

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FÁBIO FARIAS DE MATTOS LIMA

**AS CLÁUSULAS EXORBITANTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
CONTEMPORÂNEA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso
de Graduação em Direito, do Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

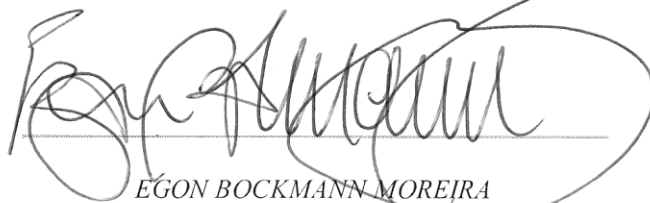
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

FÁBIO FARIAS DE MATTOS LIMA

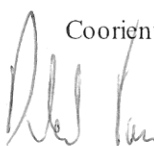
As cláusulas exorbitantes na Administração Pública contemporânea

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



EGON BOCKMANN MOREIRA
Orientador

Coorientador



ALEXANDRE DITZEL FARACO
Primeiro Membro



RODRIGO LUÍS KANAYAMA - *Direito Público*
Segundo Membro

Aos meus pais, pelo infindável apoio e confiança.

Por mais genialidade que se ponha no artifício colectivo, se este não visa imediatamente a raridade de cada um dos seus indivíduos, isto é, se o todo colectivo não sabe contar com a maneira pela qual cada um o possa servir, em vez de uma estabilidade progressiva teremos uma estabilidade aguentada, em permanente eminência de se desunir e arruinar-se.

Almada Negreiros, in 'Textos de Intervenção'

RESUMO

Esta monografia versa sobre as cláusulas exorbitantes na Administração Pública contemporânea. Parte-se de uma abordagem ampla a respeito dos contratos administrativos, campo em que se inserem as cláusulas exorbitantes, compreendidas como prerrogativas especiais para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração em sua relação com os particulares. A análise das principais características desse instituto é de fundamental importância para que se possa compreender a discussão e a crítica que se propõe à temática na modernidade. Por isso, em um primeiro momento, o presente trabalho apresenta os contornos do contrato administrativo e a configuração das cláusulas exorbitantes no direito positivo brasileiro. Em um segundo momento, são considerados os fatores históricos, jurídicos e econômicos para situar os poderes exorbitantes na atualidade, realizando breve crítica ao instituto em seus fundamentos clássicos. Aponta-se para uma modificação na concepção de Administração Pública decorrente da modificação do *modus operandi* do Estado, o qual se mostra mais flexível e dinâmico para atender as demandas da sociedade do século XXI. As críticas propostas têm como base essa mudança, apresentadas a partir da visão de autores administrativistas modernos que indicam uma necessária alteração na aplicação e manuseio das cláusulas exorbitantes para que se enquadrem no atual paradigma da administração pública.

ABSTRACT

This monograph examines the exorbitant clauses in the modern Public Administration. This work is built on a broad view over the administrative contracts, field in which are included exorbitant clauses comprehended as special prerogatives to consign an advantage or a restriction to the Administration and its relationship with the nonpublic persons. The analysis of the main characteristics of this subject is important in order to grasp the discussion and critics it is exposed nowadays. Therefore, on a first moment this dissertation will present the contours of the administrative contract and the structure of the exorbitant clauses in the Brazilian legislation. On a second moment, it will consider the historical, juridical and economical factors to situate the exorbitant powers on the present days, performing a brief critic on the subject in its classical conception. Also, it is reported to a modification on the conception of the *modus operandi* of the State that becomes more flexible and dynamic to attend the demands of the 21st century society. The presented critics have basis on the shift showed through the lenses of modern administrative thinkers that illustrate a need for change on the mode that the exorbitant clauses are applied and handled. The conclusion is that there is a need to frame those clauses on the actual paradigm of the public administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	10
1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	10
1.2. REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	13
1.3. CONCEITO	17
1.4. CARACTERÍSTICAS.....	19
CAPÍTULO 2 – AS CLÁUSULAS EXORBITANTES NO CONTRATO ADMINISTRATIVO	22
2.1. A IMPORTAÇÃO DO MODELO FRANCÊS	22
2.2. A CONTEXTUALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	24
2.3. TIPOLOGIA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES.....	29
2.3.1. Cláusulas de excoutoriedade.....	29
2.3.2. Cláusulas de <i>jus variandi</i>	29
2.3.3. Cláusula exorbitante de efeitos sobre terceiros	30
2.4. ALTERAÇÕES QUALITATIVAS E QUANTITATIVAS.....	30
2.5. <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i>	33
2.6. RESCISÃO UNILATERAL	35
2.7. FISCALIZAÇÃO.....	36
2.8. APLICAÇÃO DE SANÇÕES.....	37
2.9. RETOMADA DO OBJETO	38
2.10. A INTANGIBILIDADE DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA	39
CAPÍTULO 3 – AS CLÁUSULAS EXORBITANTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA	43
3.1. DO ESTADO NOVECENTISTA AO ESTADO MODERNO	43
3.2. NOÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL.....	47
3.3. ATUALIZAÇÃO CRÍTICA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES... 50	
3.3.1. Vantagens das cláusulas exorbitantes no Estado Moderno	52
3.3.2. Desvantagens das cláusulas exorbitantes no Estado Moderno	53
3.4. A REVISÃO DO FUNDAMENTO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES	55
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

A elaboração deste trabalho de conclusão de curso se enquadra na temática do Contrato Administrativo, e, particularmente, às cláusulas exorbitantes em face do Estado Moderno.

O método que foi utilizado propõe, em um primeiro momento, a realização de uma abordagem introdutória concernente aos contratos administrativos. Posteriormente, será desenvolvido o instituto das cláusulas exorbitantes, focalizando diplomas legais relevantes para a compreensão da temática, em específico a Lei nº 8.666/1993. Por último, será realizada dissertação em que se evidenciará os reflexos na Administração e nos particulares da utilização das cláusulas exorbitantes nos parâmetros da legislação e da doutrina majoritária, assim como as propostas e sugestões para equacionar tal disciplina.

Entre os temas tratados, pretende-se mostrar que, para o caso específico das prerrogativas especiais conferidas à Administração Pública, o regime é diferenciado e pode se apresentar problemático. Para tanto, será citada a melhor doutrina pátria, evidenciando-se que, dentro dela, há contradições entre autores de renome.

O propósito desta exposição não é conferir solução à complexidade do tema, ao qual, já se adianta, não possui resposta; ao contrário, instala uma série de controvérsias e de desafios. Esperamos que o estudo realizado desempenhe a função de organizar e de colocar em discussão a matéria em evidência.

Para além do aspecto jurídico, a problemática revela nuances que se justificam social e historicamente. O Estado Brasileiro tem passado por diversas modificações nas últimas décadas. Desde a falência do modelo de Estado Liberal, tem sido observada uma ampliação das funções desempenhadas pelo poder público. A descentralização de muitas das funções típicas do Estado social que surgiu no pós-guerra, em 1945, tem erigido a posições de destaque no âmbito jurídico as relações contratuais tuteladas pelo Direito Administrativo.

Para tanto, a sociedade contemporânea exige uma atuação estatal proativa em busca do bem-estar social. A Administração Pública passou a gerir o Estado conjuntamente com o cidadão, escopo último de sua atuação. Procurou-se democratizar a gestão da coisa pública, utilizando-se, para tal intento, a substituição das vias autoritárias e unilaterais. É nesse cenário que ocorre o reconhecimento de

que a atuação estatal moderna deve visar uma pluralidade de classes e grupos, contemplando uma multiplicidade de direitos e interesses.

Nesta seara, o conhecimento da contratualidade no âmbito do Estado com os particulares é primordial para a boa gestão da *res pública*. Os incontáveis contratos administrativos celebrados diariamente são reflexos de uma realidade complexa, cada vez mais dinâmica e que exige dos juristas e dos gestores públicos desafios prementes.

