

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
NÚCLEO DE MONOGRAFIAS

**DA INVOCAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA RESCISÃO UNILATERAL DO
CONTRATO ADMINISTRATIVO**

CURITIBA

2007

PEDRO HENRIQUE FORTES ROCHA

**DA INVOCAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA RESCISÃO UNILATERAL DO
CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Monografia a ser apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2007

TERMO DE APROVAÇÃO

PEDRO HENRIQUE FORTES ROCHA

DA INVOCAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Professor Romeu Felipe Bacellar Filho
(Departamento de Direito Público)

Professora Ângela Cassia Costaldello

Professora Adriana da Costa Ricardo Schier

Curitiba, 07 de novembro de 2007.

Aos meus amigos, extensão perpétua de minha família, a quem eu desejo o mais feliz futuro.

À minha linda mãe, a mais maravilhosa de todas as mulheres, de quem orgulhosamente sou filho.

Ao meu esplêndido pai, eterno melhor amigo, a quem admiro e amo tanto.

Ao professor Romeu F. Bacellar Filho, pelos conhecimentos passados e pelo exemplo positivo transmitido em cada minuto de convivência.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DESENVOLVIMENTO DA TEMÁTICA	9
2.1 DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO.....	9
2.1.1 Aspectos Gerais.....	9
2.1.2 Princípios Constitucionais do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito.....	13
2.1.3 Poderes da Administração Pública.....	22
2.1.4 Interpretação no Direito Administrativo.....	27
2.2 DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	30
2.2.1 Aspectos Gerais.....	30
2.2.2 Conceito.....	32
2.2.3 Características Fundamentais do Regime Jurídico dos Contratos Administrativos.....	34
2.2.3.1 Das Cláusulas Exorbitantes.....	34
2.2.3.2 Dos Direitos Gerais do Contratante Face às Prerrogativas Especiais....	35
2.2.4 Hipóteses de Rescisão do Contrato Administrativo.....	40
2.2.5 A Rescisão e os Princípios Processuais Constitucionais.....	41
2.3 DO INTERESSE PÚBLICO.....	43
2.3.1 O Interesse Público e a Razão de Ser do Direito Administrativo.....	43
2.3.2 Conceituação e Divergência Doutrinária.....	44
2.3.3 Controle da Arbitrariedade Face aos Conceitos Jurídicos Indeterminados	49
3 CONCLUSÃO	53
4 REFERÊNCIAS	55

RESUMO

Este trabalho monográfico tem por objeto uma das mais importantes prerrogativas da Administração Pública: a invocação do interesse público para rescisão unilateral do contrato administrativo. Para compreendê-la, é fundamental visualizar diversos aspectos do regime jurídico administrativo (e dos contratos, mais especificamente). Além disso, outro ponto relevante é a necessidade de a rescisão ser precedida de processo administrativo, garantindo, assim, a sua adequação às imposições de um Estado Democrático de Direito. Com efeito, se há necessidade de disponibilizar meios para que o administrador se desfaça de avenças prejudiciais à coletividade, também não se pode esquecer dos direitos do particular contratante. E essa proteção é preocupação central nesta monografia, razão pela qual o enfoque se fixa, direta ou indiretamente, no controle da arbitrariedade na Administração Pública. Sendo assim, é imprescindível buscar a dimensão do conceito de interesse público e o modo como ocorre o seu controle, visto que a constituição de óbices ao uso indevido do termo “interesse público” é fundamental garantia aos direitos do cidadão. Isso porque este conceito jurídico indeterminado, se mal utilizado, é capaz de justificar verdadeiros barbarismos.

Palavras-Chaves: Interesse público – conceitos jurídicos indeterminados - contratos administrativos – rescisão unilateral - direitos fundamentais.

DA INVOCAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

1 INTRODUÇÃO

Toda e qualquer discussão sobre temas de Direito Administrativo perpassa, direta ou indiretamente, o conceito de interesse público, podendo este ser considerado, ao mesmo tempo, o fundamento e o limite da potestade administrativa¹.

Dessa maneira, é inegável que o “interesse público” ocupa papel central na caracterização do regime jurídico de Direito Público, o que se torna ainda mais evidente em decorrência de sua condição de indisponibilidade e de supremacia face aos interesses privados.

Além disso, a construção de um Direito Administrativo mais democrático depende, em muito, da maneira como entendemos a noção de interesse público e do modo como se controla a sua invocação por parte do administrador.

Deixe-se claro, entretanto, que o presente trabalho não pretende partir de possíveis desvirtuamentos do conceito de interesse público para defender uma completa submissão da atividade administrativa ao controle do Poder Judiciário. Muito pelo contrário: pretender-se-á apenas tornar mais claras as implicações jurídicas que possui esse relevante conceito. Neste caminho, será explorada, inclusive, a sua condição de supremacia. E não se o fará para lhe subtrair importância, mas simplesmente para raciocinarmos se, de fato, interesse público e interesse privado seriam sempre coisas diferentes.

E o trajeto escolhido para analisar o tema parte de uma das prerrogativas exorbitantes da Administração Pública: a rescisão unilateral do contrato administrativo (por razão de interesse público).

¹SALOMONI, Jorge L, BACELLAR FILHO, Romeu F., SESIN, Domingo J. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 23.

Com isso, obriga-se não apenas a estudar o conceito de interesse público (por ser esta causa direta da rescisão), mas também a maneira como são tratados os direitos dos contratantes que têm seu contrato rescindido.

Passa-se, assim, pelos princípios constitucionais relacionados ao Direito Administrativo e pelos Poderes da Administração Pública. Se aqueles constituem fundamento maior deste ramo da ciência jurídica, estes decorrem diretamente da hierarquia do interesse público. Ademais, será analisada a hermenêutica do Direito Administrativo, pois é sobre ela que o estudioso se debruçará para aclarar os problemas que exigirem a sua compreensão.

Mais adiante, no capítulo destinado especificamente aos contratos administrativos, inicia-se por abordar o seu conceito e alguns aspectos gerais. Vistos esses pontos, passa-se àquilo que notadamente concede peculiaridade aos contratos administrativos: as cláusulas exorbitantes. Fundamentadas na supremacia do interesse público, tais cláusulas demonstram claramente a posição de superioridade do Poder Público em face dos particulares. Dentre elas, destaca-se a competência de rescindir unilateralmente o contrato pela invocação do interesse público. Aqui, percebe-se que aquele conceito se estende a partes várias deste trabalho, pois o mesmo interesse público que, quando invocado pelo administrador, justifica a rescisão, destina à Administração, como consequência de sua supremacia, os poderes exorbitantes dos quais a rescisão unilateral é espécie.

Todavia, importante ratificar que, quando da análise da rescisão do contrato administrativo, não se perderá de vista a proteção aos direitos dos particulares contratantes, tampouco as garantias (materiais ou processuais) que a ordem jurídica lhes concede.

Finalmente, será dado enfoque direto ao conceito de interesse público. De início, será lembrada, ainda que de modo geral, a sua extensão no Direito Administrativo. E isso não com o objetivo de expor todas as implicações da noção de interesse público no Direito brasileiro, obviamente, mas para, uma vez mais, reafirmar sua elevada relevância. Ademais, aduzir-se-á acerca da divergência doutrinária relacionada à sua conceituação.

Por fim, imprescindível averiguar de modo mais acurado os conceitos jurídicos indeterminados, visto que, dentre eles, encontra-se o interesse público. Outrossim, será examinada a forma de controle à utilização dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração, bem como sua diferença com relação à fiscalização aplicável aos atos emanados do Poder Discricionário.

2 DESENVOLVIMENTO DA TEMÁTICA

2.1 DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

2.1.1 Aspectos Gerais

Como qualquer outro ramo da ciência jurídica, o direito administrativo é dotado de um conjunto de regras e princípios que lhe dão peculiaridade², norteando o desenvolvimento da atividade administrativa do Estado. Trata-se do regime jurídico administrativo, que confere unidade, coerência e autonomia científica ao ramo da ciência jurídica conhecido como “Direito Administrativo”. Sua importância é inegável, especialmente em virtude do foco ao qual se volta a atuação do Administrador: o bem público³.

Como lembra Romeu Felipe BACELLAR FILHO⁴, compreende-se o regime jurídico administrativo como um sistema que, como tal, teria seus elementos conectados a um “elemento central”, no caso, o conjunto de “prerrogativas e sujeições que condicionam o Poder Público no exercício de suas funções⁵”.

Assim, é evidente a importância que tais prerrogativas possuem no papel de diferenciar as relações de direito administrativo daquelas abarcadas pelas disposições normativas de direito privado. Em especial, porque elas possibilitam à Administração Pública uma posição de superioridade face às pessoas com quem ela mantém relações, impondo a sobreposição dos interesses públicos sobre os interesses particulares.

² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37 e ss.

³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37 e ss.

⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37 e ss.

⁵ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 42.

A justificativa para que isso ocorra advém do fato de que, ao contrário do que acontece no Direito Privado (em que as partes almejam a satisfação de seus anseios de cunho egoístico), no Direito Administrativo cabe ao Poder Público o dever de alcançar o bem comum e de efetivar os direitos fundamentais⁶. É só em função desse dever, e nos limites dele, que o Administrador deverá exercer sua posição hierarquicamente superior aos demais, sob pena de incorrer em abuso ou excesso de poder.

Exemplos de prerrogativas especiais não faltam. Cite-se, a título elucidativo, a presunção de veracidade dos atos administrativos, o poder de auto-executoriedade da Administração Pública, ou mesmo a possibilidade que ela possui de rescindir unilateralmente um determinado contrato administrativo.

Apesar disso, há também uma série de sujeições tendentes a limitar a liberdade de atuação do administrador. Com efeito, impõe-se-lhe a obrigação de respeitar não apenas os fins a que se destina o Direito Administrativo, mas também os princípios jurídicos atinentes à matéria, como, *v.g.*, o da legalidade, o da moralidade e o da razoabilidade.

Logo, corroboram-se os contornos sobre os quais é estabelecido o regime jurídico administrativo. Como ensina BACELLAR, ele será composto pelos princípios que possibilitarão a realização da função administrativa. Conforme Marçal JUSTEN FILHO, tal função nada mais é do que:

o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional⁷.

Aquele que desempenha determinada “função” não age apenas em privilégio próprio. Diferentemente de um mero “direito subjetivo”, a “função” se direciona à satisfação de interesses que transcendem a órbita individual e se

⁶ Sobre a realização dos direitos fundamentais como fim do Direito Administrativo, ver Marçal Justen Filho. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.)

