

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

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

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

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

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos

Janaína Rigo Santin

José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-058-9

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, foi e será sempre um marco não apenas para o CONPEDI mas para toda a comunidade jurídica e para os programas de pós-graduação em direito do Brasil, por ser o primeiro evento totalmente virtual e no meio de uma das maiores pandemias da história da humanidade, a Covid-19 - e que, nada obstante todas as adversidades, foi concluído com enorme sucesso. Um evento que ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssima qualidade, a exemplo do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I”, que reuniu um amplo, qualificado e plural conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e inquestionável relevo prático.

Com efeito, a Covid-19 e seus desdobramentos foram a tônica dos debates e das comunicações, mas não somente isso! A marca que perpassou os artigos apresentados pode ser sintetizada no apuro intelectual e na respectiva atualidade, com comunicados científicos e discussões de alta qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões informadas pela perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DESLEGALIZAÇÃO E DEMOCRACIA
2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA À LUZ DA RESERVA DO POSSÍVEL
3. OS REFLEXOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
4. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA ADMINISTRATIVA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA JUDICIAL
5. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DA AUTARQUIA INSS PARA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS VERSOS A EFICIÊNCIA E MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

6. A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DIÁLOGO COM AS FONTES DO DIREITO E COM AS NOVAS TECNOLOGIAS
7. A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS PARA ARRENDAMENTO DE ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS ORGANIZADOS
8. ANÁLISE ESTRUTURAL DO CONTRATO DE TRANSIÇÃO EM ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS BRASILEIROS
9. A DEVOLUÇÃO DO BEM PÚBLICO SUBTRAÍDO E A DESCARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
10. A INTERVENÇÃO ESTATAL DESPROPORCIONAL NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS E A VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA
11. O REGIME JURÍDICO PÚBLICO SOBRE O REGIME PRIVADO: UMA ANÁLISE DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES
12. A PRÁTICA DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO BRASIL
13. GOVERNANÇA CORPORATIVA DE EMPRESAS ESTATAIS: EFEITOS PRODUZIDOS A PARTIR DA LEI DAS ESTATAIS FRENTE AOS DESAFIOS DE MITIGAÇÃO DE FRAUDES E CORRUPÇÃO
14. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: UM ESTUDO DE CASO
15. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA A ADVOGADOS PÚBLICOS
16. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AS PENAS – ARTIGO 12
17. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO: RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERNAÇÕES

18. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAR POLÍTICA PÚBLICA DE MANUTENÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA EM DETRIMENTO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE INDIVÍDUO PORTADOR DA COVID-19

19. POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 E OS MECANISMOS PARA SUA TUTELA À INFORMAÇÃO SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA CORRETA

20. AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS E A PANDEMIA DO CORONAVIRUS

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de São Luiz (MA), junho de 2020.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de

Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal -
publicacao@conpedi.org.br.

O REGIME JURÍDICO PÚBLICO SOBRE O REGIME PRIVADO: UMA ANÁLISE DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

THE PUBLIC LEGAL REGIME ABOVE THE PRIVATE REGIME: AN ANALYSIS OF EXORBITING CLAUSES

Vitor Gabriel Garnica ¹
Renan Braghin ²

Resumo

O objeto de pesquisa trata-se sobre os limites legais entre os regimes de direito público e de direito privado por meio da análise das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Propõe-se que a Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado se verifica como um limite da incidência das normas de direito privado no âmbito dos negócios jurídicos da Administração Pública. A fim de ratificar a ideia proposta, com base em pesquisa bibliográfica e em método dedutivo, analisa-se os contratos administrativos a partir das cláusulas exorbitantes como limite da dicotomia entre os regimes públicos e privados.

Palavras-chave: Cláusulas exorbitantes, Contratos administrativos, Interesse público, Regime jurídico público, Regime jurídico privado

Abstract/Resumen/Résumé

The research object is about the legal limits between public and private law regimes through the analysis of the exorbitant clauses of administrative contracts. It is proposed that the Supremacy of Public Interest over Private Interest is seen as a limit on the incidence of private law rules in the scope of the legal affairs of the Public Administration. In order to ratify the proposed idea, based on bibliographic research and a deductive method, administrative contracts are analysed from the exorbitant clauses as a limit of the dichotomy between public and private regimes.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Exorbitant clauses, Administrative contracts, Public interest, Public legal regime, Private legal regime

¹ Mestrando do Programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Bolsista pela CAPES. Endereço eletrônico: vitorgarnica@hotmail.com. <http://lattes.cnpq.br/5990451598884333>

² Mestrando no Programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: contato@braghin.com.br

1. INTRODUÇÃO

É recorrente na literatura jurídica atual o discurso do fim da dicotomia entre o público e o privado. Contudo, o trabalho visa estabelecer com base nos contratos administrativos na modalidade das cláusulas exorbitantes a presença e necessária delimitação entre ambos os regimes. Assim, tem-se que embora após a Constituição Federal de 1988, o processo da constitucionalização, seja do Direito Civil quanto do Direito Administrativo, o núcleo duro e fechado de ambos os regimes continuam inseparáveis.