No trabalho desenvolvido, foi realizado o devido intento para afastar a noção tecnicista e limitadora que compreende o fato exorbitante como mera relação de poder entre Administração e co-contratante; poder este, aliás, que se encontra limitado pelo próprio interesse público que lhe confere legitimidade.

Em síntese, a presente monografia busca, primeiramente, o estudo dogmático das cláusulas exorbitantes e do contrato administrativo na legislação e na doutrina brasileira para, em um segundo momento, apresentar bases críticas, partindo da proposta de autores de renome para a revisitação do instituto nos moldes do Estado moderno.

CAPÍTULO 1 – DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A partir de uma análise historiográfica e sociológica, o contrato não deve ser compreendido como um mero instrumento técnico-jurídico de circulação dos bens, mas como símbolo de uma determinada ordem, como modelo de uma orgânica social complexa, dinâmica e ideologicamente definida¹.

De posse desta ideia preliminar, podemos compreender, *mutatis mutandis*, que a formação e a concepção do instituto, tal como o compreendemos hodiernamente, é fruto de digressões várias que culminaram no atual sistema de trocas capitalista. Logo, a noção moderna de contrato apenas se tornou viável com o advento das revoluções burguesas e industriais dos séculos XVII e XVIII.

Um dos pilares sobre o qual se funda a teoria contratual, a liberdade de contratar, reflete uma ideologia novecentista gerida num período de forte influência jusnatural e iluminista. As codificações do século XIX sofreram grande inspiração de filósofos europeus, como Grotius e Puffendorf, que legaram aos romanistas e pandectistas a concepção de contrato como teoria edificada sobre o indivíduo².

O contrato era, então, o resultado do concurso de duas vontades manifestadas em pé de igualdade. Essa ilimitada liberdade de contratar significava abolição dos vínculos de grupo, de corporação, de “Estado”, que na sociedade antiga aprisionavam as potencialidades e as iniciativas individuais³. Em contraponto, sucedia-se uma tendencialmente ilimitada responsabilidade pelos compromissos assim assumidos, configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei⁴.

¹ ENZO ROPPO sustenta que a categoria contratual possui valor ideológico e político; assume papel e função real, historicamente diverso em relevância e em quantidade, e conforme os vários contextos e as várias formas de organização econômico-sociais. Para o italiano, “a teoria do “contratualismo” mostra, assim, à evidência como o conceito de contrato (melhor: um certo conceito de contrato) pode ser utilizado, e foi historicamente utilizado, com uma função ideológica, quer dizer – uma vez que é este o significado técnico de “ideologia” – com uma função de parcial ocultamento ou disfarce da realidade, operando com o fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses”. (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 29)

² ARAÚJO, Edmir Netto. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 15.

³ Idem, p. 36.

⁴ O art. 1.134 do Código de Napoleão (“Code Napoléon”), de 1804, dispõe que “les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”. Em tradução livre, “os contratos legalmente formados têm força de lei àqueles que os celebraram”.

Os contratos se tornaram, como se pode perceber, um sólo fértil para adoção da autonomia da vontade como critério determinante da lei que lhes será aplicável. ORLANDO GOMES sintetiza essa noção ao declarar que “o princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”⁵.

O dogma da liberdade contratual permanece assim vinculado, intrinsecamente, à autonomia da vontade. Na visão tradicionalista, a vontade legítima, o contrato, é fonte das obrigações, sendo a liberdade pressuposto, exigência, mais teórica do que prática, desta vontade criadora⁶.

Em uma economia que adquire nuances cada vez mais liberais, aos contraentes deveria ser assegurada ampla margem de independência para se auto obrigarem, desde que atendidas as exigências da *pacta sunt servanda*, princípio máximo segundo o qual o contrato obriga as partes nos limites da lei. Nas palavras de MARIA HELENA DINIZ, “o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito”⁷.

Todavia, este princípio foi se alterando e sofrendo restrições, adaptando-se – mesmo que tardiamente – à nova realidade, ganhando um matiz mais discreto.

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO⁸ lecionam que o princípio da força obrigatória dos contratos, manifestado especialmente na imodificabilidade ou intangibilidade dos termos do contrato, tornou-se um instrumento de opressão econômica, que, no decorrer do século XX, acentuou as desigualdades sociais. Sucessivamente a isso, assiste-se a crescente intervenção do Estado em setores que até então não integravam o seu campo de ação.

Fato é que o século que se passou inaugurou novos modelos de gerência da *res pública*. O *New Deal*, o Estado de Bem-Estar Social e, mais recentemente, o Estado Logístico⁹, são exemplos, em maior ou menor densidade, de modelos indutores do desenvolvimento orgânico com base no Estado.

⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 36-37.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1993, p.63.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, vol. IV, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p.38-39.

⁹ Esse conceito é desenvolvido pelo renomado internacionalista Amado Luiz Cervo, o qual se utiliza do termo para designar as relações inauguradas pelo Brasil nos períodos finais da era Fernando

A transição do Estado Liberal para o Estado Social é acentuada pelo aumento da máquina administrativa e pela proliferação dos contratos como instrumento de colaboração com a Administração nas tarefas de prestação de serviços e bens aos cidadãos. Essa alteração significativa no *modus operandi* da gestão estatal mostrou-se determinante para a aceitação do contrato enquanto figura de direito público, e não mais apenas como instrumento de garantia para acordos particulares.

Daí que o contrato passou a ser concebido como um instrumento normal de ação do Estado. Ele não vai, porém, limitar-se a operar apenas nesses novos setores, mas vai buscar a ampliação de seu leque instrumental para abarcar domínios tradicionalmente estranhos à sua natureza contratual, como é o caso do direito fiscal¹⁰.

Diante deste novo cenário, temos, por um lado, o alargamento do princípio da supremacia da ordem pública, com a consolidação do princípio central do direito público em geral, que é o da prevalência do interesse coletivo sobre o individual, e, por outro lado, o fortalecimento do princípio da solidariedade social na Administração Pública¹¹.

Não obstante, a expansão da intervenção pública nas atividades econômicas determina uma correspondente dilatação da ingerência dos órgãos administrativos no exercício da autonomia contratual¹². Observa-se, com isso, uma redução no livre arbítrio das partes para a celebração de negócios jurídicos.

Quando um dos contratantes é o Estado, essa liberdade é ainda mais sobrestada, pois a contratação pública subordina-se estritamente à determinadas normas legais, restringindo o âmbito de atuação da Administração em prol da

Henrique Cardoso (1992-2002) e durante os dois mandatos de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). Destaca-se o trecho: "(...)Para Lula, o Estado continua responsável pela estabilidade econômica, porém não existe mais a fé na capacidade do mercado em prover por si as necessidades do desenvolvimento. O Estado vai recobrar, assim, sua função indutora." (CERVO, Amado Luiz. A Ação internacional do Brasil em um mundo em transformação: conceitos, objetivos e resultados. In: ALTEMANI, Henrique; LESSA, Antônio Carlos(Org.). **Relações Internacionais do Brasil: temas e agendas**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.)

¹⁰ Cf. NABAIS, José Casalta. **Contratos Fiscais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, pp. 15-16.

¹¹ ARAÚJO, Edmir Netto. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 18.

¹² Para GOMES DE MATTOS, esta tendência é "provavelmente irreversível", de onde retiramos a noção de que o papel do contrato está, cada vez mais, comprimido e circunscrito à nova realidade econômica do país. (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.6)

observância dos princípios e normas que regem as licitações e os contratos públicos.