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 30.

estabelecem em favor de terceiros. Logo, não se trata de um mero “poder” do Administrador, razão pela qual muitos autores a classificam como um “poder-dever”. Celso Antônio Bandeira de MELLO vai além, chamando-a “dever-poder”, em clara intenção de realçar o aspecto teleológico da função administrativa⁸. Pergunte-se então o que isso significa, e chegar-se-á a uma resposta evidente: se ao Estado são dados poderes especiais (a serem respeitados pelos demais) para que atenda à sua finalidade, também são impostas obrigações para que o faça de acordo com certos princípios e determinados fins. Nas palavras de Marçal, “a função é um poder instrumentalizado como meio de realizar interesses transcendentais e indisponíveis para o titular”, visto que é um encargo através do qual se realiza direito que ultrapassa a sua esfera individual⁹.

E ocupando posição central entre os princípios norteadores da função administrativa (e do seu regime jurídico) estão a “indisponibilidade do interesse público” e a “supremacia dos interesses públicos sobre os particulares”.

O primeiro deles esclarece a obrigatoriedade de o administrador atender ao fim público, pelo fato de que os direitos dos quais está encarregado não lhe pertencem (e sim a toda a coletividade). Ora, é dotada de marcante obviedade a conclusão de que nenhum sujeito pode se desfazer de um direito que não possui.

O segundo princípio supramencionado aduz acerca da primazia que se dará aos interesses públicos quando em colisão com os interesses individuais. A justificativa pode ser compreendida como decorrência da atual noção de “Estado”, que não mais o põe como um mero instrumento que visa a garantir que os interesses particulares sejam preservados. Tem-se, hodiernamente, bastante clara a necessidade de que haja interferência nos interesses particulares, como meio de proteger e potencializar a proteção ao interesse público.

Entretanto, falar em “supremacia” do interesse público sobre o particular pressupõe que os tratemos como coisas diferentes. Logicamente, “a” só pode se sobrepor a “b” se estes forem distintos e não puderem ser tomados como

⁸ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 62.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-52.

equivalentes. Conseqüentemente, a análise a ser efetuada no último capítulo deste trabalho, em que se tentará elucidar mais claramente o conceito de interesse público, terá conseqüências importantes na afirmação acerca da “supremacia do interesse público”. Mormente porque é esta supremacia que justifica, direta ou indiretamente, a rescisão unilateral do contrato administrativo. Acrescenta Gustavo BINENBOJM:

(...) se existente o referido princípio, não seria possível considerar inconstitucional uma lei que privilegiasse os interesses coletivos e estatais (interesse público), em detrimento de interesses privados. Tal princípio legitimaria toda e qualquer outorga de vantagens à Administração, prescindindo de qualquer análise a respeito de sua razoabilidade e proporcionalidade. Em síntese: a idéia de supremacia como norma jurídica não se coaduna com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, que preconizam a cedência recíproca entre interesses em conflito¹⁰.

O autor acrescenta que a aplicação gradual dos princípios, decorrente de seu caráter abstrato, é incompatível com a regra absoluta de prevalência. Para ele, não há como conceber um princípio que, abstraindo-se da análise do caso concreto, concede de imediato a primazia ao interesse público, “fechando as portas” aos interesses privados envolvidos. Por isso mesmo é que se deve compreender, fundamentalmente, o que é o interesse público e em que medida se dá o controle judicial de sua aplicação, inclusive como forma de saber se a sua prevalência irá, de fato, significar desconsideração do interesse privado.

Além disso, não se pode esquecer que o legislador deixou claro o papel determinante do princípio da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico, mencionando-o no artigo primeiro (inciso III) da Lei Maior, como fundamento da República Federativa do Brasil. Segue adminículo de Ana Paula de BARCELLOS:

o constituinte, além de fixar a dignidade como princípio central do Estado, juridicizando o valor humanista, disciplinou a matéria ao longo do texto através de um conjunto de outros princípios, subprincípios e

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 93-94.

regras, que procuram concretizá-lo e explicitar os efeitos que dele devem ser extraídos¹¹.

Sendo assim, é a partir de uma análise constitucional que se procurará entender não apenas o regime jurídico de direito administrativo, como o regime jurídico peculiar aos contratos administrativos e a extensão da noção de interesse público.

2.1.2. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito

Não há dúvidas de que àquele que desejar compreender determinado sistema cabe a inafastável tarefa de conhecer os princípios que o regem. E não é diferente no que se refere ao Direito Administrativo.

Todavia, não há uma lista “*numerus clausus*” de princípios administrativos, razão que, somada às diferentes posições doutrinárias existentes, torna difícil uma abordagem do arcabouço principiológico do Direito Administrativo que não se sujeite a críticas.

São vários os entendimentos encontrados na Doutrina. Entretanto, Mateus Eduardo SIQUEIRA e Nunes BERTONCINI sistematizam essa divergência doutrinária, referindo-se a quatro posições diferentes.

Assim, parte dos doutrinadores considera os princípios apresentados no artigo 37 da Constituição Federal como os princípios fundamentais do Direito Administrativo. Outros preferem se ater aos princípios gerais do Direito, de Direito Público e de Direito Administrativo (todos de natureza doutrinária). Alguns estudiosos mesclaram as duas visões anteriores, acrescentando aos princípios expressamente mencionados constitucionalmente aqueles de cunho doutrinário. Por fim, há quem distinga os princípios da ciência autônoma denominada “Direito

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.28.

Administrativo” dos princípios aplicados a determinado regime jurídico-administrativo¹².

Como se nota, não há ainda uma notória sistematização principiológica capaz de fazer ecoar em uníssono a doutrina administrativista.

Outrossim, percebe-se que é grande a quantidade de princípios (subdivididos em diferentes espécies¹³) passíveis de serem aplicados a determinada atividade administrativa. Entretanto, todos os princípios setoriais do Direito Administrativo decorrem, direta ou indiretamente, dos arrolados constitucionalmente, em decorrência da hierarquia normativa inerente ao ordenamento jurídico.

Além dos princípios expressamente expostos na Constituição Federal, e daqueles enumerados em normas infraconstitucionais com eles compatíveis, há outros que são igualmente aplicáveis à Administração Pública. É inegável, por exemplo, que se a ela se aplicam os princípios científicos gerais e os princípios relativos ao direito brasileiro, como um todo.

Certa dúvida poderia ocorrer com relação ao emprego dos princípios gerais do Direito, não mencionados em texto normativo escrito. Contudo, o fato de não estarem positivados não lhes retira o caráter de “normas jurídicas”, não havendo razão para que sejam separados dos princípios positivados. Nesse sentido, esclarece Norberto BOBBIO:

se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores e estrelas.

¹² SIQUEIRA, Mateus Eduardo e BERTONCINI Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.14.

¹³ Aqui se adota a classificação de José Cretella Jr., que classifica os princípios, conforme a sua abrangência, em “onivalentes”, “plurivalentes”, “monovalentes” e “setoriais”. Os onivalentes são válidos para as ciências de um modo geral, possuindo validade integral e universal. Os plurivalentes possuem um raio de aplicabilidade inferior àqueles, podendo ser aplicados somente a determinado grupo de ciências. Por princípio monovalente, entende-se aquele que abrange unicamente uma determinada ciência. Por fim, os princípios setoriais, como o próprio nome indica, dizem respeito a um específico “setor” de uma dada ciência, como é o caso dos princípios relativos ao Direito Administrativo, por exemplo. (CRETILLA JR, José. *Filosofia do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.45-62.).

Prossegue o autor italiano, acrescentando que:

a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas¹⁴?

Apresentados alguns aspectos gerais dos princípios de Direito Administrativo, e levando em consideração o objeto deste trabalho, atenhamo-nos aos seus princípios constitucionais. A razão decorre do fato de que, ocupando o degrau mais elevado da pirâmide normativa, a Constituição submete todo o restante do ordenamento jurídico aos preceitos e aos valores por ela abarcados. Não é à toa que se a chama de “Lei Maior”, pois é nela que buscarão fundamento todas as normas infraconstitucionais, o que inclui, por óbvio, as normas de Direito Administrativo.

Desse modo, para que se compreenda melhor o conjunto de princípios e regras reguladores da atividade administrativa estatal, é essencial a busca pelos dispositivos constitucionais (com destaque especial aos princípios) a que ela se submete. Como assevera Marçal JUSTEN FILHO:

conhecer o regime administrativo significa [...] dominar as soluções consagradas constitucionalmente, especialmente no tocante aos princípios – na medida em que as regras serão desenvolvidas preponderantemente por via infraconstitucional¹⁵.

E ao ser promulgada, em 1988, a Constituição Federal vigente veio trazer importante mudança na regulamentação da Administração Pública. Se cartas anteriores já regulavam o tema, foi ela a primeira a apresentar um capítulo específico intitulado “Da Administração Pública”. E, ao fazê-lo, trouxe também os princípios a serem respeitados pela Administração, direta ou indireta, de todos os poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Vale

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Unb. 1999. p. 158-159.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55-56.

corroborar que, como já transcrito, desses princípios decorrem vários outros. Portanto, não está o intérprete diante de um número fechado.

Inicialmente, havia os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A eles se somou, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, o princípio da eficiência. Impostergável, então, uma análise um pouco mais meticulosa desses princípios administrativos constitucionais:

a) Princípio da Legalidade: protegido constitucionalmente, tal princípio, nuclear do Estado de Direito, estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de disposição legal. Impõe não apenas que à Administração é defeso atuar em contrariedade com a lei, como também que o administrador só poderá agir conforme autorização legal. Compreende tanto a legalidade em sentido estrito (conformidade com a lei), quanto a legalidade em sentido amplo (adequação ao direito todo)¹⁶. Nas palavras de Seabra Fagundes, administrar é “aplicar a lei, de ofício¹⁷”.

Como se nota na leitura do artigo 2º da Lei 9784/99, a atuação administrativa ocorrerá “conforme a lei e o Direito”. Com efeito, mencionar que é obrigatório obedecer à legalidade significa dizer que deverão ser respeitados não apenas os princípios administrativo-constitucionais, como também as normas decorrentes do poder regulamentar da Administração Pública.

Celso MELLO considera que outros princípios decorrem do princípio da legalidade, quais sejam: da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade e da ampla responsabilidade do Estado. Como os dois primeiros serão abordados mais adiante, faz-se mister uma breve análise dos restantes.

Na definição de Luis Roberto BARROSO, “o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão

¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 44.

¹⁷ FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 4-5.

informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça¹⁸”. Esse princípio deixa ainda mais claro que, mesmo que a norma tenha concedido ao administrador determinada margem de discricionariedade para optar entre certas possibilidades, não se lhe faculta agir de maneira ilógica e pouco razoável.