No primeiro capítulo trata-se do Regime Jurídico Público, mais especificamente o Direito Administrativo, como a evolução do Regime Jurídico Privado. Constata-se, portanto, o fenômeno da extinção da autonomia da vontade para a autonomia privada, como também, a formação de novos institutos e princípios, tais quais a função social da propriedade, a função social dos contratos, a boa-fé. Também, observa-se que a fundamentação das decisões do Estado sobre os indivíduos da sociedade é alterada, não mais como no regime absolutista, da qual a fundamentação provinha da autoridade do rei. Hodiernamente, o Estado funda-se no Princípio norteador do Interesse Público, esse que é reinterpretado e rediscutido em cada caso concreto para uma realidade local e temporal. Portanto, constata-se a aproximação de ambos os regimes jurídicos ao longo do tempo. A perspectiva histórica denuncia a socialização dos interesses individuais, como também, a afirmação dos direitos individuais sobre um Estado tirânico.

No segundo capítulo demonstra que embora, historicamente, houve uma aproximação de ambos os regimes, atualmente, encontra-se mais embate do que uma conciliação entre ambos. Muito disso deve-se ao fato que ambos possuem a sua essência da qual asseguram e negá-las é desconstituir a sua própria natureza jurídica. Assim, busca-se através da ponderação o *quantum* da intervenção do Estado sobre os interesses individuais, o equilíbrio das normas de ordem pública e como aferem na autodeterminação dos indivíduos. Tal tarefa faz-se necessária para que não ocorra o conflito entre ambos os regimes e, sim, uma harmonização como muito desenvolveu-se, assim demonstrado pela perspectiva histórica.

Por fim, no terceiro capítulo utiliza-se as cláusulas exorbitantes como uma modalidade imprescindível dos contratos administrativos a fim de ratificar o argumento do não fim da dicotomia entre o público e privado e, sim, afirma-se na delimitação entre ambos os regimes. O trabalho visa estabelecer que o discurso semântico da simbiose de ambos os regimes jurídicos é falaciosa, pois em seus imperativos teleológicos e axiológicos as diferenças são nítidas, justamente para que não se perca a sua própria natureza jurídica.

2. A EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO PÚBLICO E PRIVADO

Os regimes jurídicos de direito público e privado sofreram mudanças com o decorrer do tempo. As características que nitidamente separavam ambos os regimes, especialmente as diferenças axiológicas e teleológicas, deixam de apresentar o forte contorno que outrora os individualizavam. A autonomia da vontade, própria do regime jurídico privado, passa a ser limitada pelo ordenamento jurídico. O Estado, detentor do monopólio legislativo, passa a tutelar as relações privadas, delimitando a vontade dos indivíduos para que suas ações se orientem, também, por uma racionalidade social. Por outro lado, o regime público, especialmente no que concerne à Administração Pública, vê-se na necessidade de alterar o paradigma burocrático na consecução de serviços, oriundo da ideia absoluta do Estado, para práticas gerenciais e discricionárias, se colocando muitas vezes em nível de igualdade formal em relação ao indivíduo, sem, contudo, perder o caráter público, que se consolida e se efetiva pela tutela do interesse público.

O regime de direito privado poder ser assim definido: “[...] se baseia na igualdade jurídica e no poder de autodeterminação das pessoas que intervêm nas relações jurídicas, objeto de sua disciplina, e é comum ou geral, porque suas normas aplicam-se de modo uniforme a todas essas relações, disciplinando a realidade social como um todo” (AMARAL, 2014, p. 144).

Em conceituação ao regime de direito público, temos nas palavras de Marçal Justen Filho (2012, p. 110):

O regime de Direito público consiste num conjunto de princípios e regras jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais. O regime de direito público caracteriza-se pela criação de órgãos e funções na esfera pública, a quem é atribuída a titularidade de bens vinculados à realização de valores essenciais, assim como a competência para promover a satisfação de interesses indisponíveis.

Após a Constituição Federal de 1988, promoveu-se uma aproximação entre essas duas esferas jurídicas. A começar pela mudança do paradigma da autonomia da vontade para a autonomia privada. Constatada a noção de ordem pública, têm-se a instrumentalização das vontades individuais dentro das circunstâncias econômicas e a limitação da autonomia privada, gerará, por sua vez, a autonomia privada, a fim de atenuar os conflitos, promovendo eficiência e equidade nas relações jurídicas (STIGLITZ, 1992, p. 3). Essa mudança consiste na qual o ordenamento jurídico impôs restrições a vontade do indivíduo a fim de preservar o meio social no qual ele está inserido:

Igualmente criticable me parece la opinión que prefiere hablar de autonomía de la voluntad mejor que de autonomía privada. Las dos expresiones podrían parecer a primera vista sinónimas, pero no lo son. Quienes hablan de autonomía de la voluntad en realidad desconocen el problema mismo de la autonomía privada (problema que, visto desde el ángulo subjetivo, se identifica, [...], con a búsqueda del fundamento del poder reconocido a los particulares de crear normas jurídicas) y dan relieve a la voluntad real o psicológica de los sujetos que, según esta opinión, es la raíz o la causa de los efectos jurídicos, en oposición a quienes, por el contrario, ven más bien en la declaración o en la manifestación de voluntad, como hecho objetivo, o en la ley, la fuente de los efectos jurídicos (FERRI, 2001, p. 5).