Por isso o ressurgimento, em tempos modernos, da doutrina do *Rebus Sic Stantibus*, que alcançou projeção considerável nos séculos XVII e XVIII, declinou no século seguinte, e foi revivida e aprimorada nos nossos dias por algumas teorias, das quais se destaca a “teoria da imprevisão, a “teoria da força maior”, a “teoria do fato do príncipe” e as cláusulas exorbitantes¹³. Essas noções representam situações e fatos que alteram a execução dos contratos e excepcionam o princípio da obrigatoriedade das convenções.

Este é, no entanto, apenas um aspecto da evolução das relações do Estado Moderno com a coletividade, destacando-se o ainda crescente papel do contrato administrativo como instrumento cada vez mais utilizado e necessário para a consecução das finalidades da ação administrativa.

Tais distinções foram sistematizadas na legislação nacional apenas na segunda metade do século XX, e, mais especificamente, somente após a vigência da Constituição Federal de 1988; assim, temos que a trajetória do instituto no Brasil é recente¹⁴. Além do texto constitucional, a Lei Geral de Licitações¹⁵(LGL), de 1993, e a Lei das Concessões de Serviços Públicos¹⁶, de 1995, são importantes referências legislativas que contribuiriam para o aprimoramento da disciplina no ordenamento jurídico.

1.2. REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O conceito jurídico de contrato relaciona-se à ideia de um ajuste de interesses, regido pela livre vontade das partes. É um acordo bilateral, o qual, na doutrina de MARCELO CAETANO, é “celebrado entre duas ou mais pessoas, com

¹³ ARAÚJO, Edmir Netto. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 19.

¹⁴ A título de ilustração, interessante lembrar o Código de Contabilidade Pública da União, Lei nº 4.356/1922, que pouco diferenciava os contratos administrativos daqueles celebrados pelo direito privado; a primeira interpretação relacionada à matéria era a de que ambos deveriam se sujeitar à disciplina do direito comum. (VERNALHA, p. 74)

¹⁵ Lei nº 8.666/1993.

¹⁶ Lei nº 8.987/1995.

interesses individualizados, a cujas vontades a lei reconheça o poder de, por essa forma, livremente riarem, modificarem ou extinguirem uma relação jurídica”¹⁷.

Pelo acordo contratual cria-se, modifica-se ou extingue-se uma relação jurídica. A celebração do contrato deve ser feita livremente, isto é, que as pessoas que acordam em se vincularem na obrigação tenham a opção de não o fazer.

Em similar sentido, FRANCISCO AMARAL define contrato como “o acordo de vontades contrapostas para o fim de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, em que uma das partes pode exigir da outra uma prestação economicamente apreável”¹⁸.

Ao dissertar sobre a clássica noção para o direito civil, PAULO LOBO¹⁹ leciona:

na acepção tradicional e liberal tem-se o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual de harmonização de interesses antagônicos, segundo o esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes.

Sem embargo do seu desenvolvimento à luz do direito privado, o contrato é tema da Teoria Geral do Direito, que refletiu a sua técnica para o Direito Administrativo²⁰.

Despido de peculiaridades e adjetivos, dotado de traços de universalidade, o contrato é verdadeira *categoria jurídica*²¹ que se refere, predominantemente, às pessoas que o celebram, ao seu objeto e às condições de execução, e a partir de então se concretizará o acordo como sendo de direito público ou de direito privado.

Não é, portanto, noção peculiar ao direito civil²², nem a qualquer dos ramos da ciência jurídica. O contrato pode adquirir características de público ou de privado,

¹⁷ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 216.

¹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 141.

¹⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.9.

²⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.1.

²¹ ARAÚJO, Edmir Netto. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 13.

²² O direito público e o direito privado não se contrapõem, existindo área comum de conceitos e princípios que podem perfeitamente integrar as concepções características e científicas de cada ramo do direito. EDMIR NETTO ARAÚJO propõe que, para alcançar essa faixa comum, seja utilizado o método de análise regressiva a conceitos, princípios e institutos, eliminando-se as peculiaridades em relação à disciplina a que pertencem, remanescendo apenas os traços comuns (ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit. p. 12). Não se trata, pois, de transposição de institutos do direito privado para o

podendo se resolver no âmbito comercial, civil, administrativo, internacional, constitucional ou trabalhista, apenas para citarmos os mais comuns.

Tal tratamento, contudo, nem sempre foi pacífico na doutrina e na jurisprudência. A existência de um “contrato de direito público” já foi objeto de contestação por parte de juristas, cuja formação era impregnada de matizes civilísticos.

Neste contexto, a *tese negativista* é uma corrente doutrinária que nega que a figura do contrato seja compatível com a índole do Direito Público. Para seus defensores, o contrato postula duas vontades ligando-se livremente uma à outra em posição de inteira igualdade jurídica, de tal modo que qualquer dos contraentes possa exigir do outro o cumprimento das obrigações assumidas. Na medida em que uma entidade soberana, revestida como expressão do interesse público, toma parte em um dos pólos, cria-se um natural desequilíbrio na relação. A vontade que exprime não é do mesmo teor da vontade dos particulares, o que se traduz em imposições unilaterais no decurso da execução do “pseudocontrato”, incompatíveis com a índole contratual²³.

No decorrer do último século, com a elaboração de teses jurídicas com ideias mais moderna, em especial no direito público, enfraqueceu-se bastante essas posições contrárias à existência do contrato de direito público, de tal modo que no direito brasileiro não há, atualmente, divergências neste sentido.

No Brasil e no estrangeiro, é predominante a corrente favorável à aceitação da existência do contrato público, decorrente da categoria jurídica “contrato”, portando contornos específicos e definidos.

Logo, aquilo que se designa como contrato administrativo tem de caber na noção genérica de contrato admitida pela Teoria Geral do Direito; e, para se enquadrar no Direito Administrativo, há que subsistir na disciplina deste contrato um elemento diferencial.

A diferenciação realizada entre os contratos de direito público e aqueles celebrados no âmbito do direito privado, reside, em essência, na própria natureza

direito público, mas à realização da abstração necessária para se atingir a categoria jurídica, na qual é possível adicionar os elementos peculiares para situá-la em qualquer dos ramos do direito.

²³ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 217.

distintiva do dois ramos do Direito. Sobre o tema, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ²⁴ aduz:

(...)quando Ulpiano, pois, distinguia entre jus publicum e jus privatum certamente tinha em mente a distinção entre a esfera do público, enquanto lugar da ação, do encontro dos homens livres que se governam, e a esfera do privado, enquanto o lugar do labor, da casa, das atividades voltadas à sobrevivência.

Portanto, paralelos aos contratos de direito privado caminham os contratos de direito público que, entretanto, com aqueles não se confundem; ambos filiados à genérica figura do contrato, que, em seus matizes particulares se repartem, dicotomicamente, pelos dois ramos principais da ciência jurídica²⁵.

A formação do contrato público possui, pois, requisitos de validade próprios, transcendendo a mera vontade das partes para abrigar-se em determinados fundamentos que são imperiosos para a sua validade, uma vez que o Estado não pode despir-se da sua autoridade para submeter-se a interesses privados.

Sucedem que as relações de direito público, pela presença da Administração, são marcadas pela possibilidade jurídica de imposição unilateral da vontade superior, ou seja, do poder do Estado em salvaguarda do interesse público, sem que, com isso, inviabilize ou cometa atos que raíam o abuso de poder ao contrair relação jurídica com o particular²⁶.

Entre esses acordos sobressai, pela importância cada vez maior que se reveste, o chamado contrato administrativo, que nada mais é do que uma espécie do gênero contrato de direito público. Na lição de CRETELLA JR., “é o contrato de direito público, em matéria administrativa, no qual figura a Administração como parte interessada em concretizar fins de interesse público”²⁷.

O atributo público designa todos os ramos do direito público, e, no caso dos contratos, todas as obrigações de que o Estado é parte e que envolvam interesses públicos²⁸. Na diferença entre o “público” e o “administrativo” é que repousa o

²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 134.

