de liberdade e de igualdade entre as partes contratantes*, razão pela qual “a teorização da figura do contrato administrativo como um contrato regido pelo Direito Público” é um fenômeno histórico restrito ao Direito francês, ao espanhol, ao belga, a outros poucos países hispano-americanos, incluído o Brasil, e aos demais francoparlantes do terceiro mundo.¹³

Assim é que, procurar uma *distinção* entre as duas figuras contratuais se apresentou como um dos primeiros problemas teóricos a serem enfrentados nos primórdios pós-revolucionários pelos primeiros administrativistas franceses, firmando-se, então, uma explicação muito simples, pois que se dava meramente no *plano processual*: os *contratos privados* da Administração deveriam ser apreciados pela justiça comum e os *contratos públicos*, da Administração, deveriam ser apreciados pelo sistema do contencioso administrativo.

Para Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández essa distinção ainda considerava o contrato administrativo como um *ato de gestão*, o que estava muito de acordo com a doutrina vigorante, posto em oposição aos *atos de império*, e, assim, “por razões pragmáticas, de simples utilidade (não por razões dogmáticas), atribui-se o conhecimento de alguns contratos que a Administração celebra à jurisdição contencioso-administrativa, ”¹⁴ *com o propósito de subtrair as questões administrativas à justiça comum*, consoante a leitura francesa do princípio da independência dos poderes do Estado.

3.2 Origem e evolução do conceito de cláusulas exorbitantes no Direito Administrativo

Data de então a reintrodução da expressão romanista “cláusulas exorbitantes”, marcando simultaneamente a *assimetria* das relações e, à época, a distinção *formal* que se fazia entre os dois tipos de contratação: a privada e a pública.

¹⁰ J. B. AUBY, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in *Actualité juridique – droit administrative*, 2001, p. 902 et seq. apud JACQUES CHEVALIER, *L'État post-moderne*, Paris: L.G.D.J., 2003, p. 72.

¹¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 688-704.

¹² Ob. cit., p. 688.

¹³ Ob. cit., p. 686 e 689.

¹⁴ Ob. cit., p. 690.

Mas este entendimento variaria, caracterizando-se, no histórico evolutivo dessas polémicas cláusulas exorbitantes, *três distintas fases*, quanto ao entendimento de sua natureza.

Na *1ª fase*, conforme exposto e na síntese de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, afirmou-se que: “A distinção entre contratos administrativos/contratos privados era, pois, em sua origem, exclusivamente uma distinção para efeitos jurisdicionais e não *substantivos*”.¹⁵

Na *2ª fase*, essa concessão feita à Administração para que se possibilitasse sua autotutela contenciosa, pouco a pouco geraria um curioso processo de *substituição* da figura dos contratos administrativos, levando a doutrina a concluir que, afinal, a jurisdição contencioso-administrativa não seria puramente casual, como se cria, mas que escondia *uma diferenciação na própria natureza jurídica de ambos os tipos*.

Esta mudança de óptica ocorreria no início de século XX, “quando se processa a substituição do critério estrutural atos de autoridade — atos de gestão, como básico do Direito administrativo, pelo critério material do *serviço público*, substituição alentada doutrinariamente pela Escola de Bordéus e iniciada pelo Conselho de Estado francês, que foi que criou realmente a figura, com o arrêt Terrier, de 6 de fevereiro de 1903 (...)”.¹⁶

Gaston Jèze se torna à época o grande teórico da *disigualdade* das partes nos contratos administrativos, que se justificaria apenas pela presença do *interesse público* na relação: exatamente o fato que a *substantivaria*.

Na expressão de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

Mais ainda: a singularidade do contrato administrativo viria a definir, justamente por extravasar-se dos módulos consensuais, o que se chamaria, reabilitando um termo histórico originado no processo de formação do Direito Público, como independente do Direito Privado Romano, o critério das “cláusulas exorbitantes do Direito comum”.¹⁷

E é esta colocação que, por longeva e disseminada, como se enfatizou, chega praticamente a nossos dias de transição para o Estado e para o direito pós-modernos.

Com efeito, finalmente, a *3ª fase*, a atual, marca a *revisão da doutrina substituidora do contrato administrativo*, que se desmerece, juntamente com a doutrina do serviço público, ante a demonstração prática de que não só é possível como é até mais *eficiente a gestão privada de serviços públicos*.