A “privatização da administração pública”¹ é outro componente que explica a releitura da administração dentro da reforma do aparelho do Estado. Neste sentido, a Emenda Constitucional n.º 19 de 1998, introduz a mudança da administração pública burocrática para a administração gerencial. Acredita-se que a administração está se privatizando-se, contudo, a leitura que se faz neste trabalho é de que a Administração Pública ao buscar eficiência² utiliza-se de instrumentos que garantam melhores resultados, assim, têm-se o uso de práticas administrativas que condizem aos tempos atuais, sem contudo, aferir diretamente no regime jurídico da administração pública, nem tampouco, na sua função de garantir a prestação de serviços públicos universais e de qualidade, tendo o interesse público como norte de qualquer opção discricionária do administrador (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 216).

Por fim, destaca-se que ambas as esferas do direito público e privado sofrem constantes mudanças devido ao fenômeno jurídico da Constitucionalização, tanto do direito civil quanto do direito administrativo. Acredita-se que a orientação da Constituição impactou profundas mudanças na compreensão do direito privado e do direito administrativo. No direito privado, a mudança da perspectiva do *ser* sobre o *ter*, busca-se a compreensão do sujeito enquanto detentor de direitos em sua plenitude, portanto os princípios constitucionais aferem diretamente no direito civil, no qual a mudança na reinterpretação dos conceitos e das normas para uma leitura mais completa das realidades sociais postas, minimiza a vontade do indivíduo diante as leituras hermenêuticas ao caso concreto, firmando a responsabilidade ética solidária, cooperação e lealdade como imperativos da perspectiva civil-constitucional (NEGREIROS, 2006, p.58/62).

¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 49) aduz: “Essa tendência (privatização) não tem como concretizar-se com a extensão que se possa pretender, tendo em vista que o direito privado, quando utilizado na Administração Pública, é sempre derogado parcialmente por normas de direito público, muitas delas com fundamento constitucional”.

² A Emenda Constitucional n.º 19 de 1998 alterou o art. 37, *caput*, ao adicionar o princípio da eficiência como norte da função administrativa.

Quanto ao direito público tem-se o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo no que concerne aos controles que se efetivam sobre a administração pública. Dentro desse contexto, ao trazer maior agilidade e eficiência ao gerenciamento público, o constituinte concedeu ao administrador maior campo de atuação, no qual reflete-se na discricionariedade do administrador, porém juntamente com essa liberdade, temos um controle maior, tanto no âmbito interno (autotutela) e externo (Poder Legislativo, Poder Judiciário e Controle Social), na qual a administração está restrita a respeitar os preceitos constitucionais, além da apreciação do conteúdo dos seus atos, inclusive dos conceitos jurídicos indeterminados que podem ser apreciados pelo judiciário (PIETRO, 2016, p. 35-37)

Portanto, a evolução de ambas as searas jurídicas indicam uma aproximação do público do privado e sua recíproca é verdadeira. Assim, a constituição federal auxiliou na aproximação entre ambas, pois temos também que as suas particularidades próprias de seu regime jurídico, constata-se a diminuição da disparidade dos núcleos fechados de ambas e promove-se o fim dicotomia entre o público e o privado, dada as suas devidas limitações.

3. A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Por muito tempo houve a compreensão que tanto as esferas públicas e privadas eram compreendidas autonomamente, dentro do mesmo universo das relações sociais, em que os temas relativos a cada uma das esferas só nelas tinham lugar, de modo que aquilo que pertence ao regime jurídico privado jamais pertenceria ao regime público e vice-versa. Norberto Bobbio, ao dispor sobre esta dicotomia histórica, que era comum o argumento de que “aumentando a esfera do público, diminui a do privado, e aumentando a esfera do privado diminui a do público; uma constatação que é geralmente acompanhada e complicada por juízos de valor contrapostos” (1978, p. 14).

Com isso, tem-se o ambiente de permanente tensão axiológica, que opera sob a lógica de exclusão, porque os valores atribuídos ao regime de direito público não podem ser concomitantemente atribuídos ao regime de direito privado. Isso faz com que existam duas concepções diversas que se instauram nas relações sociais a respeito da concorrência destes valores: a do primado do privado sobre o público, e a do primado do público sobre o privado (BOBBIO, 1978, p. 14).

A nossa tradição jurídica tem o direito romano como gênese das normas que regimentam as relações entre indivíduos. O direito público, por outro lado, tem origem muito mais recente, surgido com a formação do Estado moderno (BOBBIO, 1978, p. 21). Neste

contexto, a ideia romana de propriedade privada se exprime como um excelente exemplo do primado do privado sobre o público. Para criar um ambiente favorável ao desenvolvimento do comércio, passou-se a garantir a propriedade como um direito inviolável e livre da injusta interferência de terceiros, inclusive da ingerência do poder soberano. Na idade moderna, o direito de propriedade, a família, os contratos e o testamentos são exemplos do espaço de liberdade de ação dos indivíduos concernentes ao regime privado de suas vidas, simplesmente porque sobre eles não impera nenhuma norma proibitiva por parte do soberano, e, por isso, prevalecem suas deliberações de vontade (BOBBIO, 1978, p. 21). O primado do público sobre o privado, por sua vez, se fundamenta pela “contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até à eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como sobre a irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais” (BOBBIO, 1978, p. 24).