²⁵ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 335.

²⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.3.

²⁷ CRETELLA JUNIOR, José. Op. cit., p. 338.

²⁸ EDMIR NETTO ARAÚJO cita exemplos de contratos de direito público que não se enquadram no Direito Administrativo, como é o caso da naturalização (direito constitucional), os convênios e tratados

elemento para a estrutura conceitual do “contrato administrativo”. Passemos, agora, a desenvolver este conceito.

1.3. CONCEITO

Uma vez apresentado o regime jurídico dos contratos de direito público, cumpre trazer alguns conceitos de contrato administrativo desenvolvidos na doutrina. Ressalte-se, desde já, que não há uniformidade nas noções formuladas, porém é possível perceber a existência de elementos em comum apontados pelos autores.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁹ conceitua contrato administrativo 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 variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Já MARÇAL JUSTEN FILHO define contrato administrativo, em sentido amplo, como “o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”³⁰.

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³¹:

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão-somente os ajustes da Administração, nessa qualidade, celebrados com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

CELSO RIBEIRO DE BASTOS³², por sua vez, define:

internacionais entre Estados (direito internacional), os empréstimos públicos (direito tributário, direito financeiro, direito econômico)(ARAÚJO, Edmir Netto. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 42).

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 615.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit., p. 403.

³¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**, 12ª ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2000, p. 207.

(...)estamos diante de um contrato administrativo toda vez que houver um assentimento, um acordo de vontades entre, de um lado, a Administração, e de outro, quase sempre, um particular, cujo objeto seja algo respeitante ao atingimento de um interesse coletivo ou de uma finalidade pública, e cujo descumprimento, a não ser dentro dos limites de alteração permitidos pela própria natureza do contrato administrativo, gere sanções.

No direito estrangeiro, o português MARCELO CAETANO³³ fixa o contrato administrativo como:

[o] celebrado entre a Administração e outra pessoa com o objetivo de associar esta por certo período ao desempenho regular de alguma atribuição administrativa, mediante prestação de coisas ou de serviços, a retribuir pela forma que for estipulada, e ficando reservada aos Tribunais administrativos o conhecimento das contestações, entre as partes relativa à validade, interpretação e execução das suas cláusulas.

Por fim, o legislador também se preocupou em definir em norma o preceito. O parágrafo único do art. 2º da LGL reproduz:

Considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

O texto normativo nos apresenta, essencialmente, dois pilares que sustentam o conceito de contrato administrativo: a) qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares; e b) a existência de acordo de vontades para a formação do vínculo obrigacional.

Sobre o conceito legal, é do entendimento de EGON BOCKMANN MOREIRA que tal preceito abrange todos os negócios jurídicos bilaterais geradores de obrigações, que originam ou modificam uma relação jurídica administrativa material³⁴.

Diante desta breve reflexão doutrinária, podemos evidenciar alguns pontos basilares que norteiam os conceitos apresentados: a) ser parte, em um dos pólos da

³² BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.131.

³³ CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Ed. Forense, 1970, p. 527.

³⁴ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: a lei geral de licitações/LGL e o regime diferenciado de contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 62.

relação, a Administração Pública; b) ser decorrência da livre vontade das partes; c) apresentar um regime jurídico de direito público; e d) a posição de supremacia que o Estado assume em relação à parte contratante, que se manifesta na possibilidade de alterabilidade das condições fixadas.

1.4. CARACTERÍSTICAS

Conforme desenvolvido anteriormente no ponto segundo deste primeiro capítulo, a teoria do contrato administrativo, tal como elaborada no início do século XX, e amplamente reproduzida nas décadas seguintes, deixou marcado um traço que a caracteriza até os dias de hoje: a afirmação de um regime jurídico especial de direito público nas relações contratuais com o Estado. Como consequência disso, a Administração teria a faculdade de alterar a extensão e as características das prestações estabelecidas no contrato, baseado em um poder de autoridade.

Revestido sobre este manto, o Estado realiza o provimento dos serviços administrativos e públicos, lançando mão do contrato enquanto meio racional para tornar efetivo o cumprimento de suas necessidades orgânicas.

Por isso o interesse na oposição entre os contratos administrativos e os contratos privados. De um modo geral, estamos diante de um contrato de direito privado quando há paridade entre as partes e as normas que regulam o ajuste se pautam no Código Civil; caso ocorra “derrogação” e “exorbitância”, encontramos diante do contrato de direito público³⁵. Nesses, o objetivo é a defesa ou a consecução do interesse público, por isso são marcados pela autoridade, enquanto naqueles a finalidade é diversa e tais poderes não apareceriam.

É possível afirmar, assim, que nos contratos de direito privado, as vontades das partes se equivalem, na maioria das vezes, em uma relação de *horizontalidade contratual*. Já o que caracteriza o contrato administrativo é precisamente a preponderância da vontade do Estado, em uma nítida relação de *verticalidade contratual*³⁶.

³⁵ CRETELLA JR., José. Op. Cit, p. 340.

³⁶ Idem, p. 342.

Tais prerrogativas que conferem ao Estado posição diferenciada na avença recebem a denominação de *cláusulas exorbitantes*. Na definição concebida por HELY LOPES MEIRELLES³⁷:

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.

A lei geral sobre contratos administrativos – Lei nº 8.666/1993 – positivou essa teoria. Determinou o regime jurídico dos contratos administrativos em seu art. 58³⁸ e firmou competências inderrogáveis pela vontade das partes.

Não resta dúvida, pois, de que as relações jurídicas do particular com o ente público, no campo do contrato administrativo, regidos pelas normas de direito público, coloca a Administração em plano de superioridade, justificada pelo resguardo do interesse coletivo, e que não deve se confundir com mero arbítrio.

Apesar dessa inerente preponderância do poder público, a existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas denominadas “exorbitantes”, inadmissíveis no Direito Privado, não representa uma aniquilação ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual.

A contraposição aos privilégios da Administração encontra-se precisamente nas garantias conferidas ao particular ligado pelo acordo. Cabe-lhe integral proteção quanto às condições econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se consubstanciaram no termo estipulado. Para BANDEIRA DE MELLO, esta parte é *absolutamente intangível* e poder algum do contratante público pode reduzir-lhe a expressão³⁹. Daí que a desigualdade antes pendente para a Administração equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado.

VERNALHA GUIMARÃES realiza a distinção, no contrato administrativo, da existência de *cláusulas imutáveis* (econômicas) e *cláusulas mutáveis*

³⁷ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 213.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 617.

(regulamentares)⁴⁰. As primeiras estariam cunhadas pela ideia rígida de imutabilidade, enquanto as segundas seriam caracterizadas pela flexibilidade.

A submissão ao regime jurídico exorbitante apenas se justifica pela busca da realização de interesses públicos, que não são estáticos, mas sim dinâmicos. Eis por que, durante o seu cumprimento, podem fazer-se necessárias alterações para que ele melhor se adapte ao interesse público, desde que respeitada a expressão última e mais importante para o contratado, que é o equilíbrio econômico-financeiro. Aumentada a quantidade do objeto, deve-se aumentar, em igual proporção, a remuneração.

Cumprido ressaltar, por demais, os outros elementos essenciais que devem ser observados nesta modalidade de contrato público. São eles: capacidade, objeto, forma e finalidade⁴¹.

Quanto à capacidade, as partes devem ser capazes, juridicamente, de contratar. Para o particular, capacidade civil, e, em certos casos, habilitação exigida; para o Estado, além da manifestação de vontade, exige-se a competência do órgão em relação ao objeto do contrato. O objeto deve ser lícito e possível, e, além disso, de interesse público. A forma do contrato é, em princípio, escrita e vinculada à lei; a não observância das exigências formais legais pode levar à nulidade da avença. Com relação à finalidade, deve ser, além de pública, de direito administrativo, submetendo o contrato a regime jurídico de direito administrativo⁴².