Cai, também, a velha objeção de que a *substituição* seria necessária para aplicar-se o Direito Administrativo aos contratos, porquanto, de outro modo, a própria disciplina não teria razão de ser, pois, como averbam com precisão os autores citados, “a autonomia científica e institucional do Direito Administrativo... não necessita expressar-se em uma singularidade radical de sua instituição, sobre as que são próprias do Direito Civil”.¹⁸

Como derradeiro argumento, nos contratos privados se admitem inúmeras *modulações*, conforme o tipo de contrato de que se trate, sem que tais variações se lhes desfigure a regência privada, de modo que:

O problema não se há de colocar em termos de singularidade, substituidade ou exorbitância, senão que, mais simplesmente, sem dramatismos, perquirindo quais são essas modulações ou variantes que introduzem a presença subjetiva da administração.¹⁹

3.3 Modulações contratuais não se apresentam como razão suficiente para uma dupla regência dos contratos

Parece irrefutável, portanto, na perspectiva pós-moderna do Direito Administrativo, que as *exorbitâncias* nada mais representam que meras *modulações contratuais*, que são inseridas sempre que *motivadamente exigíveis pela matéria administrativa*, ou seja, em se tratando de obras e de serviços públicos, em geral.

Com efeito, sob vários aspectos poderão se manifestar tais *modulações*, sem que seja necessário socorrer-se de uma *clivagem substituidora*, introduzida na teoria geral dos contratos, e, assim, conforme o magistério de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández,²⁰ devem ser ressaltados três aspectos:

1º aspecto – revela-se pela *tipicidade* de uma série de contratos que se reiteram, levando, por isso, a Administração a inserir *cláusulas de adesão* uniformes que, embora vistas sempre com temores e suspeitas

¹⁵ Ob. cit., p. 690, grifo nosso.

¹⁶ Ob. cit., p. 690, grifo nosso

¹⁷ Ob. cit., p. 692.

¹⁸ Ob. cit., p. 694.

¹⁹ Ob. cit., p. 694.

²⁰ Ob. cit., p. 696 et seq.

quando utilizadas na órbita privada, não suscitam esse repúdio quando se trata do Estado, pois não se supõe que delas faça uso com propósitos de abuso de poder econômico.

^{2o} aspecto – revela-se pela *derrogação* das normas contratuais comuns que ampliam direitos e faculdades dos contratantes privados, não por paternalismo, mas por interesse em reduzir preços para os contribuintes, evitando que esses contratantes tenham que se valer de coberturas mais amplas para cobrir riscos.

^{3o} aspecto – revela-se porque a mera existência de *cláusulas exorbitantes*, agora consideradas em si mesmas, como *modulações contratuais* que são, não tornaria ilícitos os contratos puramente privados se neles se inserissem (como em contrário sustentam os remanescentes defensores da substantivação), ainda porque, elas já se apresentam abundantemente sob diferentes roupagens jurídicas e com diferentes justificativas, em quase todas as modalidades de contratos.

3.4 Tipologia das cláusulas exorbitantes

A partir dessa última assertiva, as distintas roupagens jurídicas com que se apresentam nas legislações permitem sistematizar a seguinte tipologia das cláusulas (ditas) exorbitantes nos contratos da Administração Pública.

Primo – Cláusulas de executoriedade

A prerrogativa mais ampla do Poder Público, que é a de *executoriedade*, decorre da *lei*, e não de imposição contratual. Mas, ainda que se tratasse de um direito formidável da Administração, ele se refere ao *plano de exercício* dos direitos e não propriamente ao de sua substância.²¹ Em outros termos: as cláusulas que exprimem a *executoriedade* são *extracontratuais*, porque, afinal, também extracontratual é o *privilegio da execução previa*.

Secundo – Cláusulas de jus variandi

A possibilidade de alterar unilateralmente contratos, como expressão do império da Administração, não só já se encontra limitada pela lei como, mais recentemente, pela insistência da doutrina, que exige que, no caso de existirem, elas se submetam a um juízo de *razoabilidade*, e com a observação complementar de que nada impede que elas possam ser comodamente incluídas em contratos privados, desde que não rompam a equivalência das prestações e não sejam abusivas.

Tertio – Cláusulas de previsão de efeitos sobre terceiros

Cláusulas que atribuem direitos de expropriação, de receber tarifas, de exercer atividades de polícia e outras, que podem se refletir sobre terceiros, e que, por isso, revogariam a regra da *res inter alios acta nec nocet*, no caso dos contratos administrativos *resultam apenas da aplicação das leis*. Não sendo criações contratuais, eis que, por isso, neles se incluem apenas para efeitos *declarativos* e não *constitutivos*, como poderia parecer.