Vê-se que há uma relação de prevalência do direito público ao direito privado, sendo certo que este só se impõe ao primeiro numa relação de precariedade, isto é, quando o próprio soberano, ou o ordenamento jurídico, rogam aos indivíduos o direito exclusivo de agir e deliberar sobre determinados assuntos, garantindo a eles o direito de não interferência. É também neste sentido que, apesar da dicotomia, sempre foi marcante a ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o que justifica a “intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos intraestatais” (BOBBIO, 1978, p. 25).

Atualmente não se concebe tal dicotomia de forma estanque e claramente divisível. Muito das mudanças desse paradigma deveu-se aos elementos aludidos no tópico anterior. Fala-se em “publicização do privado” e em “privatização do público”:

Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social. (BOBBIO, 1978, p. 27)

A respeito dessas mudanças, cristaliza-se a ideia do fim da dicotomia entre o público e o privado, em uma relação que ambos desenvolvem-se e comutam de princípios semelhantes, sejam eles o princípio da função social da propriedade, da função social dos contratos, além do

imperativo da justiça social trazida e posta na Constituição Federal de 1988. Diante disso, observa-se uma mudança da própria configuração do Estado e a relação deste com os particulares, visto que a mudança promoveu a solução de problemáticas de cunho individualista, porém, essas mudanças também provocam outras situações das quais estão postas hodiernamente, compreender até onde o Estado pode deixar de exercer suas prerrogativas e o poder de polícia é a dificuldade contemporânea.

Assim, crê-se que o desenvolvimento social trouxe a cerne do Estado: a conciliação entre os interesses individuais e coletivos, sendo um necessário ao outro para a efetivação de ambos e, também, a exclusão de um em detrimento ao outro seria contraditório, então:

O campo da fusão e articulação dos interesses comuns destes indivíduos é a esfera pública. Tal construção teórica passa, portanto, pela superação dos corpos intermediários de que nos fala Montesquieu, e que tanto preocupava Rousseau. No âmbito da sociedade restaria a pulverização, a atomização de interesses, esforçando-se cada qual individualmente para alcançar seus próprios objetivos. Em comum os indivíduos teriam apenas a necessidade, o interesse ou a imprescindibilidade do convívio social (MARQUES NETO, 2002, p. 115).

Tem-se também, a relação da ponderação dos pressupostos do Estado sobre o particular, como salienta Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 585):

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 téticas ou *raisons d'État* para sobrepor quaisquer interesses, políticas ou ideologias aos *direitos fundamentais*.

Cria-se a necessidade da comunhão de ambos os interesses, os particulares e o Estado buscam a conciliação, a fim de evitar o confronto e, a participação social tornou o Estado republicizado, na qual os cidadãos são parte da consecução e efetividade dos serviços sociais prestados (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 169). Consoante ao entendimento, tem-se que:

Antecipe-se que a emergência destes novos atores coloca em xeque a própria divisão entre as esferas pública e privada. Isso porque, embora construídas à margem do aparato estatal, seu raio de ação, abrangência dos interesses que perseguem e dependência de meios estatais dão a essas organizações um caráter *publicizado* (MARQUES NETO, 2002, p. 122).

Outro aspecto a ser ressaltado é o embate entre o princípio da centralidade da pessoa humana *versus* o princípio da supremacia do interesse público. Diante disso, constata-se que o

fim da dicotomia entre público e privado é um processo que encontra barreiras a serem enfrentadas, uma vez que a autodeterminação do sujeito acaba esbarrando as normas de caráter público. Resumidamente, há o confronto de direitos fundamentais e dos direitos individuais, sendo este um embate histórico entre a liberdade do indivíduo e os interesses coletivos, uma discussão histórica³. Assim, propõe-se a razoabilidade e a ponderação para a resolução dessas problemáticas que venham a surgir, pois, o direito e interesse individual é pressuposto do interesse coletivo, ou seja, do interesse público (DI PIETRO, 2016, p. 48). Contudo, quando aplicado nos casos concretos e individuais, constata-se diversas problemáticas, seja no campo cultural, social, econômico ou político, o Estado tem a prerrogativa do uso da força quando necessário e o indivíduo fica à mercê das mais diversas justificativas do interesse público enunciadas pelo Estado.

Destarte, o interesse público é matéria importante sobre a própria limitação que essa dicotomia possa sofrer. Entende-se que o princípio da “supremacia do interesse público sobre o interesse privado”⁴ é semanticamente claro ao dizer sobre como essa limitação se dará. Pois, em qualquer atividade que há a tutela do Estado (prestação de serviço público) ele sempre se dará em forma do regime público, porque concerne aos interesses públicos, mesmo que este venha a comungar de atividades do regime privado, não deixará, em hipótese alguma, de ser público (MELLO, 2010, p. 73). Em contraponto, o princípio da “legalidade” é a garantia da imposição do interesse público sobre o privado, digamos que o referido princípio é o que garante o campo de atuação objetivamente do Estado, pois na ausência dele, ficaria a cargo do administrador e do jurista a critério subjetivo compreender sobre o *quantum* poderia o Estado intervir na vida do particular, o que parece ser uma demonstração de insegurança jurídica (DI PIETRO, 2016, p. 96).