Além disso, sabe-se que quando a lei outorgou determinado conjunto de competências, fê-lo a fim de que fossem atingidos determinados fins. E o atendimento a esses fins deve ser feito através da proporcional utilização dos meios disponíveis, sendo vedados os atos que excedam (em intensidade ou em extensão) o necessário para a consecução do objetivo buscado. Tal imposição é feita pelo princípio da proporcionalidade.

Por fim, temos o princípio da ampla responsabilidade do Estado, que visa a proteger os interesses dos particulares que se vêem lesados patrimonialmente por algum ato administrativo realizado em benefício da coletividade. A Constituição Federal trata da matéria no seu artigo 37 § 6º, deixando claro que o Estado pode responder por danos decorrentes tanto de atos ilícitos quanto de atos lícitos. Embora não tenha condições de obstaculizar a atuação administrativa (que obedeça às determinações legais), pode o particular exigir a indenização. É uma forma de não permitir que o ônus recaia apenas sobre determinada ou determinadas pessoas. Logo, mesmo que opte por rescindir unilateralmente o contrato administrativo por razões de interesse público, deverá o administrador garantir que o contratante seja devidamente indenizado.

b) Princípio da Impessoalidade: objetiva, primeiramente, impedir que a atividade administrativa se volte a determinados interesses particulares e não ao seu fim precípua: o bem público. Deste modo, o destinatário da atividade administrativa deve ser entendido como a coletividade (em sua totalidade). Logo, busca-se evitar qualquer foco na mera satisfação de interesses individuais, preservando-se o respeito ao princípio da isonomia.

¹⁸ BARROSO Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 215.

José Afonso da Silva descreve a impessoalidade mediante diferente perspectiva. Aduz o autor que tal princípio impõe que os atos administrativos praticados por determinado funcionário não serão a ele imputados, e sim à entidade administrativa em função da qual atua¹⁹.

Por outro lado, Hely Lopes MEIRELLES defende que o princípio da impessoalidade, presente no texto constitucional de 1988, nada mais é do que o velho “princípio da finalidade”. Assim sendo, refere-se à necessária observância, por parte do administrador, da finalidade legal do ato, que é imposta pela norma jurídica, e de forma impessoal. Sob essa perspectiva, o ato administrativo não vinculado ao fim essencial de toda a atividade administrativa, qual seja, a satisfação do interesse público, estará sujeito à invalidade por desvio de finalidade.

c) Princípio da Publicidade: aparece delineado constitucionalmente não apenas no artigo 37, em que é explicitamente mencionado, mas também no art. 5º, incisos XXXIII e LX. Também está inscrito no art. 4º da Lei 8.429/92 e no art. 4º da Lei 8.666/93. É uma ferramenta através da qual os interessados diretos, e o povo em geral, podem tomar conhecimento dos atos praticados pela Administração e controlá-los através dos meios constitucionalmente ofertados para tanto (como, v.g. o mandado de segurança e a ação popular)²⁰.

Seu objetivo é dar mais transparência à atuação da atividade administrativa, garantindo aos administrados uma maior ciência acerca do modo como ela se desenvolve. Como assevera o § 1º do art. 37, tal publicidade deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo proibida a sua utilização para fins de promoção pessoal. Com efeito, ele atua em consonância com o princípio da impessoalidade quando veda a chamada “personalização oblíqua”, que se dá nas situações em que, em meio à propaganda (de programas, obras ou outro fim lícito), utiliza-se de nomes, figuras ou quaisquer outros

¹⁹ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 667.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.92.

elementos que evidenciem a promoção de funcionário ou agente da Administração Pública.

Decorrencia desse princípio é a necessidade de prestação de contas que obriga órgãos públicos e privados que se ocupem da gestão de recursos públicos. Isso porque é através dessa prestação que se explicitará a destinação dada aos recursos públicos, facilitando o controle a qualquer ilegalidade ou imoralidade presente, por exemplo, em negócios celebrados pela Administração.

d) Princípio da Moralidade: estabelece que todo ato praticado pela Administração Pública deve ser pautado na moralidade. Com uma importante ressalva: trata-se, aqui, da “moral jurídica”, e não da chamada “moral comum”. O conceito de moralidade administrativa, de acordo com Maurice HAURIOU, relaciona-se às regras de conduta retiradas da disciplina interior da Administração²¹. Segundo Hely Lopes MEIRELLES, o administrador:

não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto”. Ele menciona também que “(...) o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto²².

Romeu BACELLAR FILHO acrescenta que é da própria atuação dos servidores que serão extraídas as regras de comportamento impostas pela moralidade administrativa²³.

e) Princípio da Eficiência: não estava presente quando da promulgação de nossa Lei Maior, em 5 de abril de 1988. O Princípio da Eficiência foi adicionado aos outros quatro inicialmente previstos, pela EC 19, de 1988, representando importante modernização na regulação constitucional da Administração Pública.

²¹ HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaires de Droit Administratif*. Paris: Sirey, 1926. p. 197 e ss.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.88.

²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005 p.47.

Segundo tal princípio, à Administração Pública cabe o dever de realizar os direitos coletivos e satisfazer as necessidades dos administrados com o mínimo dispêndio possível de recursos. Trata-se da necessidade de buscar o maior resultado que se é capaz de obter da equação “quantidade e qualidade dos serviços oferecidos / recursos empregados”. Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a eficiência se apresenta em dois aspectos: quanto ao “modo de atuação do agente público”, que deve sempre almejar o melhor resultado possível, e quanto ao “modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública”, em que também se volta à busca dos melhores resultados do serviço público²⁴. É reflexo de uma administração que não mais se contenta com o mero atendimento à legalidade, visando à maior satisfação das necessidades públicas. Na prática, isso se dá não apenas mediante licitações ou concursos públicos, em que se busca funcionários e contratantes mais qualificados, mas também mediante o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, possibilitado pela inclusão do princípio da eficiência na Constituição Federal²⁵.

Importante frisar que a eficiência administrativa tem o condão de beneficiar a coletividade e de otimizar a realização do interesse público. Deste modo, ela não pode ser invocada para que o Estado se desvencilhe de obrigações que lhe são inatas e repasse, a empresas privadas, tarefas que, necessariamente, sempre lhe coube cumprir.

f) Princípio da motivação: refere-se à necessidade de os atos administrativos serem justificados pela Administração, através da apresentação de seus pressupostos de fato e de direito. Alguns autores afirmam ser essencial a motivação de todo e qualquer ato administrativo, inclusive como forma de estabelecer o seu controle por parte dos administrados. Outra parte da doutrina considera que essa obrigatoriedade não existe sempre. Com efeito, alguns acreditam que ela só é necessária nos atos vinculados (pela necessidade de

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.83.

²⁵ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2003. p.128.

demonstrar que os atos estão de acordo com os motivos expressos em lei), e outros só defendem a sua obrigatoriedade nos atos discricionários, pois, sem ela, tornar-se-ia impossível controlar a legitimidade dos motivos que levaram à prática do ato²⁶.

Interessante aqui é a menção à chamada “teoria dos motivos determinantes”, sistematizada por Gaston JÈZE. Segundo ela, uma vez motivado o ato administrativo (mesmo aqueles que, para alguns, não teriam a necessidade de sê-lo), ele fica vinculado aos motivos apresentados, havendo a necessidade de que a realidade com eles coincida²⁷.

Como já mencionado, embora esses princípios tenham sido expressamente citados pela carta constitucional, também existem vários outros, explícitos ou implícitos. Marçal JUSTEN FILHO, em tentativa de sistematização dos princípios que dão identidade ao direito administrativo, considera a “procedimentalização das competências”, os direitos fundamentais, os princípios políticos, os princípios sociais e os princípios econômicos. Todavia, como assevera o próprio autor, “tudo será avaliado e ponderado em face da situação concreta a ser considerada²⁸”.

Tais princípios delineiam, em termos gerais, a atuação do administrador. Entretanto, não se pode compreender os meios através dos quais ele satisfaz o interesse público sem considerar os poderes da Administração Pública.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 204.

²⁷ JÈZE, Gaston. *Principes Généraux du Droit Administratif*. Tome 3. Paris: Dalloz, 1926.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 64.

2.1.3 Poderes da Administração Pública

Não basta que se vincule a atividade administrativa à satisfação do interesse público sem que se conceda ao Poder Público os poderes aptos a garanti-la. Tal assertiva, conquanto remeta à importância dos ditos “poderes administrativos”, direciona-nos também à sua notável instrumentalidade.

Diferentes são os critérios encontrados na doutrina para a classificação dos poderes administrativos. Entre eles está o de Hely Lopes MEIRELLES, que os separa em: poder vinculado, poder discricionário, poder hierárquico, poder disciplinar, poder regulamentar e poder de polícia.

No que se refere aos dois primeiros (“vinculado” e “discricionário”), peculiar é o posicionamento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, que, ao contrário de vários outros autores, entende-os não como poderes autônomos, mas “quando muito, atributos de outros poderes ou competências da Administração²⁹”.

A vinculação caracteriza o estabelecimento, por parte da lei, de todos os requisitos para a realização do ato e para o seu cumprimento, não restando ao administrador praticamente nenhuma possibilidade de escolha. Diante de determinada situação, restringir-se-á à única possibilidade prevista na norma, sob pena de nulidade do ato.

Por outro lado, no ato discricionário, o administrador goza de uma certa liberdade de ação. O que é, de certo modo, lógico, face ao enorme número de situações capazes de demandar atuação administrativa e à impossibilidade de que elas sejam previstas em sua totalidade. Assim, diante de um problema concreto, poderá (e deverá) o administrador escolher, dentro dos limites legais, a melhor maneira de satisfazer ao interesse público. Romeu BACELLAR estabelece um símile entre a atividade discricionária e uma viagem por via ferroviária. A Administração Pública seria como o conjunto de vagões e o Administrador, o maquinista, transitando tranqüilamente (e necessariamente) sobre os trilhos da legalidade até o momento de se encontrar face à encruzilhada, em que a

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.86.

oportunidade e a conveniência serão utilizadas para que escolha o melhor caminho a seguir³⁰. Como cada poder administrativo poderá ser exercido mediante competência discricionária (ou vinculada), fica bastante dificultada a sua caracterização como poder autônomo. Além disso, importante analisar a relação entre o poder discricionário e o conceito indeterminado de interesse público. Da intensidade com que serão estabelecidos os contornos dessa relação poderá decorrer um Direito Administrativo mais ou menos arbitrário. Mas disto se tratará no terceiro capítulo.