4 Avaliação atualizada das cláusulas exorbitantes

Feita esta exposição histórico-doutrinária, pode-se passar a uma avaliação contemporânea das cláusulas exorbitantes, examinando o que representam hoje em termos de vantagens e de desvantagens.

4.1 As vantagens no contexto do Estado moderno

As vantagens para a Administração eram então inegáveis na vigência do sistema vigente de economia semidirigida, pois as cláusulas exorbitantes com ele se coadunavam, sob o pálio do conceito de *supremacia indiscriminada do Estado*, idéia-força que orientava a busca de auto-suficiência estatal e o seu progressivo aparelhamento para lograr a substituição de importações e a estatização da economia.

Evidentemente, nesse contexto de economia preponderantemente fechada, explicava-se a *baixa preocupação com a competitividade* por capitais e tecnologias, pois os aparelhos estatais aspiravam a gerá-los eles próprios a partir de políticas públicas dirigistas, praticadas conforme as nuances do regime político — mais fechado ou mais aberto — que tivesse sido adotado.

4.2 As desvantagens emergentes no contexto do Estado pós-moderno

Essas vantagens perderam sentido e estão em vias de desaparecer nos quadros atuais da *economia de mercado, demandante de alta competitividade* para atrair capitais, tecnologias, mercados e cérebros, levando o Estado a atuar não mais como mero *executor*, mas, preferentemente, como *formulador político* de instrumentos de *fomento*.

Exemplo eloqüente disso é o crescimento da importância das empresas bi e multinacionais na economia mundial, empaldecendo o papel de executor,

²¹ Ob. cit., p. 697.

desempenhado com muito mais fracassos do que êxitos pelos modelos de Estado que marcaram o fastígio do modernismo, com seus vezos de nacionalismo xenóforo e de imperialismo.

No novo cenário globalizado que se abre no segundo pós-guerra, passam a ser necessários *novos mecanismos de regulação extra-estatais*, que passam a conviver com os tradicionais *mecanismos de regulação intra-estatais* e, em especial, os megafluxos de investimentos intercontinentais determinam o aparecimento das agências de risco.

Por fim, as empresas globalizadas, as transnacionais, bi e multinacionais, chegam a responder por um terço da produção mundial de bens e serviços, nelas se concentrando poder econômico em escala planetária, que raros Estados logram emular.

Assim podem ser sintetizadas algumas desvantagens decorrentes desse novo contexto:

- 1º. a *imprecisão e insegurança* de direitos resultantes do manejo público das *prerrogativas da Administração nas transações*, pela ambivalência de sua origem e justificativa, ou seja, o fato de decorrerem ou da *natureza dos contratos* (relativas) ou da *natureza da própria administração pública* (absolutas);
- 2º. o agravamento dos *custos de transação* pelo aumento do risco, enquanto a redução e a abolição dessas cláusulas minimiza o chamado *risco soberano*;
- 3º. o *déficit de transparência da transação*, pois as prerrogativas são *genericamente* estabelecidas nas leis, sem evidente relação com as situações fáticas específicas e as peculiaridades de cada contrato; e
- 4º. o *sacrifício da confiança legítima do administrado na transação*, pois as prerrogativas tanto podem servir a propósitos legítimos como distorcer intenções ilegítimas, como a difundida e gravosa corrupção pelo temor.

Ora, no modelo tradicional de contratos administrativos — com prerrogativas legais estandarizadas — há total *impossibilidade de ponderar* casuisticamente essas vantagens e desvantagens *considerando as características de cada contrato* que deva realizar a Administração Pública (juízos de oportunidade e de conveniência), assim se explicando a superioridade que vem sendo reconhecida à *opção flexibilizante*, que, em acréscimo, para maior garantia recíproca das partes pública e privada, ainda se pode valer da saudável teoria da *dupla motivação*, como se examinará adiante.

4.3 Os novos parâmetros para a contratação pública

As imposições da sociedade pós-moderna expressam-se eloquentemente nos seguintes *parâmetros* em jogo nas contratações públicas: a *preeminência dos direitos fundamentais*; a *exigência de legitimidade*; a necessidade de assegurar a *competitividade*; a *indispensabilidade de criar e aperfeiçoar as tecnologias*; a importância da *publicidade* e da *visibilidade* da atuação pública; a *obrigatoriedade da motivação* e a *inafastabilidade de controles multimodais*, cada vez mais especializados.