Finda a análise do gênero contrato administrativo, iniciamos agora o estudo das suas cláusulas exorbitantes, objeto de análise do capítulo segundo, que abaixo iniciamos.

⁴⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração Unilateral dos Contratos Administrativos (interpretação de dispositivos da lei 8.666/1993)**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77-78.

⁴¹ ARAÚJO, Edmir Netto. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 48-49.

⁴² A título de exemplo, citemos os contratos de execução de serviço público, de obra pública e de concessão de serviço público.

CAPÍTULO 2 – AS CLÁUSULAS EXORBITANTES NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1. A IMPORTAÇÃO DO MODELO FRANCÊS

No Brasil, as características peculiares dos contratos administrativos foram sendo desenvolvidas à luz das teorias europeias, em especial às aplicadas no Direito francês .

Desde meados do século XIX e início do século XX, foram gestadas várias teorias que tentaram delimitar juridicamente o âmbito de atuação contratual do Estado com os particulares. Esses estudos irão se desenvolver em consonância com a evolução da própria disciplina do Direito Administrativo.

Sobre a matéria, BANDEIRA DE MELLO⁴³ leciona:

Os que se ocuparam do Direito Administrativo na França, país onde nasceu este ramo do Direito, buscavam encontrar um “critério”, ou seja, uma ideia básica, central, a partir da qual fosse possível reconhecer quando se deveria considerar presente uma situação a ser regida pelo Direito Administrativo, isto é, situação que despertasse a aplicação dos princípios e regras pertinentes a este nascente ramo do Direito e, pois, que em situações conflituosas fosse da alçada do Conselho de Estado, e não da justiça comum. Pois bem, a ideia base inicialmente considerada como o fator de desencadeamento do Direito Administrativo e pólo aglutinador de seus vários institutos foi a ideia de *puissance publique*, isto é, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados.

Importante acentuar que o contexto em que foram concebidas as teorias clássicas do Direito Administrativo, e, em especial, a do contrato administrativo, era de acentuação do caráter soberano do Estado: dele partiam e nele se depositavam com exclusividade as faculdades e prerrogativas de domínio, exercidas, não mais por vontade do monarca, mas em nome do povo ou da nação. O poder pessoal é substituído pelo poder estatal; os esforços se dão pela centralização e unidade do poder⁴⁴.

Diante deste cenário, o Direito Administrativo, ao surgir, foi encarado como um direito “excepcional”, que discrepava do direito privado; subsistia a partir de uma

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

⁴⁴ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 79.

relação verticalizada, cujo núcleo se resignava no “poder” conferido naturalmente ao ente público – é a ideia de “*puissance publique*”. Por isso, necessário dotá-lo de prerrogativas inexistentes nas relações particulares, que “exorbitassem” os direitos e faculdades que se reconheciam no direito comum em suas relações. Nada mais natural, pois, que a prevalência da imperatividade nas relações com os particulares.

A Administração Pública, ao sustentar a necessidade de preservar esses tradicionais e rigorosos princípios de autoridade, como essenciais ao desempenho de suas funções de gestão dos interesses coletivos, acabou por manter uma considerável autonomia e distância face aos demais poderes. Tanto é assim que a França instituiu um sistema de controle de legalidade interno exclusivo para o âmbito administrativo, o *Contencioso Administrativo*, separando as causas da Administração da jurisdição comum⁴⁵.

Mas não só. Para os franceses, o contrato administrativo tinha que atender a três requisitos: a) receber tal qualificação na lei; b) ter por objeto a execução de um serviço público; c) contêr cláusulas exorbitantes. Com relação a estas, concluiu-se que são caracterizadas pelo seu caráter incomum em um contrato de Direito Privado, seja porque aí seria nula, ou seja porque inadaptada a ele ainda que não fora nula⁴⁶.

Para a doutrina francesa, a cláusula exorbitante é a proposição mandamental que, formulada pela Administração, aceita pelo contratante particular e inserida entre as cláusulas de um contrato celebrado pelo Estado, o tipifica como administrativo e lhe dá a marca de direito público⁴⁷.

Logo, se o contrato pode se configurar como fonte de poderes da Administração sobre o particular, o reverso não é tolerado. VERNALHA GUIMARÃES anota que “não é possível prever-se no contrato a vedação ao *ius variandi*, porquanto este é concebido na França como manifestação de *puissance publique*, decorrendo, ainda, de normas públicas”⁴⁸.

Ao tratar sobre o tema, elucida MOREIRA NETO:

⁴⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Mota. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 612.

⁴⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo**. São Paulo, 1986, p. 62.

⁴⁸ GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. **Alteração Unilateral dos Contratos Administrativos (interpretação de dispositivos da lei 8.666/1993)**. São Paulo: Malheiros, p. 150.

Assim é que conceitos como o da imperatividade, da supremacia do interesse público, o da insindicabilidade do mérito e o dos chamados poderes administrativos (...), assomaram a tal importância estruturante que a literatura jurídica do Direito Administrativo tornou-se praticamente unânime quanto à articulação dogmática da disciplina sobre a ideia central de que o *“interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadão”*.

Tem-se, assim, que os juristas brasileiros foram buscar no direito francês as peculiaridades sobre as quais foi inserida a disciplina no país, incluindo a matéria das cláusulas exorbitantes. BANDEIRA DE MELLO chega a ser explícito, nos dizeres de que “a doutrina brasileira, praticamente unânime e sem oposição jurisprudencial, denomina contrato administrativo à figura cujos traços foram bosquejados, reconhecendo-lhe as mesmas características que lhe são imputadas no Direito Francês”⁴⁹.

2.2. A CONTEXTUALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

À parte dos traços de formação do contrato administrativo no Brasil, que será retomado no capítulo seguinte, cumpre estudar o desenvolvimento legal e jurídico das cláusulas exorbitantes e, por conseguinte, das prerrogativas conferidas ao ente público para modificar unilateralmente o contrato.

Esse estudo dogmático é fundamental para que, em um momento posterior, torne-se possível analisar o instituto por um viés mais crítico, ou, segundo alguns doutrinadores, inserido na modernidade.

De início, e conforme já ressaltado anteriormente, o poder de mutabilidade do contrato administrativo é inerente à Administração. O Estado pode tomar a iniciativa de mudar certos aspectos do acordo celebrado, o que vale dizer que a cláusula aceita por ambos pode ser alterada pela vontade do ente público. Nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral⁵⁰.

Não fosse assim, a aplicação da horizontalidade típica das relações entre particulares acarretaria em um profundo gravame ao interesse coletivo, ficando este

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 612.

⁵⁰ Sobre o interesse público, é oportuno ressaltar que, para os objetivos do estudo desse capítulo, a expressão assume conotação como tradicionalmente vem utilizada no âmbito do direito administrativo, ou seja, como fundamento e fim do exercício de funções e da tomada de decisões. O termo será objeto de maior estudo no capítulo terceiro.

enrijecido pela imutabilidade natural do contrato⁵¹. Desde que o interesse público imponha novas condições de prestação, deverá a administração alterar os termos da avença com vistas a estabelecer a adequação relativa⁵².

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, o poder de modificação e rescisão unilateral do contrato administrativo constituem preceitos de ordem pública⁵³. Por justificar-se nas necessidades do interesse público, o *ius variandi* não é competência renunciável ou restringível, mas se impõe objetivamente.

O poder de modificação da Administração – *ius variandi* – deve ser compreendido como uma competência irrenunciável, a qual será efetivada sempre que assim demandar a realidade fática, tendo como finalidade a satisfação de um interesse público. Assinala MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO que “a presença do interesse público na finalidade é que cria o regime contratual administrativo, não a existência de cláusulas exorbitantes, que são a consequência daquele”⁵⁴.