³ Ao tratar-se sobre a liberdade, têm-se ressaltar o próprio conceito da liberdade no âmbito social, conforme as palavras de Isaiah Berlin (2002, p.232): [...] Tudo é o que é: liberdade é liberdade, não é igualdade, equidade, justiça ou cultura, felicidade humana ou uma consciência tranquila. Se minha liberdade ou a de minha classe ou nação depende da desgraça de outros seres humanos, o sistema que promove tal coisa é injusto e imoral. Mas se restrinjo ou perco minha liberdade para diminuir a vergonha dessa desigualdade, e com isso não aumento materialmente a liberdade individual de outros, ocorre uma perda absoluta de liberdade”.

⁴ Sobre esse conceito, importante alertar sobre a sistematização do próprio interesse público, a fim de evitar a tirania por parte de alguns administradores ou políticos, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 62) dispõe sobre o conceito de Direito Subjetivo Público: “Ao lume do conceito de interesse público apontado como o correto, será evidentemente descabido contestar que os indivíduos têm direito subjetivo à defesa de interesses consagrados em normas expedidas para a instauração de interesses propriamente públicos, naqueles casos em que seu descumprimento pelo Estado acarreta ônus ou gravames suportados individualmente por cada qual. O mesmo dir-se-á em relação às correspondentes hipóteses em que o descumprimento pelo Estado (frequentemente por omissão) de norma de Direito Público desta mesma tipologia não acarreta ônus, mas priva da obtenção de vantagens, de proveitos, que o irrisignado pessoalmente, em sua individualidade, desfrutaria se a norma de Direito Público fosse cumprida”.

Por fim, conclui-se que o fim da dicotomia do público e privado está muito mais ligado a uma crise do Estado em suas tomadas de decisões, seja por não mais representar diversos grupos sociais ou, então, não possuir mais força frente a uma sociedade globalizada. Assim, tem-se também o aspecto inverso, no qual o indivíduo sofre restrições do ordenamento jurídico, uma vez que o Estado não consegue mais abarcar as vontades egoísticas do indivíduo, exemplo este ilustrado entre a autodeterminação do indivíduo e o interesse público. Têm-se muito mais um embate entre o público e o privado, do que a conciliação de ambos. O trabalho visa estabelecer que os pressupostos de cada regime são próprios e por mais que as esferas públicas e privadas tendem a se desfazer, constata-se a incongruências entre ambas e, assim, o Estado afirma o seu caráter e princípio da proteção do interesse público sobre o privado, legado esse que legitima a intervenção do Estado, na qual a referida dicotomia continua acessa dentro de ambos regimes jurídicos, devido a sua incompatibilidade natural axiológica e teleológica.

4. AS CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO INTERESSE PÚBLICO E A NECESSÁRIA SEPARAÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Os contratos administrativos são ilustrados neste trabalho para desenvolver a lógica que por mais que há uma evolução entre as esferas públicas e privadas, ainda resta muito dos preceitos axiológicos e teleológicos embutidos em cada regime jurídico. Pois a supremacia do interesse público, princípio que rege a administração pública possui seu cordão sobre os princípios individuais, então a delimitação é notória e necessária. Afirma-se, portanto, por meio analógico dos contratos administrativos, que o discurso argumentativo do fim da dicotomia público e privado é apenas semântico, pois na prática ainda guardam suas maiores e imprescindíveis delimitações de ambas as áreas, assim, sempre haverá um núcleo duro e fechado tanto para o Regime Jurídico Público e para o Privado.

O contrato de direito privado é instrumento do acordo de vontades destinado a produzir efeitos jurídicos e que está fundado nos preceitos de igualdade entre as partes, autonomia da vontade e força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Esta concepção, que teve seu apogeu durante os movimentos liberais, nos séculos XVIII e XIX, encontrou no pensamento jurídico francês certa resistência na retratação dos acordos celebrados entre Administração Pública e particulares. Uma vez que a Administração Pública se sustenta nos pilares da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e da Indisponibilidade dos Bens e Interesses Públicos, desenvolve-se, no Conselho de Estado francês, a teoria do contrato administrativo, que prevê prerrogativas à Administração Pública nas relações que estabelece com o particular,

sem que sejam sacrificados os interesses pecuniários do contratado (MEDAUER, 2011, p. 2013).

Esta teoria afasta-se da concepção contratual desenhada para as relações privadas, mitigando, ou eliminando, os preceitos marcantes de sua essência. A igualdade entre as partes dá lugar ao reconhecimento de que a Administração, por agir no interesse público, situa-se em grau mais elevado na relação jurídica que possa estabelecer com o particular. Esse interesse público, cujo conceituação depende da maleabilidade da vontade coletiva de uma dada nação num determinado contexto, variável por condições específicas de espaço, tempo e pressão, portanto, tangenciado por uma sensibilidade do que seja o interesse geral da coletividade, impede que a Administração Pública se submeta a relações jurídicas duradouras que contenha cláusulas estanques, sem possibilidade da revisão que alude a concepção tradicional da obrigatoriedade dos contratos. A autonomia da vontade também não está presente no arquétipo das contratações administrativas. O agente público se submete a regras de competência, forma, procedimento e finalidade (CARVALHAES NETO, 2011, p. 28), o que restringe substancialmente sua vontade, ao passo que a vontade do contratado se limita em aderir ou não às condições pré-estabelecidas pela Administração no contrato por ela unilateralmente elaborado.