Assim é que o *Direito Administrativo moderno*, que, em fases anteriores se apresentava como resultado da entronização do *Estado de Direito*, entendido como a sujeição à legalidade, e atuava sob o *império da lei*, valeu-se do conceito de poder dominante (império), que remanesceu e se aninhou no próprio *status* da Administração, sob a égide dos conceitos xifópagos e inquestionáveis de *supremacia da lei* e de *supremacia in genere dos interesses públicos*.

Todavia, o *Direito Administrativo pós-moderno* evoluiu para conformar-se ao *Estado Democrático de Direito*, ou seja, passou a atuar não mais apenas sob o *império da lei*, mas sob o *império do direito*. Com isso, a marca dominante dessa nova conformação do poder estatal deslocou-se para a *supremacia dos direitos fundamentais*, não só em razão do sólido argumento moral de sua *precedência axiológica* como, e cada vez mais, do argumento pragmático de sua *transcendência lógica* sobre a crescente *pluralidade de ordenamentos* que se multiplicam na sociedade global.

Como reflexo das novas relações juspolíticas entre Estado e sociedade, a *consensualidade* passa a ser uma forma privilegiada de administrar interesses públicos nas relações entre Administração e administrados, como marca de muitos novos institutos, em que a flexibilidade, a negociação, o uso criterioso da discricionariedade, o exercício da ponderação entre interesses, valores e direitos e, sobretudo, a motivação dão a tônica pragmática e democrática do pós-modernismo.

A respeito, já em escritos anteriores²² alinharam-se algumas vantagens da *consensualidade*, encontrando-se um elenco surpreendentemente rico:

- 1º. vantagem pelo potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (*colaboração*);

²² DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, rol originalmente inserido na 2. edição de *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 37.

- 2º. vantagem pelo potencial criativo e operativo dos próprios entes da constelação estatal (*cooperação*);
- 3º. vantagem pela redução de custos para o Estado e sociedade (*economicidade*);
- 4º. vantagem pela simplificação da máquina gestora do Estado (*racionalidade*);
- 5º. vantagem pelo reforço da máquina reguladora do Estado (*publicização*);
- 6º. vantagem pela renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Estado (*modernização*);
- 7º. vantagem pelo atendimento às demandas reprimidas após o fracasso dos modelos de Estado monoclasse do *Welfare State* e do Socialista (*eficiência*);
- 8º. vantagem pela racionalização da atribuição de competências ao Estado (*subsidiariedade*); e
- 9º. vantagem pela racionalização da distribuição de competências dentro do Estado (*subsidiariedade*).

Parece, pois, que aqui se depara com um dado altamente positivo da pós-modernidade, trazido com o desenvolvimento desse auspicioso *fenômeno da pactuação*, tanto a contratual como a não-contratual, que se apresenta como uma das mais novas e amplas vias que são abertas para a ação pública de organizações políticas complexas.²³

Em especial, o futuro da contratação como *instrumento de governança política* tem sido objeto de detido estudo, como, exemplarmente, o realizado na obra *Gouverner par contrat*, de Jean-Pierre Gaudin,²⁴ que assim apresenta o palpitante tema:

Partenariats et médiations sont dans l'air du temps. Aujourd'hui, on peut, par voie d'e-mail, s'inscrire à un mastere européen de médiation dont le contenu prend en considération les champs d'application (familial, pénal, social, scolaire, administratif, de l'environnement, du voisinage urbain, de la politique internationale, de la santé), les modalités d'insertion dans les structures institutionnelles et les techniques qu'elles mettent en oeuvre. On voit combien le champ est vaste.
(...)

Entre solutions opérationnelles et horizon citoyen, entre interventions publiques et philosophie politique, qu'est-ce qui se joue réellement dans ce que certains appellent déjà, avec beaucoup d'enthousiasme, une nouvelle "culture de la négociation"?²⁵

Para assim concluir sobre o tema do contrato público:

Le contrat, méthode d'action publique bien imparfaite, reste pourtant plein de séductions. On en veut pour preuve le fait qu'on cherche moins souvent aujourd'hui à l'exclure qu'à le perfectionner.

(...)