O jurista francês BENOIT também rejeita a compreensão de que as cláusulas exorbitantes configurariam o regime jurídico contratual administrativo. Para ele, a definição do contrato administrativo não ocorre pelas suas cláusulas, mas por seu conteúdo, que se caracteriza pelo “regime geral ao qual ele é submetido, ou seja, precisamente as regras que se vão aplicar em relação ao que não é regulado pelas cláusulas expressas do contrato ou em contradição mesmo com estas cláusulas quando elas infringem as disposições do regime geral consideradas pelos juízes como imprevistas”⁵⁵.

Importante salientar que constatado objetivamente a nova realidade fática, ensejadora do *ius variandi*, a Administração não pode deixar de assim proceder, há a imposição de se utilizar de tal “prerrogativa”; tanto isso é verdade, que o seu

⁵¹ Conforme disserta FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES em sua tese, o aparecimento da eletricidade, na França do início do século XX, colocou em questionamento os contratos de concessão então firmados com as companhias de gás; a partir de então, a doutrina construiu entendimento de que a imutabilidade dos contratos de concessão não se poderia sobrepor ao interesse público, representado ali pela inovação tecnológica advinda da eletricidade. (GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. **Alteração Unilateral dos Contratos Administrativos (interpretação de dispositivos da lei 8.666/1993)**. São Paulo: Malheiros, p. 111)

⁵² GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. **Alteração Unilateral dos Contratos Administrativos (interpretação de dispositivos da lei 8.666/1993)**. São Paulo: Malheiros, p.122-123.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 198.

⁵⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 153.

⁵⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo**. São Paulo, 1986, p. 67.

exercício independe de previsão contratual, no que se compreende a existência de uma cláusula de sujeição implícita ao co-contratante⁵⁶.

Não há, todavia, uma liberdade irrestrita para a Administração impor a alteração como e quando melhor lhe aprouver. Esse poder da Administração não tem a extensão que, à primeira vista, pode aparentar, pois ele é delimitado por dois princípios básicos que o Poder Público deve obediência, quando for exercitar a faculdade de alterar: a variação do interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

MARÇAL JUSTEN FILHO defende que a Administração não pode impor a alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária, mas deve evidenciar a superveniência de motivo que justifique a alteração⁵⁷. A mutabilidade, em momento algum, deve ser compreendida como um princípio draconiano e absoluto que deixe o contratante sob jugo da vontade arbitrária do Poder Público.

Pelo contrário, o contrato administrativo está informado pelo princípio da *pacta sunt servanda*. Não é lícito à Administração utilizar-se da prerrogativa a ela incumbida para deixar de honrar seus compromissos contratuais. Conforme assinala VERNALHA GUIMARÃES, desde que isso aconteça, haverá um uso indevido do instituto caracterizando, sobretudo, desvio de finalidade⁵⁸.

MARÇAL JUSTEN FILHO adota similar posicionamento. Para o ilustre administrativista, “como princípio geral, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e da isonomia”⁵⁹.

Diante disso, a doutrina tenta equacionar o aparente conflito que se coloca no regime jurídico deste tipo de contratação, em que subsistem simultaneamente os princípios *lex inter partes* e *pacta sunt servanda*. O já citado autor paranaense, VERNALHA GUIMARÃES, entende que a coexistência deste princípios são hierarquizadas de acordo com a situação concreta, isto é, de acordo com o “peso” que cada princípio assume na situação em exame⁶⁰.

⁵⁶ GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. **Alteração Unilateral dos Contratos Administrativos (interpretação de dispositivos da lei 8.666/1993)**. São Paulo: Malheiros, p. 123-124.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 771.

⁵⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit. p. 127.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. p.771.

⁶⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit. p. 129.

Portanto, diante da teoria da imprevisão, não há que se falar que não incide sobre o regime dos contratos administrativos a força obrigatória dos termos celebrados; se não fosse assim, esse instituto sequer poderia ser incluído na categoria jurídica “contrato”. Deve-se tentar compreender esta compatibilidade com base no regime jurídico de direito público, incidindo aí os efeitos dos princípios e das regras que se colocam impositivos à atividade administrativa.

Trazendo o tema para a seara do direito positivo, o legislador revestiu a Administração dessas prerrogativas na Lei nº 8.666/93. Segundo TOSHIO MUKAI⁶¹ (1999), “o art. 58 (...) dá azo à aplicação das denominadas cláusulas exorbitantes, de privilégio ou de prerrogativas da Administração, que caracterizam os contratos administrativos”.

Em essência, o citado artigo concretiza no ordenamento jurídico brasileiro as cláusulas exorbitantes, compreendidas enquanto poder conferido à Administração para impor condições que exorbitam do direito comum nas relações administrativas.

No dizer de CAIO TÁCITO⁶² (1975):

(...)o princípio da igualdade entre as partes, que importa na imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do contratante, ou seja, o poder de modificação unilateral da obrigação (regra da mutabilidade do contrato).

O inciso I do art. 58 deixa clara a hipótese normativa como situações que indiquem a “melhor adequação às finalidades do interesse público”. A prerrogativa da Administração instabilizar o vínculo contratual apenas é possível em caso verificada essa hipótese. Trata-se, em específico, das situações em que o interesse protegido pelo vínculo acha-se ameaçado pela desconexão entre as necessidades públicas e o pactuado no contrato administrativo⁶³.

Em contraposição aos poderes públicos em matéria de contratos administrativos, o sistema legal brasileiro também assegurou o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratado para fazer frente à desigualdade na

⁶¹ MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos: comentários à lei n. 8.666/93**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 93.

⁶² TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 292

⁶³ GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. **Alteração Unilateral dos Contratos Administrativos (interpretação de dispositivos da lei 8.666/1993)**. São Paulo: Malheiros, p. 88.

relação. É o que determinou a Constituição Federal, no art. 37, inciso XXI⁶⁴, ao fixar que as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas com cláusulas que estabeleça obrigações de pagamento, “mantidas as condições efetivas da proposta”.

BANDEIRA DE MELLO⁶⁵, ainda, inclui a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo no patamar de direito adquirido. Nas palavras do jurista:

O equilíbrio econômico-financeiro está abrigado, ainda, por outro dispositivo constitucional: o art. 5º, XXXVI, segundo o qual ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’. A equação econômico-financeira contratual é um direito adquirido do contratado, de tal sorte que normas a ele sucessivas não poderiam afetá-lo.

A Lei n. 8.987/1995, por sua vez, ao tratar da concessão de serviços públicos, também previu cláusulas exorbitantes e cláusulas garantidoras do equilíbrio econômico-financeiro. O §4º do art. 9º dispõe que “*em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração*”.

De outro lado, a Lei Geral de Licitação refere-se à proteção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato nos arts. 57, §1º; art. 58, §§1º e 2º; art. 65, II, “d”, §§5º e 6º; art. 40, XI e XIV, “a” e “c”.

Já o art. 65, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, estabelece que o pacto poderá ser alterado, com as devidas justificativas, em duas situações: a) havendo modificação no projeto ou em suas especificações, quando seus objetivos exigirem melhor adequação técnica; b) quando necessária a alteração do valor do contrato em vista do acréscimo ou diminuição do objeto, com observância dos limites admitidos pela lei.

A norma, porquanto, consagrou em específico essas duas hipóteses de alterações contratuais: as alterações qualitativas, previstas na alínea “a”, e as

⁶⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 620.

alterações quantitativas, previstas na alínea “b”, prescrevendo regimes jurídicos distintos para cada uma⁶⁶.

Pois bem. Após essa breve introdução *en passant* do contexto histórico, legal e jurídico das denominadas cláusulas exorbitantes, cumpre analisá-las, de forma mais detida, conforme se colocam na legislação administrativa brasileira e na doutrina “pacificada” sobre o assunto.