Outro poder administrativo é o poder hierárquico, que é aquele concedido ao Poder Executivo para organizar as funções de seus órgãos e a atuação de seus agentes (através de uma estrutura de subordinação). Objetiva *ordenar, coordenar, controlar e corrigir*³¹ a atividade administrativa do Estado. Distribuem-se as funções entre os agentes públicos, organizando-as de modo harmônico, para que se possa não apenas respeitar a legalidade e os demais princípios administrativos, como também corrigir eventuais problemas. Para isso, impõe-se ao agente hierarquicamente inferior o dever de obediência às ordens oriundas de seu(s) superior(es), sob pena de prevaricação (art. 319 do Código Penal). A exceção se põe quando tal ordem for manifestamente ilegal, em decorrência do disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que prescreve: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Prosseguindo na análise dos poderes administrativos, encontra-se o chamado “poder disciplinar”. Segundo Hely Lopes MEIRELLES, “poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração³²”. Através do exercício desse poder, o administrador controla os atos dos servidores públicos, punindo-os caso seja necessário. Tal punição, por óbvio, se aterá apenas aos atos relativos ao desempenho da função administrativa.

³⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.54.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.117.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.120.

A punição administrativa será, muitas vezes, aplicada simultaneamente à criminal, sem, no entanto, que se possa falar em “bis in idem”. Isso decorre do fato de que essas punições não se diferenciam em “grau”, mas sim em substância. Como consequência lógica do caráter subsidiário da norma penal (e também de sua imposição como ultima ratio normativa), pode-se aferir que, sempre que se aplicar a sanção penal a algum ato funcional, também se procederá à devida sanção disciplinar. Obviamente, o oposto não é válido, visto que grande parte dos delitos funcionais não recebe o respectivo tratamento penal.

O agente hierarquicamente superior tem não só o poder, mas também o dever de punir as infrações administrativas de seus inferiores, sob pena de incorrer em ilícito penal. (CP, art. 320). Constatada a infração, o administrador deverá decidir acerca da punição por meio de mecanismos que não desrespeitem o princípio constitucional do devido processo legal. Não há que se cogitar a realização de um processo administrativo disciplinar sem a existência de garantias fundamentais, como a da realização do contraditório e a da devida motivação das decisões. A discricionariedade do administrador, no tocante à punição disciplinar, limita-se à análise acerca da conveniência (ou não) da punição, à escolha da punição (entre aquelas possíveis), e à graduação da pena³³.

Outro poder administrativo é o regulamentar, que dá ao Poder Executivo a possibilidade de “explicar” determinada lei com vistas à sua melhor execução, ou mesmo disciplinar matéria de sua competência que ainda não haja sido regulada por lei. A primeira hipótese se dá por meio dos regulamentos de execução, a segunda, por meio dos regulamentos autônomos. Importante salientar que tal faculdade só cabe ao chefe do Poder Executivo, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, não se estendendo a outros agentes ou aos demais poderes. Adicione-se que tais regulamentos são criados através da emissão de decretos.

Outras duas questões merecem ser acrescentadas. A primeira delas diz respeito à possibilidade de o administrador, julgando necessário, regulamentar

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.123.

qualquer que seja a lei³⁴. A segunda nos traz a lembrança de que, por ocupar, na pirâmide jurídica, posição inferior à da lei, o regulamento não pode contrariá-la ou alterar o seu conteúdo, sendo defeso cogitar uma extrapolação aos limites desenhados pela lei. Importante alvitrar que a própria Constituição Federal previu tal possibilidade, destinando, em seu artigo 49, inciso V, ao Congresso Nacional, competência para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Por fim, deve-se analisar o chamado “poder de polícia”. Segundo Caio TÁCITO, tal poder “é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais³⁵”. Consiste nos mecanismos de que dispõe o administrador para controlar abusos no exercício do direito individual. Busca-se a devida proteção aos interesses coletivos em face daqueles interesses individuais que poderiam com eles colidir. É pacífica na doutrina a faculdade que o administrador detém de conter as liberdades individuais com vistas à satisfação do interesse público e à proteção aos direitos fundamentais. Ora, se, em nossa sociedade, multiplicam-se os interesses privados, é necessário impedir que o interesse de um indivíduo de sobreponha ao de outro, conjugando-os, da maneira mais satisfatória e menos restritiva possível.

Antigamente, a atuação estatal se limitava à repressão das condutas individuais que poderiam causar lesões aos interesses coletivos. Impunha-se ao indivíduo uma série de abstenções a que ele deveria se submeter. Hodiernamente, entretanto, a atuação do Estado também passou a impor condutas (verdadeiros “deveres de agir”) entendidas como desejáveis. E é aqui que se visualiza mais claramente o alcance que hoje possui o exercício do poder de polícia.

Trata-se de um poder de que gozam todas as esferas da Administração Pública. Inicialmente, usa-se a seguinte regra: quem tem competência para

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.125.

³⁵ TÁCITO, Caio. Poder de Polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo*. 27/1 Rio de Janeiro: Renovar.

regular a matéria, tem o poder de policiar. Todavia, como há determinadas matérias (como, p.ex. o trânsito) que interessam tanto à União quanto aos Estados e aos Municípios, cabe a cada um deles regulá-la dentro dos seus limites territoriais.

Por fim, coerente é a concepção do professor MARÇAL, que conceitua o poder de polícia como “a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade³⁶”. Ao fazê-lo, o autor evidencia a sua preocupação em impedir que essa competência se vincule a cláusulas por ele chamadas de “destituídas de conteúdo preciso³⁷”, (como “interesse público”, por exemplo), a fim de que não seja utilizada apenas para satisfazer o interesse do governante.

Visto um pouco mais sobre os poderes administrativos, é interessante entender a maneira como se dá a interpretação do Direito Administrativo, por estar ela diretamente relacionada à aplicação das normas.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 393.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 394.

2.1.4 Interpretação do Direito Administrativo

Ao operador do Direito cabe a tarefa de tentar extrair o sentido de uma dada norma. E fá-lo-á no uso de seus conhecimentos sobre o ordenamento jurídico-constitucional.

A interpretação, segundo a fonte utilizada, poderá ser autêntica, doutrinária ou judiciária. A primeira delas reflete um posicionamento primitivo, em que se busca a real vontade do legislador, por entender que ninguém estaria mais apto a subtrair o sentido da norma do que o seu próprio criador. Seria como se a norma “pertencesse” a seu elaborador. Isso é ultrapassado, e hoje em dia se reconhece que, uma vez inseridas no texto legal, as palavras saem do domínio de seu emissor³⁸. A interpretação doutrinária é efetuada com o auxílio dos conhecimentos extraídos das obras de pesquisadores, escritores e estudiosos do direito. Já a jurisprudencial, como o próprio nome nos faz inferir, encontra embasamento na jurisprudência, ou seja, na tendência de decisão de determinado Tribunal.

Quanto aos elementos adotados pelo intérprete, a interpretação pode ser gramatical, lógica ou científica.

A gramatical (ou "ad litterem") é a mais restrita das formas de interpretação, uma vez que seu método consiste na mera apreensão do sentido vernacular dos vocábulos. Um exemplo de sua aplicação no ramo jurídico ocorre na situação em que, através do significado literal de cada uma das palavras presentes no texto da norma, busca-se chegar ao seu sentido.

Por sua vez, a interpretação lógica representa meio mais complexo e mais preciso de se chegar ao real sentido do dispositivo jurídico que se quer analisar. Nela, ultrapassa-se o conteúdo imediatamente subtraído de uma certa lei, para estudá-la em conjunto com as demais. Além disso, procura-se investigá-la em consonância com os fatos, com o cuidado de não se afastar de sua perspectiva teleológica, interpretando-a em busca de sua “ratio legis³⁹”.

³⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005 p.51.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 441-442.

Já a científica, é aquela em são utilizados os métodos das duas anteriores, além de outros que eventualmente aumentem a percuciência do trabalho desenvolvido pelo intérprete. É, pois, a interpretação mais completa.

Entretanto, retrata BACELLAR que:

o direito administrativo exige do hermeneuta mais do que saber manejar os métodos tradicionais de interpretação do direito. A exigência se estende ao requisito do prévio conhecimento de pressupostos basilares prévios da disciplina⁴⁰.

Dentre esses pressupostos, o doutrinador menciona a indisponibilidade do interesse público, desigualdade jurídica entre o administrador e os seus administrados, a presunção de legitimidade dos atos da Administração, e a discricionariedade.

A indisponibilidade do interesse público, como já abordado no início do trabalho, trata da impossibilidade de o administrador dispor não apenas do interesse público, mas também de todos os meios que confluem para alcançá-lo. Dela decorre as prerrogativas especiais da Administração Pública, caracterizadoras de sua desigualdade jurídica face aos demais. Proteger o interesse público e colocá-lo acima dos interesses individuais é também uma garantia ao pleno convívio em sociedade. A prova pode ser extraída se, através de um exercício abstracional, imaginássemos a situação oposta, ou seja, um Estado em que se daria prevalência (ou equivalência) aos interesses individuais. Possibilitando que o interesse de um particular (ou grupo de particulares) se sobrepujasse aos interesses públicos, daríamos margem a situações que deixariam embevecidos os mais tiranos. Sendo assim, para se garantir um Direito Administrativo menos autoritário, a garantia de prevalência do interesse público não deixa de ser um importante instrumento. Ela é, todavia, inócua se o “interesse público” for considerado uma carta em branco entregue pela sociedade à Administração, sobre a qual incide pouco (ou nenhum) controle do Poder Judiciário.

⁴⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.52-53.

Outro dado importante na interpretação do Direito Administrativo diz respeito ao fato de todo ato administrativo ser legítimo, até que se prove o contrário. É o que se chama presunção “*juris tantum*”. Tal presunção facilita a atuação da Administração Pública, pois, na prática, seria absolutamente inviável que cada ato administrativo tivesse sua legitimidade apreciada antes de ser realizado.

Por fim, concluindo os pressupostos mencionados por BACELLAR, temos a “discricionariedade”, que, como já transcrito, se refere à possibilidade de o administrador escolher entre possibilidades legalmente permitidas.

Com a passagem do Estado autoritário para o Estado Democrático de Direito, aumentou-se o controle à atividade administrativa estatal. Com isso, MARÇAL JUSTEN FILHO declara que não mais se admite a idéia de “ato discricionário”, restando uma margem de escolha do administrador no tocante a apenas alguns aspectos do ato administrativo⁴¹.

Esmiuçadas algumas características da hermenêutica do Direito Administrativo, além das outras bases administrativas e constitucionais já observadas, passe-se, agora, à análise de um dos mais importantes instrumentos que possui o Poder Público para a realização de seus deveres, o contrato administrativo.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.13.