Mais tout cela ne laisse-t-il pas de côté la question des voies requises par une démocratie élargie ? Ces nouvelles démarches d'action publique, ne supposent-elles pas un lien fort entre convention, négociation et délibération ? Comment envisager les changements qui marquent aujourd'hui l'action publique, en France mais aussi chez nos voisins ? On aurait pu s'en remettre à un mouvement d'ensemble, considéré comme tendanciel, voire inéluctable, tels la modernisation et le passage d'un État administrateur à un État médiateur.²⁶

4.4 A adoção das cláusulas discricionárias

A *conciliação necessária*, para superar as antigas desvantagens, que tanto encarecem a Administração Pública e favorecem a corrupção em larga escala, de modo a fazê-la enveredar por esses novos promissores caminhos, está, pois, na *flexibilização*,²⁷ já que, ante a imensa diversidade de contratos possíveis que são firmados nos inúmeros setores de atividade da Administração Pública, não é lógico que o administrador público permaneça jungido a *comandos excessivamente padronizados* que, sobre serem em grande parte *anacrônicos*, e, desde logo, por serem muito gerais, não admitem a necessária *modulação* para atender às miríades de circunstâncias próprias de cada contratação.

Embora, em princípio, seja até razoável o padronizarem-se algumas cautelas, não no será naquilo em que se negue à Administração a *possibilidade de avaliar casuisticamente a conveniência e a oportunidade* de inserir ou não, casuisticamente, em cada contrato, as modulações ditas exorbitantes.

Esta preferência pela escolha da *técnica flexível da discricionariedade*, em lugar da *técnica rígida da vinculação*, não encontra qualquer impedimento na

²³ E se tem, como mais recentes exemplos, a introdução das *Agências reguladoras* e das *parcerias público-privadas* no direito brasileiro.

²⁴ JEAN-PIERRE GAUDIN. *Gouverner par contrat*. Paris: Presses de Science Politique, 1999.

²⁵ Ob. cit., p. 9.

²⁶ Ob. cit., p. 213.

²⁷ V., de J. CARBONNIER. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: LGD, 1971.

legislação brasileira, pois essa imposição da *generalização de cláusulas inafastáveis nos contratos administrativos* não repousa sobre qualquer assento constitucional, senão que é de previsão meramente legal, nada impedindo, portanto, que o legislador ordinário *delegue ao administrador público esta oportunidade de avaliar a legitimidade do emprego de qualquer delas*, depois de examinadas as hipóteses, caso a caso.²⁸

4.5 A teoria da dupla motivação

Essa *técnica da flexibilização pela discricionariedade* se conjuga com a adoção da *teoria da dupla motivação*, que se aplica, como se indica, em dois momentos distintos do processo de escolha discricionária delegada à Administração:

- 1º. um momento da *motivação*, para a *adoção* ou para o *afastamento* em tese de cláusula exorbitante em contratos em que a Administração vá buscar prestações no mercado sob a égide do sinalagma, seguindo-se,
- 2º. um novo momento da *motivação*, para a *aplicação* de uma determinada cláusula exorbitante, inserida em determinado contrato com previsão para atuar em determinadas circunstâncias.

Como se pode observar, 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 apresenta em qualidade e intensidade na relação contratual.

5 As cláusulas exorbitantes na legislação brasileira e nos projetos em estudo

São as seguintes as *cláusulas exorbitantes* consideradas *implícitas* em todos os contratos administrativos pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata especificamente das licitações e contratos da Administração Pública, baixada no uso da competência federal excepcionadora da regra geral federativa do art. 18 da Constituição:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – fiscalizar-lhes a execução;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Mas o equilíbrio econômico está ressaltado nos parágrafos:

§1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Outro diploma, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime contratual de concessão e prestação de serviços públicos, acrescenta ainda uma hipótese de cláusula exorbitante de efeito extracontratual:

Art. 31. Incumbe à concessionária:

(...)

VI – promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato.

5.1 Classificação das cláusulas exorbitantes da legislação brasileira vigente

Consoante a tipologia apresentada de cláusulas exorbitantes, assim se classificam as regras federais anteriormente expostas:

Cláusulas exorbitantes de *executoriedade* – Lei nº 8.666/93, art. 58, incisos

II, III, IV e V;

Cláusulas exorbitantes de *jus variandi* – Lei nº 8.666/93, art. 58, inciso I;

Cláusula exorbitante de *efeitos sobre terceiros* – Lei nº 8.897/95, art. 31, inciso VI.