2.3. TIPOLOGIA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Neste presente trabalho, utilizar-se-á a tipologia clássica apresentada por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁶⁷ para sistematizar as distintas “roupagens jurídicas” com que as cláusulas exorbitantes se apresentam no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, as prerrogativas exorbitantes nos contratos administrativos podem ser concebidas como cláusulas de executoriedade, cláusulas de *jus variandi* e cláusulas de previsão de efeitos sobre terceiros. Trataremos, sucintamente, sobre cada uma.

2.3.1. Cláusulas de executoriedade.

A prerrogativa de executoriedade do Poder Público decorre da lei, e não de imposição contratual. Refere-se ao plano de exercício dos direitos, e não propriamente ao de sua substância. Sendo extracontratual o privilégio da execução prévia, também assim o são as cláusulas que exprimem executoriedade.

São consideradas cláusulas exorbitantes de executoriedade aquelas apresentadas na Lei n. 8.666/1993, art. 58, incisos II (rescisão unilateral), III (fiscalização), IV (aplicação de sanções) e V (ocupação provisória).

2.3.2. Cláusulas de *jus variandi*

⁶⁶ GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. Contratos administrativos. In: HARGER, Marcelo (coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263.

⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, P. 580.

A modificação unilateral do contrato, prerrogativa conferida à Administração para a tutela do interesse público, não só se encontra limitada pela lei como, pela exigência de submissão a um juízo de razoabilidade. A doutrina moderna exige que o *jus variandi* mantenha a equivalência das prestações, de modo que não se manifeste de forma abusiva.

Como exemplo dessa cláusula exorbitante, cita-se o inciso I (alteração unilateral) do art. 58 da Lei n. 8.666/93.

2.3.3. Cláusula exorbitante de efeitos sobre terceiros

Por fim, na tipologia adotada, há a cláusula de efeitos sobre terceiros; são aquelas que atribuem direitos de expropriação, de receber tarifas, de exercer atividades de polícia e outras, que podem se refletir sobre terceiros, e que, por isso, revogaria a regra *res inter alios acta nec nocet* (“os atos dos contratantes não aproveitam nem prejudicam a terceiros”). Resultam não do contrato, mas sim da aplicação da lei, e, por isso, se incluem apenas para efeitos declarativos e não constitutivos.

Exemplo dessa cláusula é a circunscrita no art. 31, inciso VI da Lei n. 8.987/95.

2.4. ALTERAÇÕES QUALITATIVAS E QUANTITATIVAS

A Lei n. 8.666/1993 disciplinou, em seu art. 65, os parâmetros do poder de modificação unilateral do contrato administrativo, estabelecendo limites à competência. A norma admitiu duas espécies distintas de alterações contratuais: as alterações quantitativas e as alterações qualitativas.

As alterações qualitativas conferem à Administração a possibilidade de modificações no projeto ou de suas especificações para melhor adequação técnica de seus objetivos. Tal prerrogativa, prevista na alínea “a” do art. 65, inciso I, admitiu a possibilidade de a Administração promover mudanças na contratação engendrada de molde a ajustar aspectos do projeto às condições de execução.

MARÇAL JUSTEN FILHO, ao comentar o dispositivo, esclarece que “a melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias

desconhecidas acerca da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotara não era a mais adequada”⁶⁸.

Esses ajustes podem ter como causa a otimização técnica da execução do objeto, principalmente no que concerne à otimização tecnológica ou metodológica, ou a necessidade de adequações técnicas a situações que podem obstaculizar os trabalhos, prejudicando o desempenho contratual. Em um caso, tem-se a melhora do atendimento ao interesse público, pelo aprimoramento técnico da execução; em outro, a salvaguarda do resultado originalmente concebido em face de prejuízos ao interesse público por situações imprevistas⁶⁹ e prejudiciais⁷⁰.

Para VERNALHA GUIMARÃES, também se devem incluir no rol de alterações qualitativas “acréscimos e supressões acerca de quantitativos que se fizerem necessários no curso da execução do contrato, desde que não afetem a dimensão do objeto (caso em que se teria uma alteração quantitativa). Trata-se de reconhecer que as alterações qualitativas podem versar sobre aumento ou redução do *escopo do objeto*, desde que não se mire a alteração na *dimensão do objeto do contrato*”⁷¹.

Ressalta o autor supracitado que o escopo do contrato compreende as atividades necessárias para a consecução do objeto contratual. Ou seja, a Administração, por vezes, necessita acrescentar obras e serviços para fins de atingir o objeto originalmente perseguido. Nessa hipótese, verifica-se um aumento do escopo; configura-se, *in casu*, alteração qualitativa⁷².

Contudo, há limitações às alterações qualitativas que devem ser observadas. A primeira diz respeito com a vedação à transfiguração essencial do objeto; isto é, a modificação da Administração não pode retirar a essência do objeto contratado, de forma a desnaturá-lo, torná-lo “novo objeto”, o que por certo ofenderia o princípio da obrigatoriedade da licitação. Já a segunda limitação se refere ao impedimento de oneração excessiva ao co-contratante, de forma a extravasar sua capacidade operacional. É certo que a Administração, em casos de aumento do escopo, mesmo

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 772.

⁶⁹ MARÇAL JUSTEN FILHO dá o exemplo de falha geológica de terreno, que impede a implantação da obra tal como prevista inicialmente. (JUSTEN FILHO. Op. cit. p. 772)

⁷⁰ GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. **Contratos administrativos**. In: HARGER, Marcelo (coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 264.

⁷¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit. p. 272.

⁷² Idem. Ibidem.

havendo contrapartida financeira, a imposição desmesurada de obrigações pode inviabilizar o cumprimento contratual⁷³.

Sempre que as alterações visarem imediatamente a aspectos qualitativos do objeto, serão configuradas como *qualitativas*, sujeitando-se ao regime legal específico.

Por outro lado, consoante norma do art. 65, inciso II, da lei geral de licitações, os contratos administrativos poderão ser alterados, unilateralmente pela Administração, em seu caráter *quantitativo*. Serão consideradas modificações quantitativas aquelas que versarem sobre variações na dimensão do objeto.

Admite-se que no curso da execução contratual poderá a Administração deparar-se com a necessidade de ampliar ou reduzir o objeto do contrato. Envolve, portanto, variação de quantidade do objeto; perseguem imediatamente a variação da dimensão do objeto contratual⁷⁴.

Sobre a matéria, importante ressaltar os limites fixados pela lei para os acréscimos ou supressões decorrentes da alteração. A Lei n. 8.666/93 assim estipula, no §1º do art. 65:

O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Em comentário ao artigo, JUSTEN FILHO considera que “a dificuldade reside em a lei utilizar como parâmetro não a prestação propriamente dita, mas o valor do contrato”⁷⁵. A questão que se coloca é: Como apurar o valor da alteração? O jurista paranaense afirma que “não haverá dificuldade quando o contrato versar sobre unidades específicas e divisíveis, cujo valor individual possa ser discriminado. Quando, porém, existir preço global, torna-se inviável estimar a dimensão econômica do acréscimo ou da supressão”⁷⁶.

Diante desta dificuldade, a lei contempla o §3º, em que se verifica a ordem de que “se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou

⁷³ GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. Contratos administrativos. In: HARGER, Marcelo (coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 274.

⁷⁴ Idem. p. 285.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 772.

⁷⁶ Idem. Ibidem.

serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo”. Em suma, transfere-se a questão para o âmbito da consensualidade, escapando da prerrogativa exorbitante da Administração.

Ademais, em uma economia de escala, a redução ou o acréscimo nas quantidades podem não ser acompanhados de variações proporcionais e equivalentes no preço. Em face disso, JUSTEN FILHO adota o entendimento no sentido de que “o particular tem o direito de exigir elevação no preço unitário quando forem reduzidas as quantidades desde que demonstre alterações no seu preço de custo. Por igual, a Administração pode impor a redução do preço unitário quando o acréscimo reduzir o custo”⁷⁷.