2.2 DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.2.1 Aspectos Gerais

Atualmente, não há quem negue a existência de um contrato em que a Administração Pública possa vir a ser parte. Entretanto, na gênese do século XX, período em que se desenvolveu a teoria do contrato administrativo, muito se defendeu a impossibilidade de o Poder Público, em virtude de sua posição de supremacia face ao particular, celebrar contratos. Além disso, acreditava-se não apenas que o atendimento ao interesse público impediria a manutenção de qualquer contrato administrativo contínuo, como também que as relações entre Administração Pública e administrados só podiam decorrer de atos administrativos. Tal raciocínio decorria da concepção de contrato sobrepujante à época. Com efeito, ele era considerado como um acordo de vontades, estabelecido entre duas partes posicionadas em uma situação de igualdade, destinado a produzir efeitos jurídicos e marcado pela imutabilidade⁴².

Não obstante, a teoria do contrato administrativo acabou se consolidando, ainda que com traços marcadamente diversos daqueles relativos à teoria contratualista (do Direito Privado) dos séculos XIII e XIX. Chegou-se, assim, a um contrato em que o poder público goza de uma série de prerrogativas especiais, a fim de atender ao interesse público (ainda que não possa fazê-lo em detrimento dos interesses econômicos do particular contratante)⁴³.

De acordo com Odete MEDAUAR, o contrato administrativo era um vínculo que, mesmo sendo notadamente diverso da noção de contrato então predominante, continuou a ser considerado “contrato”⁴⁴. Entretanto, segundo Romeu BACELLAR FILHO, embora a doutrina do início do século XIX considerasse a existência de múltiplos vínculos entre a Administração Pública e os

⁴² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 245-246.

⁴³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 245-246.

⁴⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 245-246.

particulares, o direito administrativo clássico não reconhecia a figura do “contrato administrativo”. Segundo o autor, foi com o alemão LABAND, em obra intitulada “Das Staatsrecht des Deutschen Reiches” (1876) que se teve a teorização do contrato de direito público como sendo espécie do gênero “contratos”. Todavia, BACELLAR também menciona a relutância com que vários autores, a exemplo do jurista alemão Otto MAYER, encararam a possibilidade de a Administração Pública contratar⁴⁵.

Com o passar dos anos, perdeu força o posicionamento contrário à existência de contratos celebrados pelo Poder Público. Hodiernamente, é pacífico o seu reconhecimento, e a maior parte da doutrina trata da possibilidade de a Administração Pública celebrar duas sortes de contrato: contratos de direito privado e contratos administrativos.

Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, “os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo”. Acrescenta que ambos se igualam “pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo Direito Administrativo⁴⁶”. Conforme Marcus Vinicius Corrêa BITTENCOURT, “as prerrogativas sob a forma de cláusulas exorbitantes constituem a grande distinção existente entre contratos administrativos e contratos de direito privado firmados pela Administração Pública⁴⁷”.

⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 308-309.

⁴⁶ Explicando mais acuradamente, o doutrinador aduz que “a pessoa ou autoridade pública investida de poderes para contratar dispõe da competência segundo as regras de Direito Administrativo. As formalidades que precederão o contrato, quais a autorização para contratar, a exigência da licitação e, eventualmente, requisitos a serem atendidos, também se disciplinam pelo Direito Administrativo. Os contratos da Administração no Direito brasileiro, sejam administrativos ou não, são examinados quanto à sua legalidade pelo Tribunal de Contas, que, em caso de inobservância das normas a que estavam adstritos, pode solicitar ao Congresso Nacional determine sua sustação (art. 71 da Carta Constitucional)”. (DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 587.)

⁴⁷ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.150.

Contudo, deve-se deixar claro que a finalidade do contrato administrativo é a satisfação de um bem público, e o regime de prerrogativas especiais existe, (como já transcrito quando da análise do regime jurídico administrativo), única e exclusivamente para alcançá-la. Logo, quando a Administração Pública explorar atividade meramente econômica, não relacionada à tutela de interesse público, submeter-se-á ao regime de direito privado. Assim assevera Carlos Ari SUNDFELD:

se o Estado, ao explorar atividade econômica, deve concorrer livremente com os particulares, não pode usufruir de vantagens ou prerrogativas que revertam em seu favor na disputa econômica; caso contrário inexistirá concorrência, mas convivência (ademais, meramente teórica) entre a iniciativa estatal e a dos particulares⁴⁸.

2.2.2 Conceito

Vários são os conceitos de “contrato administrativo” que a doutrina, pátria ou alienígena, disponibiliza-nos. Com algumas especificidades, a grande maioria deles converge em sua quase integralidade.

Para BACELLAR, o contrato administrativo é:

toda avença travada entre a Administração Pública e terceiros na qual a permanência do vínculo e as condições de seu cumprimento estão sujeitas a imposições de interesse público, assegurada, em qualquer circunstância, a proteção do patrimônio privado contratante⁴⁹.

Similar é o conceito de Celso MELLO, que os define como:

um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis

⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 208.

⁴⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 122-123.

posições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado⁵⁰.

Segundo Marçal JUSTEN FILHO:

é um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original⁵¹.

Já DI PIETRO os entende como “os ajustes que a administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de público⁵²”.

Conquanto se perceba algumas diferenças de um conceito para outro, nota-se que facilmente se lhes retira traços comuns, bastante úteis para que se compreenda melhor o contrato administrativo. O primeiro deles, e visível até mesmo aos olhos mais desatentos, dirige-se à sua função precípua, qual seja, o atendimento ao interesse público. Além disso, relembram outras duas características centrais, cuja existência está completamente vinculada ao interesse público: a possibilidade de alteração (ou extinção) do contrato pela Administração Pública, e a proteção aos direitos do contratante que com ela pactua (que se dá, basicamente, pela manutenção da equação econômico-financeira).

Embora uma leitura conceitual seja sempre recomendada, há outras questões relativas aos contratos administrativos que merecem ser abordadas nesta pesquisa. Sendo assim, passaremos, a seguir, a investigar as características fundamentais formadoras do regime jurídico dos contratos administrativos, sempre no intuito de avançar na compreensão desta espécie contratual.

⁵⁰ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 592-593.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.284.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.240.

2.2.3 Características Fundamentais do Regime Jurídico dos Contratos Administrativos

Para melhor compreensão do regime jurídico administrativo, deve-se analisar as ditas cláusulas exorbitantes, opondo-se a elas alguns aspectos relativos ao modo como são resguardados os direitos do particular contratante.

2.2.3.1 Das Cláusulas Exorbitantes

A mais perceptível característica dos contratos administrativos diz respeito às suas “cláusulas exorbitantes”, que assim foram denominadas através de uma perspectiva que tomou como referencial o contrato de direito privado. Embora sua existência seja incogitável nas relações privadas, tais cláusulas vão perfeitamente ao encontro da lógica extraída do regime jurídico de direito público.

São verdadeiros poderes que geram ao administrador uma posição hierarquicamente superior à do particular com quem pactua, facilitando o atendimento ao interesse público. Não se trata de prerrogativas pactuadas, mas de normas jurídicas, implícitas no contrato, irrecusáveis e inderrogáveis pelas partes⁵³. Nas palavras de Celso MELLO, os poderes que se reconhece ao administrador nestes contratos administrativos “nada têm de contratuais. São poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos”. O mesmo jurista conclui que “são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insuscetíveis de transação e, pois, de ‘contratos⁵⁴’”. Deste modo, é discutível o emprego do termo “cláusulas”, sendo mais preciso o emprego do vocábulo “poderes” para qualificar essas prerrogativas especiais da administração. Marçal JUSTEN FILHO vai além, ao lembrar que:

⁵³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.104.

⁵⁴ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 591.

não existe num Estado Democrático de Direito, prerrogativas nem privilégios, na acepção medieval dos termos. Trata-se de competências subordinadas ao Direito e cuja atribuição deriva da concepção instrumental da Administração Pública. Incumbe a ela promover a realização do interesse público. Dever tão severo e subordinado a regime muito rigoroso não poderia ser satisfeito por via dos instrumentos jurídicos normais⁵⁵.

Embora continuemos a utilizar expressões como “cláusulas” e “prerrogativas” para nos referirmos às competências de que se trata, importante mencionar que isso será feito apenas para acompanhar a nomenclatura que a doutrina tem tradicionalmente adotado. Isso porque nos manifestamos de acordo com os argumentos anteriormente trazidos à baila.

Prosseguindo o presente estudo, seria compreensível se o intelecto do leitor lhe apresentasse o seguinte questionamento: são os poderes (ou cláusulas) exorbitantes aplicados a todos os contratos celebrados pela Administração Pública?

Para que se chegue à resposta, deve-se, primeiramente, aclarar determinadas questões.

Inicialmente, imperioso apontar que, embora todo ato da Administração tenha comprometimento com a finalidade pública, o grau de envolvimento entre a atuação do Estado e o interesse público varia de caso a caso. Sendo assim, também é variável a “pertinência do exercício da tutela administrativa, sendo que este está assentado exatamente na necessidade ditada pelo interesse geral⁵⁶”.

Como ensina Fernando Vernalha GUIMARÃES:

a questão suscita a dificuldade de precisar o grau de vinculação do interesse público relacional, no propósito de demarcar o regime jurídico do contrato administrativo. Trata-se de uma avaliação que será realizada em concreto, analisando-se a causa/objeto da avença pactuada⁵⁷.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.498.

⁵⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.83.

⁵⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.84.

Dado que é o grau de relação com o interesse público que determinará a possibilidade (ou não) de aplicação das cláusulas exorbitantes, não se impede, à primeira vista, a sua aplicação nos contratos de direito privado. Tal entendimento seria reforçado pela leitura pouco atenta de partes da Lei 8.666/93, que regula a matéria relativa aos contratos administrativos no Brasil. Com efeito, coloca-se diante de duas situações: primeiramente, o artigo 58 enumera as prerrogativas especiais da Administração Pública no regime dos contratos administrativos, inclusive a rescisão unilateral. Posteriormente, o art. 62, § 3º, da mesma Lei, assegura, no que couber, a aplicação dos artigos 55 e 58 a 61, aos contratos “cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado”.

Todavia, ao inserir a expressão “no que couber”, o legislador teve o cuidado de deixar bem claro que a rescisão unilateral do contrato administrativo só seria possível diante da verificação de hipótese apta a justificá-la. Por se tratar de “cláusula exorbitante”, como já visto, deduz-se que tal “hipótese” seria aquela em que houvesse suficiente vinculação entre o contrato e o interesse público. E apenas nos contratos administrativos seria possível encontrar um grau suficiente de relação com o interesse público capaz de justificar, v.g, o poder de modificação contratual. Portanto, embora inicialmente fosse possível a sua extensão aos contratos de direito privado, se estes tivessem um grau de relação suficiente para admiti-la, deixariam imediatamente de ser “contratos de direito privado”.