5.2 As tendências em curso

Como se observa, a legislação brasileira apegar-se ainda ao *modelo substantivo* dessas cláusulas, daí decorrendo o tratamento inflexível, com a

²⁸ Neste sentido, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, em *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 472.

adoção de rígidas padronizações que não possibilitam qualquer adaptação às miríades de hipóteses e peculiaridades contratuais que devam ser consideradas pela Administração.

Não obstante, são ponderáveis e crescentes as *tendências* e as *influências* que hodiernamente concorrem para uma nova percepção flexibilizadora das *cláusulas exorbitantes* em nosso País. São elas, em breve resenha, as seguintes:

O desenvolvimento ecumênico das práticas contratuais do *sistema anglo-saxônico* – que as desconhece e cada vez mais vem influenciando as praxes internacionais, até mesmo por efeito da globalização e do que se tem referido como versões contemporâneas da *lex mercatoria*.

O *princípio da confiança legítima* – que recomenda o máximo de transparência e todo cuidado na *motivação* dos atos que afetem relações entre entes estatais e entidades privadas, para afastar dúvidas e desconfiâncias que possam existir em razão delas e empanem a abertura e franqueza nesse tipo de negociações.

O *princípio da eficiência* – que indica a necessidade de o Poder Público ampliar sempre que possível o universo dos possíveis fornecedores de bens e de serviços para possibilitar a escolha da proposta realmente mais vantajosa.

O *princípio do fomento público* – inserto em várias Constituições, como também o faz a nossa, em inúmeros dispositivos que contêm *comandos de otimização* a serem executados pelas entidades públicas para estimular os empreendimentos econômicos no País e, *a contrario sensu*, comandos *impeditivos* de ações voltadas a desestimulá-los.

Em razão dessas tendências e influências, têm surgido propostas que inovam a adoção das *cláusulas discricionárias*, contrato a contrato, segundo o juízo de conveniência e de oportunidade a ser feito pela Administração em face de cada contratação específica a que se proponha realizar e, como consequência e complementarmente, a adoção da *teoria da dupla motivação*.

5.3 As cláusulas exorbitantes em projeto

Entre nós, o anteprojeto inovador de autoria do Professor Benedito Porto Neto, não obstante ter sido amplamente discutido com a sociedade, não prosperou, permanecendo no Palácio do Planalto depois da Consulta Pública, tendo, porém, distinta sorte um outro anteprojeto, para o qual contribuiu o eminente Professor Carlos Pinto Coelho Motta, que visa a substituir a Lei nº 8.666/93; ambos, na percepção de especialista de Marcos Juruena

Villela Souto, contribuindo de um modo geral para aprimorar e atualizar significativamente o ordenamento jurídico do País.²⁹

Todavia, especificamente no tocante às cláusulas exorbitantes, em seu trabalho investigativo comparando os dois textos, o referido autor faz as seguintes observações e comentários, aqui adotados como vestíbulos às conclusões que se seguem:

Os arts. 79 e 80 do PL (Projeto de Lei), mantém as *cláusulas exorbitantes*, que os arts. 136, XI, 166 e 167 do APL (Anteprojeto de Lei) facultam estabelecer; este, o grande ponto de discussão em matéria de contratos administrativos; (e aqui expressa a sua interpretação, acima já referida) afinal as cláusulas exorbitantes são compatíveis com o tratamento jurídico diferenciado dos contratos administrativos, mas elas não têm sede constitucional; assim o legislador infra-constitucional pode prevê-las ou não, bem como condicionar o seu uso.³⁰

6 Conclusões

O princípio do *interesse público* deverá ser sempre atendido nas relações contratuais com a Administração e isso é *legalmente indisponível*. Não obstante, as *condições* em que esse atendimento dar-se-á ou se possa dar, é matéria *administrativamente disponível*, sempre que se instaure concurso com outros princípios constitucionalmente relevantes.

Necessário é, portanto, considerar-se a peculiar situação em que ocorra *concurso de princípios* nos contratos administrativos.

6.1 O concurso de princípios no direito pós-moderno e sua composição

No passado, a invocação do *interesse público* era radical e preclusiva. Como campo exclusivo da Administração, somente esta poderia dar a última

²⁹ Ob. cit., p. 467.