Daí a identificação, originada no direito francês, da existência de um contrato como categoria própria do direito administrativo, que, embora inspire-se na teoria geral de contratos que regimenta as relações entre particulares, autonomiza-se a partir de fundamentos que justificam o interesse da coletividade, sem, contudo, representar espaços segmentados entre o direito público e o direito privado, que se entrelaçam, como foi até aqui demonstrado e pode ser sintetizado pelo seguinte trecho de José Carlos Cretella Júnior:

Aos poucos, o direito administrativo formula regras próprias, princípios informativos próprios, procurando isolar-se do direito privado, mas os resquícios deste aparecem a todo instante naquele, nos diversos capítulos, demonstrando que os setores se separam, mas se interpenetram, porque nenhum deles, como dissemos, constituiu compartimento isolado (1987, p. 254).

Se é pacífico que não se pode falar em delimitações definidas entre o público e o privado do ponto de vista da dogmática do regime jurídico, numa perspectiva de vista científica, cuja racionalidade impõe um rigorismo da linguagem para a especificação do objeto de estudo, a discussão a respeito dos traços distintivos das categorias contratuais público e privado naturalmente é objeto de divergências. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 293) defende

que o pensamento jurídico, neste aspecto, pode ser dividido em três grandes grupos: (i) os que negam a existência de contrato administrativo; (ii) os que enxergam a natureza administrativa em qualquer contrato celebrado pela Administração; e (iii) que reconhece a existência de contratos administrativos como espécie do gênero contratos, corrente que é adotada pela autora.

Expoente da primeira corrente, a obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello nega a existência dos contratos administrativos como categoria jurídica própria por entender faltar neles a condição da liberdade de contratação para se estabelecer a relação jurídica, bem como pela presença da autoridade administrativa, que traduz a concessão de prerrogativas exclusivas à Administração na relação jurídica e que exorbitam as regras comuns do direito civil, o que, para o autor, nega o que considera as duas características fundamentais dos contratos (MELLO, 2007, p. 684). Para o autor, a presença de cláusulas que garantem prerrogativas à Administração não é argumento suficiente para categorizar a relação jurídica como espécie contratual própria, porque reconhece na relação um mútuo acordo de vontades a respeito destas cláusulas, de modo que elas poderiam ser pactuadas numa relação sob a égide da autonomia privada. Identifica, portanto, que os juristas franceses apenas consideram tais relações como contratos administrativos “com objetivo exclusivo de sujeitar as demandas, que suscitam, aos Tribunais Administrativos. Por conseguinte, sem alcance essa diferenciação nos países em que inexistesse esse contencioso especial” (MELLO, 2007, p. 686).

Augustín Gordillo, por outro lado, observa a presença do regime jurídico de direito público em todos os contratos celebrados pela Administração. Mesmo naqueles contratos em que há maior incidência de normas de direito privado, em maior ou menor grau sempre haverá norma de direito público que orienta questões de competência, forma, procedimento e finalidade, podendo categorizar todos eles, neste aspecto, como contratos administrativos:

En suma, los contratos que celebra la administración tienen todo un régimen en parte de derecho público, pero que no es uniforme; todos pueden ser denominados “contratos administrativos,” pero no tienen igual régimen jurídico entre sí, pues existen gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público⁵ (2003, p. XI-35).

Justamente por conta disto, o autor propõe que da espécie “contratos administrativos” decorrem três subespécies, classificadas a partir da maior ou menor incidência dos regimes de direito público ou privado:

⁵ Tradução livre: “Em suma, os contratos firmados pela administração têm todo um regime de parte do direito público, mas que não é uniforme; Todos podem ser chamados de “contratos administrativos”, mas não possuem o mesmo regime jurídico entre si, pois há gradações quanto à intensidade do regime de direito público.”

Dentro de esa zona cubierta por los contratos administrativos corresponde ubicar como más próximos al derecho administrativo clásico de fines del siglo pasado y comienzos del presente, a las concesiones y licencias de servicios públicos en condiciones monopólicas o de exclusividad, al contrato de empréstito público interno y, en menor medida, a la concesión de obra pública. Se trata de la aplicación más intensa del derecho público.

Un segundo grupo se integra con el contrato de función pública, la concesión y el permiso de uso del dominio público y privado del estado; en menor grado, los contratos de suministros y obra pública.

Más cerca del derecho privado encontramos al contrato de compraventa de inmuebles, al de locación y luego a los demás contratos: Cesión, permuta, donación, préstamo, etc. que, bueno es reiterarlo, no se mantienen siempre con sus típicos caracteres civilistas, pero tampoco da una licencia para el abuso y la arbitrariedad administrativas.⁶ (GORDILLO, 2003, p. XI- 35-36).