Uma vez esclarecido que as prerrogativas especiais só podem ser aplicadas aos contratos administrativos, é essencial mencionar as suas “espécies”, ou seja, as maneiras como ela pode se expressar.

De acordo com Hely Lopes MEIRELLES:

as cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público, tais como a ocupação do domínio público, o poder de promover desapropriação e a atribuição de arrecadar tributos, concedidos ao particular contratado para a cabal execução do contrato⁵⁸.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.203.

Celso Antônio Bandeira de MELLO se refere também às principais cláusulas exorbitantes, ao mencionar que, no contrato administrativo, a Administração pode:

determinar modificações nas prestações devidas pelo contratante em função das necessidades públicas, a acompanhar e fiscalizar continuamente a execução dele, a impor as sanções estipuladas quando faltas do obrigado as ensejarem e a **rescindir o contrato *sponte própria*⁵⁹ se o interesse público o demandar**⁶⁰.(grifo nosso)

Entretanto, simplesmente mencionar as competências especiais da Administração Pública no contrato administrativo pode levar à errônea compreensão de que o regime jurídico aqui aplicável é maléfico ao particular. E essa assertiva não confere com a realidade. Isso porque, se ao administrador é disponibilizada uma série de prerrogativas, ao particular são dadas equivalentes garantias, das quais este nem mesmo dispõe nos contratos de direito privado. É o que se verá a seguir.

2.2.3.2 Dos Direitos Gerais do Contratante Face às Prerrogativas Especiais

Para que possa atender ao interesse público buscado, por diversas vezes a Administração Pública necessita celebrar com o particular determinadas avenças denominadas contratos administrativos. Para tal, evidentemente, precisa encontrar particulares interessados em pactuar com o Poder Público. E ninguém nega que isso seria bastante raro se não houvesse garantias capazes de proteger os direitos do contratante frente à ampla gama de poderes exorbitantes inerente ao contrato administrativo.

Um dos mais importantes obstáculos a eventuais desrespeitos ao direito dos particulares se encontra no equilíbrio econômico-financeiro. Nas palavras de Marcello CAETANO:

⁵⁹ Do latim, “por iniciativa própria”, “por sua vontade”.

⁶⁰ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 594.

o contrato assenta, pois, numa determinada equação financeira (o valor em dinheiro dos encargos assumidos por um dos contraentes deve equivaler ao das vantagens prometidas pelo outro) e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato de estipulação⁶¹.

Portanto, deverão ser respeitados os interesses legítimos do contratante, que se resumem, basicamente, na busca pelo lucro. E esse lucro deve ser plenamente assegurado, conforme o que se ajustou inicialmente e durante toda a execução do contrato, mesmo que a Administração tenha necessidade de alterar o projeto ou o modo de prestação para melhor adequá-los ao que exige o serviço público. Importante também lembrar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não se opõe apenas à modificação das cláusulas atinentes a preços e a remuneração contratual. Também alteram o equilíbrio questões relativas ao prazo e à forma de pagamento, às espécies de materiais previstos, ao prazo estipulado para a execução, etc⁶².

Conforme a doutrina de Celso MELLO, o resguardo ao equilíbrio econômico financeiro se manifesta com relação a diferentes situações⁶³.

Primeiramente, refere-se àquelas em que o administrador, no “uso de seu poder de alteração unilateral do contrato”, altera as obrigações inicialmente estipuladas ao particular. Para um maior atendimento ao interesse público, o Poder Público altera a relação benefícios/encargos existente no contrato. Conseqüentemente, deve restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, compensando eventuais prejuízos sofridos pelo contratante privado. É o que prevê expressamente o art. 65, § 6º, da lei 8666/93.

Além disso, há a hipótese referente ao que se costuma chamar de “fato do príncipe”. Diz respeito às alterações no equilíbrio-financeiro havidas em virtude de medidas tomadas pelo Poder Público, mas não no uso de seus poderes

⁶¹ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 255-256.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.208 e 209.

⁶³ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 615-618.

vinculados ao contrato. São atos que não emanam da qualidade de contratante, mas refletem sobre o contrato celebrado e causam prejuízo patrimonial. Embora não ilegítimo, visto que decorre de competência inerente à autoridade pública (e não à sua situação de contratante), o “fato do príncipe” ocasiona direito à reparação pelos danos dele decorrentes. A corroboração legal pode ser encontrada no art. 65, II, “d” da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Contudo, há também situações em que o equilíbrio econômico dos contratos administrativos é desestabilizado em função de forças imprevisíveis não relacionadas aos contratantes. Tais hipóteses podem ser resultado de dificuldades de ordem econômica ou material. No primeiro caso, tem-se a “teoria da imprevisão”, e no segundo as ditas “sujeições imprevistas”. O importante é saber que a lei protege também os direitos do particular, preservado seu direito de indenização pelo prejuízo.

Por fim, o autor se refere à inadimplência da Administração Pública. Como lembra, o art. 54 da Lei 8666 estabelece a aplicação supletiva, aos contratos administrativos, das normas de Direito Privado. Deste modo, caberá à Administração, caso não obedeça ao pactuado, violando os direitos do contratante, as sanções previstas pela legislação civil, como o pagamento de perdas e danos, etc. O contrato administrativo é mecanismo voltado à satisfação do interesse público e não à agressão aos direitos individuais.

Traçadas as linhas gerais do regime jurídico dos contratos administrativos, percebe-se que o alcance ao interesse público não constitui necessariamente impeditivo ao resguardo dos interesses particulares. E o já citado equilíbrio econômico-financeiro traduz tal realidade. Assim, será possível prosseguir com o presente estudo, na certeza de que se esquivou dos riscos que poderiam advir de uma leitura baseada apenas na exposição das “cláusulas exorbitantes”. Especialmente quando é uma delas, em específico, que se pretende alcançar na próxima etapa deste trabalho monográfico: a rescisão unilateral do contrato administrativo.

2.2.4. Hipóteses de Rescisão do Contrato Administrativo

As hipóteses de rescisão do Contrato Administrativo estão mencionadas no artigo 78 da Lei 8.666/93. Englobam situações de inadimplemento por parte do contratado (incisos I a XI, além do XVIII) e por parte do administrador (XII a XVI). Além disso, tratam também da situação em que não há inadimplemento de nenhuma das partes, e sim ocorrência de caso fortuito ou de força maior, mediante devida comprovação (inciso XVIII).

Algumas das modalidades de rescisão se efetivam de modo unilateral. Em outras palavras, a rescisão, enquanto “gênero”, possui como “espécie” a rescisão unilateral da avença.

As hipóteses de rescisão unilateral, embora não sejam confundíveis com as modificações unilaterais do contrato, guardam com estas um núcleo de confluência. Este núcleo reside na impossibilidade de se manter as condições inicialmente pactuadas, em virtude de exigência de interesse público. Com efeito, a rescisão unilateral representa o poder de alteração unilateral em seu grau extremo.⁶⁴ Como ensinam LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, referindo-se ao poder de rescisão (ou “pouvoir de résiliation”):

en un sens, ce n'est là du reste qu'un aspect du pouvoir de modification unilatérale du contrat; le fondement est d'ailleurs le même: l'intérêt du service public qui, à un moment donné, peut n'avoir plus besoin des prestations convenues pour, par exemple, leur en substituer d'autres, de nature différente.⁶⁵

A rescisão será efetuada unilateralmente pela Administração Pública quando houver ilegalidade, inadimplemento do contratado ou interesse público. Obviamente que todo ato do administrador deve ter por fim precípua a promoção do interesse público, mas a “a invocação do interesse público na rescisão

⁶⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo*. São Paulo, USP, 1986 (tese de livre docência). p.134.

⁶⁵ DE LAUBADERE André; VENEZIA Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, 12. ed. Tome I. Paris: LGDJ, 1992. p.688.

unilateral do contrato administrativo” coloca tal interesse como fundamento direto do ato, e não como fim mediato.

Analisando-a mais acuradamente, pode-se dizer que esta modalidade de extinção contratual é patológica⁶⁶ e opera efeitos *ex nunc*. Fazendo uso de seu poder discricionário, o administrador deve comprovar a existência de interesse público concreto e atual, não bastando que se aluda a interesse público abstrato e genérico⁶⁷. A própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos declara a necessidade de tal interesse público ser “de alta relevância e amplo conhecimento” (art. 78, inc. XII).

Além disso, como já se verificou neste trabalho, o regime jurídico dos contratos administrativos demonstra especial preocupação com a proteção dos direitos daqueles que contratam com o Poder Público. Sendo assim, e pela própria imposição constitucional, a rescisão por invocação do interesse público deverá ser precedida de processo administrativo, com a devida proteção ao direito adquirido e às garantias processuais inerentes ao Estado de Direito, com ênfase no devido processo legal.

2.2.5 A Rescisão e os Princípios Processuais Constitucionais

Como se averiguou anteriormente, reforça-se o contratante das garantias disponibilizadas pelo ordenamento jurídico para que não sejam sumariamente violados os seus direitos. Entretanto, restringir-se somente a menções genéricas, que meramente afirmam a existência de tais garantias, é insuficiente.

Ratificando o que já se transcreveu, embora possa rescindir o contrato para melhor preservar o “interesse público”, a Administração Pública só poderá fazê-lo após a instalação de devido processo administrativo. Portanto, pra que esta

⁶⁶ Quando se fala em “extinção patológica”, usa-se a terminologia adotada por Lúcia Valle Figueiredo. A autora denomina “patológicas” as hipóteses em que o contrato tem sua extinção “provocada”, distinguindo-as dos casos de “extinção natural”, como o esgotamento do prazo ou o cumprimento do objeto. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.)

⁶⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 49-50.

decisão se concretize, o particular deverá ser previamente ouvido, a fim de que, na dialética do contraditório, seja estabelecida até mesmo a quantia a ser paga ao particular, a título de indenização.

O contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais inafastáveis e que devem nortear todo e qualquer processo, seja ele administrativo ou judicial. Com efeito, o artigo 5º, inc. LV, da Constituição Federal assegura que:

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, terá o contratado condições de apresentar os danos que lhe foram causados, não podendo sofrer nenhum tipo de perda indevida em decorrência do juízo de oportunidade e conveniência de que se utilizou o administrador para rescindir o contrato.

É imposição legal o ressarcimento dos prejuízos, como se percebe no art. 79, § 2º, da Lei 8.666/93:

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I – devolução de garantia;

II – pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III – pagamento do custo de desmobilização.