³⁰ Ob. cit., p. 472. Assim está redigido o art 167, a que se faz menção, para confronto com o art. equivalente do art. 58, da legislação vigente, anteriormente transcrita:

“Art. 167 A Administração, desde que previsto expressamente no contrato administrativo, pode: I – invalidá-lo de ofício; II – alterá-lo unilateralmente; III – rescindi-lo unilateralmente; IV – aplicar sanções; e V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar-se de pessoas e serviços vinculados ao objeto do contrato, nas hipóteses de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado e de rescisão contratual” Parágrafo único. O exercício de qualquer prerrogativa da Administração depende de ato escrito, motivado e prévia audiência do contratado”.

Como se observa, os destaques em itálico indicam o emprego das duas técnicas supra-referidas: a da discricionariedade administrativa para adotar ou não determinada cláusula exorbitante e, parcialmente, a da motivação em caso de sua aplicação.

palavra a respeito. Tal radicalização do princípio, como é sabido, se veio temperando, pouco a pouco, na medida em que evoluiu o próprio Direito Administrativo, ao passar de sua postura imperativa para uma postura democrática, tal como aqui foi exposto, e com isso ocorreu a *judicialização do conceito de interesse público*, que permitiu a sua apreciação em sede judiciária e não mais apenas em sede administrativa.

Hoje, a relativização desse princípio permite distinguir a sua *aplicação singularizada* de sua *aplicação em concurso* com outros princípios concorrentes sobre a mesma relação.

A *aplicação singularizada* não costuma ser problemática, mas o mesmo não ocorre com a *aplicação em concurso*, que quase sempre demanda a aplicação de *critérios aplicativos* bem definidos e bem justificados.

Ainda que se considere a existência de categorias hierarquizadas entre princípios, nas hipóteses de *hierarquia formal* e de *hierarquia axiológica*, é importante ter-se em mente essas quatro simples regras para sua aplicação:

1ª regra: aplicam-se, sem exclusão, todos os princípios concorrentes;

2ª regra: ponderam-se entre si todos os princípios em causa;

3ª regra: atribui-se a cada princípio a *eficácia máxima possível*;

4ª regra: atribui-se ênfase àquele princípio cuja eficácia se apresentar como *justificadamente a de maior relevância* para a relação em causa.

Importante é ressaltar que as operações a que se referem a 2ª e 4ª regras devem ser cumpridamente *motivadas* pelo intérprete, como *condição de validade* da aplicação pretendida, afastando qualquer tentativa simplificadoras ou exercício de voluntarismo.

6.2 O interesse público enquanto princípio concorrente

Tem-se, assim, empregando essas regras, que, posto em *concorrência* com outros princípios, o princípio do *interesse público*:

1º. não excluirá a nenhum outro (aplicação da 1ª regra);

2º. tampouco poderá ser excluído (aplicação da 1ª regra);

3º. deverá ser ponderado, em face de cada um dos demais princípios em concurso (aplicação da 2ª regra);

4º. deverá ser otimizado em sua aplicação (aplicação da 3ª regra); e

5º. deverá ser motivadamente enfatizado, quando se justificar a atribuição de alguma relevância aplicativa na relação (aplicação da 4ª regra).

6.3 Onde entra o princípio da eficiência

Imemorialmente, este é o princípio implícito fundamental da *atividade privada*. No constitucionalismo pós-moderno, ela passou a ser também um princípio geral da *atividade pública administrativa* (art. 37, *caput*, CF).

Registre-se a distinção, não apenas na expressão, mas no fato de que o princípio da eficiência tem *relevância aplicativa* para o setor privado (4ª regra *supra*), sempre que posto em concorrência com outros princípios próprios deste setor, ao passo que o mesmo princípio, no setor público, não apresenta *a priori* a mesma relevância, devendo resolver-se o concurso de princípios pela definição de qual seja o relevante em cada caso.

Resulta daí que, no contexto do *setor privado*, o princípio aponta o *máximo de eficiência possível*, ao passo que no do *setor público*, por força da ponderação que deva ser feita, o princípio aponta, *tout court*, a *eficiência possível*.

Portanto, o modo em que se deve ponderar a *eficiência* no concurso de princípios de direito público e o peso que se lhe deva atribuir em relação aos demais princípios concorrentes é que fazem toda a diferença aplicativa.