A terceira corrente, adotada pela ampla maioria dos administrativistas, defende que o contrato administrativo, ao lado dos contratos de direito regidos por normas de direito privado, é espécie do gênero contratos. Há, portanto, uma categoria para as relações que a Administração Pública estabelece com os particulares partindo do critério da predominância de normas de direito privado e outra categoria em que a predominância é da normativa de direito público. Nos primeiros, a administração pública “se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade” (DI PIETRO, 2016, p. 293), ao passo que, pela prevalência de normas de direito público, a administração pública exerce “poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço verticalidade” (DI PIETRO, 2016, p. 293). A estas duas espécies de contratos celebrados pelo Poder Público, a doutrina designa o nome de contratos da Administração (DI PIETRO, 2016, p. 293), segundo um único “módulo contratual”:

Na verdade, tanto os contratos administrativos clássicos como os novos tipos contratuais incluem-se numa figura contratual, num *módulo contratual*. Tal afirmação pode ser feita se for deixada de lado a concepção restrita de contrato, vigente no século XIX, centrada na autonomia da vontade, na igualdade absoluta entre as partes e na imutabilidade da vontade inicial destas. Se for retomada a ideia básica de contrato, predominante na Grécia clássica e no direito romano mais antigo, centrada no “intercâmbio de bens e prestações”, regido pelo direito, pode-se cogitar de um módulo contratual

⁶Tradução livre: “Nessa área coberta por contratos administrativos, é necessário colocar as concessões e licenças de serviços públicos em condições de monopólio ou exclusividade o mais próximo do direito administrativo clássico do final do século passado e do início do presente, ao contrato de empréstito público interno e, em menor grau, à concessão de obras públicas. É a aplicação mais intensa do direito público. Um segundo grupo é integrado ao contrato de função pública, à concessão e à permissão para usar o domínio público e privado do estado; em menor grau, contratos de suprimentos e obras públicas. Mais perto do direito privado, encontramos o contrato de venda de imóveis, o arrendamento e outros contratos: cessão, troca, doação, empréstimo, etc. o que, é bom reiterar, nem sempre permanece com seu caráter civilista típico, mas também não dá uma licença para abuso administrativo e arbitrariedade.”

formado por vários tipos de contrato, com regimes jurídicos diversos (MEDAUER, 2011, p. 214).

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 294), dentro desta terceira corrente emergem-se distintas justificativas para a defesa da natureza jurídica contratual destas relações jurídicas entre Administração e administrados em que há predominância do direito público. Há quem defenda, dum ponto de vista subjetivo, que o contrato administrativo se justifica quando a atuação da Administração se dá por meio do poder de império, isto é, pelo exercício de suas prerrogativas inerentes e exclusivas. Por outro lado, outros entendem que o contrato administrativo se releva pela natureza de seu objeto, se pública ou privada. De forma simplista, há quem defenda que o contrato administrativo se verifica pela presença da finalidade pública, o que é muito questionado, pois não se admite que Administração pratique qualquer ato esvaído de fim público. Uma quarta acepção desta terceira corrente encontra o procedimento como o traço distintivo dos contratos administrativos, o que também é questionado, pois em maior ou menor incidência sempre se utiliza do procedimento público nas contratações da Administração. Por fim, a esmagadora maioria da doutrina constata nos contratos administrativos um traço distintivo fundamental: a presença de cláusulas exorbitantes que derogam normas de Direito Privado, como saliente Hely Lopes Meirelles:

Não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público, que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como *pressupostos necessários* de toda atuação administrativa. É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo (2016, p. 240).

Em sentido idêntico, Diógenes Gasparini:

As avencas disciplinadas pelo Direito Administrativo são denominadas contratos administrativos e desses são exemplos os regulados pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. São contratos administrativos porque são assim denominados e regulados por esse diploma legal e porque se valem de cláusulas exorbitantes, requisitos caracterizadores desses ajustes, consoante a melhor doutrina (2011, p. 771).

Odete Medauer explica que o vocábulo “cláusulas exorbitantes” decorre das chamadas “cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum”, exatamente a medida utilizada pelos

juristas franceses para diferenciar os contratos administrativos dos contratos firmados por particulares e regidos pelo direito civil:

Os aspectos que fugiam daquela teoria foram então denominados *cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum*. Nessa expressão, direito comum significava sobretudo o direito civil; o termo “derrogatórias” expressava que tais cláusulas aboliam ou deixavam de lado preceitos vigentes para o contrato privado; o vocábulo “exorbitantes” significava que excediam ou se desviavam do direito privado. Com o tempo a expressão foi reduzida para “cláusulas exorbitantes” e se consagrou como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico (MEDAUER, 2011, p. 219).

Conforme Diogo de Figueira Moreira Neto (2008, p. 572), o Direito Administrativo tem seu nascimento com o absolutismo, o que lhe designou característica da imperatividade e um forte sentido de assimetria entre a Administração e os particulares. Essa assimetria é que justifica certas prerrogativas que colocam a Administração em situação privilegial. No Estado contemporâneo, no entanto, a assimetria não se justifica mais por este fundamento, mas sob sua republicização.