Como se nota, a indenização é devida não apenas na hipótese prevista no art. 78, inc. XII da Lei supramencionada (que traz a rescisão por interesse público). Estende-se, como não poderia deixar de ser, a todas as ocasiões em que não houver culpa do particular. Como ensina o professor Marçal Justen FILHO, “a discricionariedade da Administração se circunscreve à apreciação da conveniência de manter (ou não) o contrato. Não há liberdade para decidir se o contratado será indenizado ou não⁶⁸”.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.385.

Outrossim, como já se frisou em capítulo anterior, deverá ser comprovada a notoriedade do invocado interesse público. Tal exigência, todavia, é insuficiente para impedir que o administrador despreparado transforme o “interesse público” em verdadeira cláusula contratual em branco, a ser preenchida a seu bel prazer.

2.3 DO INTERESSE PÚBLICO

2.3.1 O Interesse Público e a Razão de Ser do Direito Administrativo

Até o momento, passando por vários elementos caracterizadores do contrato administrativo (até chegar à rescisão unilateral), pôde-se notar a influência nuclear que o “interesse público” possui no Direito Administrativo.

Para se ater a apenas alguns aspectos relativos ao papel da noção de “interesse público”, pode-se recorrer a uma série de exemplos de importância (prática e teórica) inegável. Tome-se o caso das prerrogativas anômalas, traço marcante no regime jurídico de Direito Administrativo, que, como se viu anteriormente, justificam-se pela supremacia de um tal “interesse público”.

Percorreu-se, ao longo do presente estudo, aspectos vários do Direito Administrativo, e, mais especificamente, dos contratos administrativos, percebendo-se em todos eles a já tradicional menção ao interesse público. Mas ainda permanecem intocados o significado dessa expressão e a pertinência de sua utilização, como verdadeiro leme do Direito Administrativo.

Se for feito um exercício reflexivo, com certeza ninguém imaginaria a possibilidade de nos submetermos a um interesse cuja extensão não se conhece. Tampouco que a satisfação de tal “interesse” fosse o objetivo principal pelo qual se ergue complexa estrutura operacional, viabilizada por capital financiado pelos cidadãos. Sendo assim, é imperioso delimitar o conceito de interesse público para que se possa verificar a legitimidade da Administração Pública, sua razão de ser, e até mesmo o que dela se pode exigir enquanto administrado.

Nesta esteira, faz-se mister considerar, inicialmente, o que não é interesse público, bem como as conseqüências que concepções equivocadas podem

assumir no Direito Administrativo e, em especial, na rescisão unilateral dos contratos administrativos.

2.3.2 Conceituação e Divergência Doutrinária

Com bastante freqüência, notamos que a expressão “interesse público” é substituída por outras consideradas equivalentes a ela, como bem comum, por exemplo. Tem sido assim em muitos países, sendo tal “equivalência” reiterada também na doutrina. Isso fica explícito nas palavras do eminente jurista argentino Jorge L. SALOMONI: “la Corte Interamericana ha sostenido, como la Corte argentina mucho antes, que el concepto de interés público, interés general, bien común y orden público, son conceptos equivalentes. Hablan de lo mismo⁶⁹”.

Entretanto, para se compreender com um pouco mais de exatidão o conceito de interesse público, optar-se-á por analisar o que não é interesse público.

É muito comum que se o confunda, v.g., com o interesse de toda a coletividade ou da maioria das pessoas. Héctor Jorge ESCOLA, por exemplo, menciona que o interesse público:

puede ser un querer valorativo general y total en una comunidad, pero no tiene necesariamente que serlo, bastando con que aparezca como la expresión de una mayoría, del que se tenga conciencia como tal”. (...) “los individuos que no reconocen en un interés público su propio interés individual, quedan constreñidos, sin embargo, a aceptarlo y a contribuir incluso a su obtención, en virtud de que, formando parte de la comunidad, aquel querer valorativo mayoritario les es impuesto obligatoriamente⁷⁰”.

Tal concepção, acima exemplificada pela obra de ESCOLA, relata que o “interesse público” é simplesmente a prevalência dos interesses de um número maior de pessoas ou mesmo de todas elas.

⁶⁹ SALOMONI, Jorge L, BACELLAR FILHO, Romeu F., SESIN, Domingo J. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 22-32.

⁷⁰ ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 239.

Considerar o interesse público como o interesse de todas as pessoas é absurdo, em termos lógicos. Isto porque a presença de uma única pessoa que dele não compartilhasse seria suficiente para descaracterizá-lo. Ainda, a opção pelo conceito de “interesse da maioria das pessoas”, também não acrescenta nenhum fator de distinção qualitativa entre o interesse público e o interesse privado.

Outro entendimento possível (embora inadmissível) é aquele que faz menção ao interesse da “sociedade”, considerando-o como algo diverso da soma das vontades individuais. Além de não esclarecer o que seria o interesse da sociedade, tal concepção já justificou verdadeiras barbáries, como as cometidas pela Alemanha hitlerista, que tudo fazia em nome do “interesse do povo alemão”.

Essas compreensões vão de encontro ao Estado Democrático de Direito e não respondem satisfatoriamente à questão. E o absurdo é ainda maior em face das razões que nos são apresentadas. Note-se que o próprio autor supracitado, v.g, assenta sua argumentação no fato de que o indivíduo faz parte de uma “coletividade”, e, portanto, não haveria razão para que ele questionasse o desejado pela maioria.

Ora, se adotado tal entendimento, será possível justificar qualquer restrição a direitos da minoria, o que é absurdo. Como bem ressalta Marçal Justen FILHO:

um Estado Democrático caracteriza-se pela tutela tanto dos interesses das maiorias como das minorias. Consiste na supremacia da vontade da maioria eventual e também na garantia dos interesses da minoria, tudo segundo parâmetros constitucionalmente fixados”. E acrescenta: “assim, por exemplo, existe interesse público em tutelar minorias raciais, ainda que os interesses destas possam eventualmente conflitar com os da maioria do povo⁷¹ .

Mas não é essa concepção de interesse público a única suscetível a pesadas críticas. Há quem o confunda também com o interesse do Estado e até mesmo com os interesses do aparato administrativo ou do agente público. Passemos então à apreciação dessas três possibilidades.

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.41.

Na primeira, esbarra-se em flagrante circularidade de raciocínio, pois ela nos leva simplesmente a pensar que o interesse público é o interesse do Estado. Mas não cabe ao Estado a proteção do interesse tido como público? Seria o mesmo que dizer: é público o interesse do Estado e cabe ao Estado o interesse que for público.

Primeiramente, deve-se dizer que há interesses públicos cuja titularidade não pertence ao Poder Público. Ainda, como o Estado Democrático existe para satisfazer aos interesses públicos, sendo verdadeiro instrumento para a sua realização, pode-se dizer que tais interesses existiam antes mesmo do Estado⁷², não se lhes vinculando nem mesmo na esfera temporal.

Na segunda acepção também não há satisfatória definição. Isso porque a Administração Pública, como qualquer particular, possui uma série de interesses próprios, que não podem ser confundidos com o interesse público. Esses interesses, chamados por alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de MELLO, de “secundários” (em posição aos interesses “primários”, que seriam os públicos, propriamente ditos), são interesses individuais do Estado, e nada têm de públicos. O mesmo se pode dizer em relação ao agente público, cuja função deve ser desempenhada independentemente de qualquer anseio de cunho egoístico. Portanto, nada têm a ver os interesses do agente que desempenha função pública e o interesse público.

Para Celso MELLO, o interesse público pode ser definido como o interesse “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem⁷³”.

Tal conceituação merece elogio pelo fato de evidenciar a inexistência de uma oposição completa entre interesses públicos e particulares. Por outro lado, não colabora para que avancemos na delimitação, uma vez que não esclarece o

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.38.

⁷³ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 58.

modo como seria determinado esse “interesse resultante do conjunto dos interesses” e estipulado o seu alcance. Sem mencionar que, ao entender que o interesse público resulta dos direitos individuais, o autor desprovê de lógica o princípio da supremacia do interesse público (que ocuparia posição nuclear no Direito Administrativo). O que se está a dizer é que não teria sentido uma norma instituidora de prevalência se um princípio nada mais fosse do que a dimensão do outro⁷⁴.

Outra concepção reconhece que nem todo interesse de natureza privada pode ser tido como público. Assim, enquanto alguns interesses seriam sempre individuais, outros poderiam se tornar públicos, em face de certa “homogeneidade” e de seu caráter não egoístico. Seriam tão relevantes que não exigiriam nem mesmo o requisito da “maioria”, sendo suficiente que parcelas “significativas” da sociedade tivessem esses interesses em comum⁷⁵. Contudo, como se percebe, não há menção a o que qualificaria um interesse como “relevante”, permanecendo intocada a inexatidão conceitual de interesse público.

Ademais, através de uma simples análise da realidade, chega-se à conclusão evidente de que não existe um único interesse público, a ser assim qualificado e que se sobrepõe a todos os demais. São vários os interesses coletivos existentes, sendo muitas vezes contrapostos, o que leva o administrador a ter que balancear diferentes interesses públicos. Por isso, Marçal defende que:

o critério da ‘supremacia do interesse público’ apresenta utilidade reduzida, uma vez que não há um interesse único a ser reputado como supremo. O critério da supremacia do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas.

O autor ainda aduz que:

como resultado prático, a afirmação da supremacia e indisponibilidade do interesse público resulta na atribuição ao governante de uma margem

⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 88.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 42.

indeterminada e indeterminável de autonomia para impor suas escolhas individuais. Ou seja, o governante acaba por escolher a solução que bem lhe apraz, justificando-a por meio da expressão 'supremacia do interesse público', o que é incompatível com a própria função reservada ao direito administrativo⁷⁶.

Como se nota, a doutrina ainda não foi capaz de determinar o conteúdo exato da expressão "interesse público". E a sua perigosa vagueza, de certo modo, configura-se como um verdadeiro "toque de Midas" do administrador.

Mas, ao contrário do legendário rei da Frígia, que implorou para que Dionísio lhe retirasse o poder de transformar tudo o que tocasse em outro, a Administração Pública não tem mostrado muito interesse em se desfazer da possibilidade de transformar tudo em "interesse público". Ou seja, enquanto o Rei Midas corria risco de morte, por ver todos os alimentos que desejasse segurar virarem ouro, o governante que deliberadamente invoca o interesse público para rescindir o contrato administrativo se vê ainda mais fortalecido.