6.4 O futuro da imperatividade, das prerrogativas e das cláusulas exorbitantes

A contratação, em franca expansão no mundo pós-moderno, como se enfatizou, necessita de *flexibilidade*, seja, indistintamente, a *contratação privada* ou a *pública*, pois se espera que deva fazer face a desafios cada vez mais problemáticos de eficiência e segurança, por isso não se justificando a manutenção de *diferenças de tratamento jurídico* entre ambas, porque esse descaso com a realidade ocorreria mais por inépcia que por inércia.

Com essa perspectiva em mente, já em meu *Curso*³¹ deixou-se de consignar a expressão *cláusulas exorbitantes*, porque implicitamente evoca o caráter revocatório do Direito Privado e, destarte, a ultrapassada teoria que lhe atribua substantividade principiológica, preferindo-se utilizar expressões que se limitam a acentuar o seu assento *legal* ou mesmo *contratual*, como as que nele foram empregadas ao tratar da característica da *instabilidade dos contratos administrativos*, tais como as expressões *cláusulas regulamentares* e *leis de serviço*.

³¹ *Curso de direito administrativo*, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 72.

6.5 Da relação de supremacia à relação de ponderação

Um último aspecto merece menção neste breve estudo: trata-se do impacto dos *direitos fundamentais* e da *participação cidadã* sobre o conceito tradicional de *relação de supremacia* como instrumento da ação do Estado.

Desde logo, é necessário desmitificá-la: a *supremacia* não seria do Estado, uma vez que a *prelazia de um instrumento* jamais poderia sacrificar a *substância de um direito fundamental*.

Tampouco seria a *supremacia*, por definição, do *interesse público* tomado abstrata e genericamente sem referências concretas, sobre quaisquer outros,³² pois, por outro lado, os *direitos fundamentais*, por serem conaturais ao homem e às suas intangíveis personalidades e dignidade, precedem a quaisquer outros, de modo a só admitir uma *aplicação ponderada*, ou seja, a que maximize o atendimento de todos os princípios acaso em conflito.

Essa reflexão autoriza a concluir que a passagem de uma *viciosa relação de supremacia* a uma *virtuosa relação de ponderação* marca fortemente o atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre *cidadão* e *Estado*, pondo em crescente evidência a *exclusiva missão instrumental que a este cabe*. Tudo, enfim, concorrendo para que jamais e a qualquer pretexto se permita invocar supremacias técnicas ou *raisons d'État* para sobrepor quaisquer interesses, políticas ou ideologias aos *direitos fundamentais*.

Teresópolis, inverno de 2005.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAÇÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 571-592. ISBN 978-85-7700-186-6.

³² "Le figure convenzionale sono così un riflesso del crescente fenomeno dell'intreccio tra interesse pubblico e istanze private, che è necessario portare alla luce anche nella prospettiva della difesa del 'pubblico', superando la finzione rappresentata dalla affermazione dell'esistenza di un interesse pubblico astratto e del tutto avulso – ed al riparo – da interessi differenti" (FRABIZIO FRACCHIA, *L'Accordo Sostitutivo*. Milão: Cedam, 1998. p. 10).

A desapropriação no Estado Democrático de Direito

Egon Bockmann Moreira

Bernardo Strobel Guimarães

Sumário: 1 Introdução - 2 A supressão de direitos como idéia primal do instituto da desapropriação - 3 Perfis constitucionais do direito de propriedade e da desapropriação nas Constituições brasileiras anteriores - 4 Perfil constitucional da desapropriação na Constituição de 1988 - 5 Breves reflexões críticas sobre a desapropriação no Decreto-Lei nº 3.365/1941 - 6 Considerações finais

1 Introdução

O tema que os doutos Professores Doutores Floriano de Azevedo Marques Neto e Alexandre Santos de Aragão gentilmente nos propuseram exige uma — ainda que precária — (re)construção inicial em torno da idéia básica do instituto desapropriação. Isso porque pensar a respeito dela num Estado Democrático de Direito é refletir a respeito de um dos momentos extremos do Direito Administrativo.

Essa meditação envolve questionar qual é o Direito Administrativo que se pretende ver construído ao início deste século XXI. Trata-se de um sistema normativo que envolve institutos que dizem respeito a esferas auto-excludentes e antagônicas (público *vs.* privado; pessoal *vs.* coletivo), nas quais uma pessoa (o Estado) impera unilateralmente e a outra (o indivíduo) cumpre ordens? Trata-se de um conjunto de princípios e regras que se prestam a fazer valer a força estatal qualificada por atos discionários imunes a qualquer controle? Ou se trata de um novo Direito Administrativo, mais afeto à cooperação do