Neste sentido, as cláusulas exorbitantes, embora impliquem na ampliação do centro de competências da Administração Pública, de modo que o seu exercício não exige que estejam explicitadas no contrato, porque decorrem de lei, razão pela qual Diógenes Gasparini identifica verdadeiros “deveres-poderes” da Administração no exercício das chamadas cláusulas exorbitantes (2011, p. 772).

Esta distinção é fundamental para se perceber que a presença das cláusulas exorbitantes implicam no reconhecimento do interesse público que é inerente à Administração em qualquer ato administrativo, inclusive os bilaterais, ora designados como contratos, independentemente da predominância deste ou daquele regime jurídico nas regras que os compõe:

Por isso, deve ser aceita com reservas a afirmação de que no contrato administrativo a posição entre as partes é de verticalidade (o que é verdadeiro) e, no contrato privado celebrado pela Administração, a posição das partes é de horizontalidade, o que não é inteiramente verdadeiro, quer pela submissão do Poder Público a restrições inexistentes no direito comum, quer pela possibilidade de lhe serem conferidas determinadas prerrogativas, por meio de cláusulas exorbitantes expressamente previstas (DI PIETRO, 2016, p. 299).

Por isso, por mais que a contemporaneamente as relações sociais rompem com a tradicional dicotomia entre o público e privado, nos negócios jurídicos públicos é forçoso reconhecer que a Administração Pública, mesmo quando contrata sob regras

predominantemente de direito privado, mantém em voga o caráter público, jamais se estabelecendo em nível hierárquico equivalente ao do particular

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se concebe, atualmente, a dicotomia entre os âmbitos público e privado do Direito. É claro que essa proposição foi e é demasiadamente relevante, principalmente porque possui uma grande importância histórica. Isto porque a ciência do direito, ao separar o discurso do objeto, formula-se pela apresentação de proposições com ideais de verdade, mas essa técnica também pressupõe um movimento, que se insere no âmbito social e é influenciado pelo seu contexto. Esta construção científica, que segmentava de forma estanque o direito público e o direito privado, perdeu força quando os Estados passaram a assumir um papel regulador e redistributivo, e as instituições privadas, por sua vez, transformaram-se para agir conforme a mudança de interesses e ideais dos cidadãos. Demonstrou-se, por exemplo, que a Constituição Federal de 1988 positivou institutos como o princípio da função social da propriedade e da função social dos contratos, mecanismos que publicizam relações privadas e originalmente livres de influência estatal.

Por outro lado, também em relação ao direito público, de gênese imperial, verifica-se a crescente diluição de sua autonomização, como ocorreu com a citada Emenda Constitucional n.º 19 de 1998, que conduziu a administração pública burocrática para uma administração gerencial a partir da utilização de mecanismos de racionalidade do direito privado.

Há, portanto, uma dialética transformadora, que conduz ao imbricamento entre os pensamentos publicista e privatista da ciência jurídica.

Em relação ao tema, isto é, os negócios jurídicos realizados pela administração pública, diante da proposta de verificar as condições de possibilidade aproximação e de afastamento entre os regimes de direito público e privado nesta seara, a pesquisa bibliográfica não dá margem para outra conclusão senão de que há um limite, uma barreira muito definida, entre os regimes, a permitir vivenciar ainda hoje a máxima da Supremacia do Interesse Público em relação ao interesse privado. Fala-se das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, verdadeiras prerrogativas exclusivas do Estado em relação ao contratante particular.

Embora não mais se admita uma separação segmentária do Direito, o que significa a superação do formalismo jurídico, e embora se reconheça que há uma aproximação científica dos ramos públicos e privados, deve-se por dúvidas à percepção que tem no Direito um sistema

de unicidade racional, meramente antiformalista. O fato de não se conceber cada um dos regimes jurídicos com conteúdo próprio e exclusivo, isto é, embora haja traços comuns entre eles, não exclui serem suas finalidades distintas. As cláusulas exorbitantes, enquanto característica própria dos negócios jurídicos da administração pública, identificam a teologia da tutela Estatal: o interesse público, muito mais marcante e profundo que o presente nos negócios jurídicos privados. Por isso o direito é muito mais complexo e não se resolve em constatações dicotômicas, tampouco por pretensões universalistas. É um sistema uno, mas que possui uma pluralidade de racionalidades, orientadas por distintas finalidades, que apresentam traços comuns, divergências e contradições.

REFERÊNCIAS

BERLIN, I. **Dois conceitos de liberdade**. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.) *Isaiah Berlin: Estudos sobre a Humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: por uma teoria geral política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995

BRESSER-PEREIRA, Luiz C. **Construindo o Estado Republicano**: *democracia e reforma da gestão pública*; tradução: Maria Cristina Godoy. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

FERRI, Luigi. **La Autonomía Privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Editorial Comares: Granada. 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, tomo 1: parte general. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses**

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**, Vol. 1: introdução. 3. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

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

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos. Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro Renovar, 2 ed, 2006

PONDÉ, Lafayette. **A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 63, p. 17, jan./mar. 1961.
Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.

STIGLITZ, Rubén S. **Autonomía de la voluntad y revisión del contrato**. Ediciones DePalma: Bueno Aires. 1992.