Por isso mesmo é que na Argentina, a Corte Suprema de Justicia de la Nación passou a exigir que a Administração comprovasse a existência de interesse público. Nesse sentido, SALOMONI nos traz a mudança de entendimento ocorrida naquele país:

Se necesitaba que la norma contuviera un propósito público remitiendo en nuestro texto constitucional al concepto de bienestar general y progreso. Pero lo que no se exigía era la demostración de tal propósito público, sino tan sólo la invocación de ese interés público a los efectos de la determinación de la constitucionalidad de la norma. Hoy lo que se está exigiendo es un paso más. Esto es, si usted invoca esta norma, precisamente, estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, y que tenga en cuenta los diversos intereses en juego, tiene que demostrar la presencia de esos intereses en juego, y que esas justas exigencias de la sociedad democrática se den en un caso concreto⁷⁷.

A mudança ocorrida na Argentina é louvável, Mas é complicado exigir que se demonstre a presença de interesse público se nem mesmo sabemos o ele

⁷⁶ JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45.

⁷⁷ SALOMONI, Jorge L, BACELLAR FILHO, Romeu F., SESIN, Domingo J. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 26.

significa. Sendo reconhecido pela doutrina como conceito jurídico indeterminado, é preciso verificar o que seriam esses conceitos e o modo como se controlaria a sua utilização.

2.3.3. O Controle da Arbitrariedade Face aos Conceitos Jurídicos Indeterminados

Os enunciados das normas jurídicas podem trazer três espécies de conceitos. Os primeiros deles são os objetivos (idade, sexo, hora, lugar), que, como se percebe, não causam dúvidas quanto à sua extensão. Ao lado desses se encontram os conceitos de conteúdo “decifrável objetivamente, com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos” (ex: morte natural, trânsito lento, etc). Por fim, há os conceitos que exigem do intérprete uma atuação valorativa, originando diversas dúvidas quanto aos seus processos de aplicação e controle judicial. São os conceitos jurídicos indeterminados, entre os quais se encontra o interesse público⁷⁸.

Por serem carentes de maior objetividade, tais conceitos dificultam a delimitação do campo de controle jurisdicional. Em razão disso, contrapõem-se os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e da separação de poderes. Em outras palavras: ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário deve impedir o arbítrio do administrador, também não pode tomar para si o poder de decidir pela Administração Pública, apropriando-se de competência constitucional que não lhe pertence.

Foi sobre as ruínas do regime nazista que se ergueu na Alemanha a teoria responsável por desfazer a anterior vinculação entre os conceitos jurídicos indeterminados e o Poder Discricionário. Natural, pois, que, em decorrência do panorama histórico da época, tenha-se posicionado a favor de uma maciça restrição do poder discricionário estatal, desvinculando deste poder os conceitos de conteúdo indeterminado. Diante de um caso concreto, só haveria uma única

⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 212.

solução em conformidade com o direito. Se não fosse ela a escolhida, impor-se-ia a o controle jurisdicional⁷⁹.

Logo, não poderia o administrador decidir o que iria ou não ao encontro do interesse público. Em verdade, não lhe caberia qualquer juízo volitivo, devendo submissão à única possibilidade juridicamente viável.

A opção por esse entendimento, embora útil no que se refere ao controle da atividade administrativa, leva a sérias dificuldades de ordem prática. Primeiro, porque daria ao juiz a possibilidade de refazer a apreciação elaborada por setor tecnicamente preparado para fazê-la. Ainda, dar-se-ia ensejo a uma verdadeira “dualidade de procedimentos (administrativos e judiciais)”, nociva à separação de poderes e ao princípio constitucional da eficiência administrativa.

É por esta razão que, a partir dos anos 70, a doutrina alemã já buscava alternativas a esta visão, almejando o que se poderia chamar de uma “terceira via” para a análise dos conceitos indeterminados⁸⁰.

Essas teorias intermediárias, conquanto se mantenham favoráveis ao controle jurisdicional, reservam ao Poder Público uma margem de apreciação sobre a qual tal controle não incidiria⁸¹. Um exemplo é a teoria “da sustentabilidade”, de Carl Herman Ule, que definiria como “sustentável” a decisão que ocorresse em conformidade com o Direito⁸².

A partir daí, iniciava-se uma busca para delimitar, no vasto campo interpretativo dos conceitos indeterminados, as áreas em que não caberia o controle judicial e as áreas em que ele seria possível. Essa delimitação nos traz também a clara distinção entre a maneira como o Poder Judiciário examina a utilização, pela Administração Pública, dos conceitos jurídicos indeterminados e do

⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 213-214.

⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 214

⁸¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p.73.

⁸² MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 57.

Poder Discricionário. Neste sentido, cite-se a distinção elaborada por Almiro do Couto e SILVA:

(a) – O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite *a priori* estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non niquet*, deixando intocável a decisão administrativa.

(b) – O exame judicial de atos administrativos que envolvem exercício de poder discricionário está, a priori, limitado pela lei, a qual fixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões. Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será juridicamente incensurável e inexamínável pela autoridade judiciária⁸³.

Como se vê, o controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados se limita a apenas uma parte destes, qual seja, aquela zona intermediária entre os extremos de certeza positiva e certeza negativa.

Deste modo, o administrador ainda decidirá o que é “interesse público”, e sua decisão só será revista pelo Poder Judiciário se for marcadamente equivocada. Deste modo, poderá considerar, diante de um caso concreto, a prevalência de direitos individuais ou de determinado direito coletivo. Ambos, em dada hipótese, podem ser do interesse público.

Segundo Marçal, o resultado prático desta indeterminação é que o governante acaba por escolher a solução que lhe apetece, justificando-a como sendo de “interesse público” e impondo a sua supremacia. Prossegue sua crítica afirmando não ser casual que a tese da supremacia e da sua indisponibilidade do interesse público tenha de ser acompanhada pela diferenciação entre “interesse público primário” e “interesse público secundário”. Com efeito, isso deriva do risco de que o governante efetue escolhas baseadas em sua conveniência pessoal. Nesse mesmo sentido, JUSTEN FILHO infere que a atividade administrativa se

⁸³ SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nº 179/180, p. 60, 1990.

subordina a um critério fundamental anterior à prevalência do interesse público: a supremacia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais⁸⁴.

Sendo assim, é nos direitos fundamentais, e principalmente na dignidade da pessoa humana, que se fundamenta a atividade administrativa. O fundamento máximo para a rescisão unilateral do contrato administrativo seria, em verdade, a proteção a direitos fundamentais, que poderiam ser individuais, difusos, coletivos, etc. Esse é o posicionamento que encontra maior conformidade com relação à inteligência de nossa Lei Maior.

⁸⁴ JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45-46.

3 CONCLUSÃO

A possibilidade de rescindir o contrato administrativo unilateralmente é, além de juridicamente possível, recomendável ao bom desempenho da atividade administrativa. Sem dúvidas, seria bastante danoso que o Poder Público tivesse de manter uma avença que não mais fosse adequada ao interesse público.

Contudo, o objetivo deste trabalho jamais foi adentrar na órbita do Poder Discricionário do administrador. Não se questiona o juízo de oportunidade e conveniência que lhe cabe na opção por rescindir o contrato. Até porque a conceituação de interesse público é diferente da escolha pela rescisão, que é ato discricionário. Aquela é pressuposto deste, mas eles não se confundem. Em outras palavras: é a partir de um conceito de interesse público (1), que o Administrador decidirá, em um juízo de oportunidade e conveniência (2) se rescindirá o contrato administrativo.

Como se viu, a utilização do conceito de interesse público só poderia ser controlada pelo Poder Judiciário se fosse marcadamente equivocada, situando-se na chamada zona de certeza negativa. No mais, poderia o administrador decidir à vontade o que seria interesse público.

Mas se nem mesmo a doutrina é capaz de precisar o que seria interesse público, ou quais seriam os critérios aptos a atingi-lo, abre-se espaço ao arbítrio do administrador. Isso porque, sendo o controle limitado, não haveria elemento capaz de impedir que a Administração escolhesse o que mais lhe interessa e, apenas posteriormente, enquadrasse tal escolha como “interesse público”.

Buscando amparo nos ditames constitucionais, devemos buscar uma solução em maior conformidade com um Estado Democrático de Direito. E a razão de ser de tal Estado nos sugere a resposta: os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. São esses os mais claros interesses públicos e é neles que deve buscar legitimação não apenas a rescisão unilateral por interesse público, como toda a atividade estatal.

Note-se, porém, que não se trata de dizer que interesse público e direitos fundamentais são sinônimos. Primeiramente porque, por sua imprecisão, devemos

considerar o interesse público como resultado e não como pressuposto de decisão⁸⁵. Ou seja, no processo de aplicação do Direito é que será feita a seleção de interesses. No caso concreto é que ficará claro como se configurou o interesse público.

O que se quer dizer é que cada decisão, ao invés de se legitimar através da invocação do “interesse público”, buscará sua legitimidade na conformidade com os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Colidindo diferentes direitos fundamentais, o administrador deverá optar por uma solução que produza resultado máximo, utilizando-se dos postulados da proporcionalidade e da ponderação. Após isso é que se descobrirá o que foi o interesse público que justificou a rescisão unilateral do contrato administrativo.

Uma vez que se decida pela invocação do interesse público a fim de rescindir unilateralmente o contrato administrativo, deve-se observar duas questões. Do ponto de vista do Administrador, deve este fundamentar tal posicionamento no atendimento dos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana. Por outro lado, no que se refere ao contratado, há necessidade de que lhe seja garantido todo o rol protetivo relacionado ao princípio do devido processo legal. Como impõe nosso ordenamento jurídico, tal processo deve respeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório, além das demais imposições de ordem processual e constitucional. O contratante deve ter a possibilidade de expor a sua posição e discutir, com paridade de armas em relação à Administração, até mesmo questões referentes à indenização que inegavelmente lhe cabe.

⁸⁵ JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 46-47.

4 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo*. São Paulo, USP, 1986 (tese de livre docência).

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Contrato Administrativo. Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10^a ed. Brasília: Unb, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13^a ed., 2^a tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CRETILLA JR, José. *Filosofia do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DE LAUBADERE André; VENEZIA Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, 12^a ed. Tomo I. Paris: LGDJ, 1992.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2003

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª ed. 1979.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GABARGO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaires de Droit Administratif*. Paris: Sirey, 1926.

JÈZE, Gaston. *Principes Généraux du Droit Administratif*. Tome 3. Paris: Dalloz, 1926.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004.

RIVEIRO, Jean Rivero. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 42.

SALOMONI, Jorge L, BACELLAR FILHO, Romeu F., SESIN, Domingo J. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nº 179/180, 1990.

SIQUEIRA, Mateus Eduardo e BERTONCINI Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TÁCITO, Caio. Poder de Polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo*. 27/1 Rio de Janeiro: Renovar.