VERNALHA GUIMARÃES⁷⁸ defende posicionamento similar, no sentido de que a solução residiria na manutenção da equação econômico-financeira, isto é, “alterada a proporção exata objetiva entre custo e remuneração, deve-se recompô-la de molde a restabelecer a situação originária”.

2.5. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

O contratado pela Administração Pública, ao contrair a obrigação avençada, se compromete a desenvolver algumas condutas, segundo o Estatuto Legal vigente. São elas: a) executar fielmente as cláusulas do contrato e as normas legais; b) de reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, os vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução do objeto do contrato; c) de responsabilidade pelos danos causados à Administração ou a terceiros, teoria do risco administrativo; d) responsabilidade pelos encargos do contrato⁷⁹.

Por outro lado, é norma assente aos contratos administrativos o princípio da continuidade do serviço público, o que impossibilita ao contratado opor a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido) ao ente público contratante.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 773.

⁷⁸ GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. Contratos administrativos. In: HARGER, Marcelo (coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 286.

⁷⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 21.

Esse brocardo latino possui origem na antiguidade e é importante princípio nos contratos sinalagmáticos de direito privado. Na legislação, encontra-se consagrado no Código Civil, no art. 476, que dispõe: “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

GOMMES DE MATTOS⁸⁰ explica o conceito:

Este princípio não permite que o contratado deixe de prestar os seus serviços mesmo que a Administração Pública deixe de cumprir a sua obrigação contratual.(...)A *contrario sensu* não existe esta vedação, posto que a Administração pode invocar a aludida regra em seu favor.

O posicionamento acima encontra respaldo na doutrina de meados do século XX. Com a modificação das relações no âmbito da contratualidade do ente público com o particular, o legislador permitiu a oposição de penalidade ao contratante inadimplente, obrigando-o a manter o pagamento.

Nada mais natural, pois o descumprimento da obrigação a cargo da Administração pode levar a empresa à falência, resultando em amplo gravame à consecução do serviço público. Nas palavras de CELSO RIBEIRO BASTOS, “há casos em que os fatos se mostram mais fortes que a própria teoria, ou melhor, esta tem que se render diante da evidência (...)que não é lícito a imposição desse ônus ao particular”⁸¹.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES⁸²:

Mas o rigor da inoponibilidade dessa exceção vem sendo atenuado pela doutrina, para aceitar-se a *exceptio non adimpleti contractus* nos casos em que a falta da Administração cria um encargo extraordinário e insuportável para a outra parte, como, por exemplo, quando o Poder Público atrasa seus pagamentos por longo tempo, obrigando o contratado a um verdadeiro financiamento das obras e serviços não previsto no ajuste.

De modo similar, defende CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁸³:

⁸⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 22.

⁸¹ BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 139.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 482.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 623.

Costumava-se afirmar que a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimplet contractus*) não é intoável pelo contratado nos contratos administrativos. Tal assertiva (que, ao nosso ver, dantes já era inexata) hoje não mais poderia ser feita, pois o art. 78, XV, expressamente estabelece que, se a Administração atrasar por mais de 90 dias os pagamentos devidos em decorrência de obras, serviços, fornecimentos ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo no caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, o contratado poderá suspender o cumprimento de suas obrigações, até a normalização deste pagamentos, ou então obter a rescisão do contrato.

A par das considerações realizadas pelo mestre paulista, a possibilidade ou não de rescisão da avença pelo contratado é questão controversa na doutrina.

Não obstante, perdura o fato de que a lei não prevê a possibilidade de rescisão unilateral do contrato pelo particular, o que, na prática, significa que o co-contratado continua a ter que arcar com os riscos de um eventual inadimplemento por parte da Administração Pública, fator que pode gerar insegurança jurídica e temerosidade no investimento.

2.6. RESCISÃO UNILATERAL

Durante a vigência do contrato administrativo, pode ocorrer, por motivos diversos elencados na lei, sua extinção brusca e antes de findar o prazo convencionado. A rescisão unilateral administrativa representa a máxima prerrogativa exorbitante conferida à Administração.

A Lei nº 8.666/93 enumera os motivos ou causas determinantes para a rescisão. De forma genérica, encontra-se previsto no art. 58, II, combinado com os art. 79, I, e art. 78, I a XII e XVII, e desde que ocorram as situações previstas: inadimplemento; desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou comprometimento da execução do contrato; razões de interesse público; caso fortuito ou força maior.

Para EDMIR NETTO DE ARAÚJO, “não é de interesse público que o contratante particular, relapso em suas obrigações contratuais, seja mantido na execução do ajuste: o dinheiro público estaria sendo mal empregado e gerido”⁸⁴. Adotando a posição tradicionalista, o poder de rescisão unilateral do contrato administrativo, nos casos permitidos, sem participação do Judiciário, fundamenta-se no preceito da prevalência do interesse público sobre o interesse privado.

⁸⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo**. 160 f. Tese (livre docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 140.

Certo é, contudo, que este poder não é absoluto. CELSO RIBEIRO DE BASTOS afirma que “a rescisão unilateral pode ocorrer tanto por inadimplência do contratante como por interesse público na cessação da normal execução do contrato. Em qualquer dos casos é exigida justa causa para o rompimento do contrato, pois não se trata de ato discricionário, e sim de ato vinculado da Administração”⁸⁵.

O ente público deve motivar o seu ato e fundamentar a ruptura; inclusive, indenizar o particular pelos prejuízos suportados. Essa indenização ocorrerá se a atuação administrativa se motivar pelo interesse público, isto é, caso se utilize da prerrogativa exorbitante que lhe é conferida por força de lei⁸⁶. Também se prevê a obrigatoriedade na indenização em razão de caso fortuito ou força maior (incisos XII e XVII do art. 78). DI PIETRO explica que “trata-se de obrigação que também decorre do direito do contratado à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, dentre os quais o prazo de duração do contrato”⁸⁷.

Já se a rescisão tiver origem por culpa do contratado, esse terá a oportunidade de se proteger, em atendimento ao art. 5º, LV, da Constituição Federal⁸⁸, que impõe o respeito ao devido processo administrativo. Após o devido processo, se a rescisão se apoiar em infração contratual, não é devida indenização ao contratado, devendo este arcar pecuniariamente com multas e outras sanções de ordem financeira, pois se pressupõe que causou prejuízo ao serviço público com a sua inexecução contratual⁸⁹.

2.7. FISCALIZAÇÃO

A fiscalização é outra prerrogativa exorbitante do Poder Público, prevista no art. 58, III, e especificamente disciplinada no art. 67 da Lei n. 8.666/93. A Administração, com o escopo de zelar pela realização do interesse público, supervisiona, acompanha e fiscaliza toda a execução do contrato, podendo intervir

⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 137.

⁸⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 45.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 271.

⁸⁸ Constituição Federal, Art. 5º, inciso 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”

⁸⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Op cit. Ibidem.

para determinar o que for necessário para regularizar as faltas ou defeitos detectados.

Parte-se de um caráter preventivo que cabe à própria Administração, pois é do governo a responsabilidade com relação à direção do contrato que continua nas mãos do contratado⁹⁰.

Referida norma prevê que a fiscalização ocorrerá por um representante da Administração, especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. O fiscal deverá anotar em registro as ocorrências relacionadas com a execução contratual, e determinará as eventuais modificações para a correção das falhas observadas⁹¹.

O descumprimento das determinações da autoridade fiscalizadora enseja a rescisão unilateral do contrato, nos termos do art. 78, inciso VII, sem prejuízo das sanções cabíveis.

2.8. APLICAÇÃO DE SANÇÕES

Pela inexecução total ou parcial do contrato, pode a parte inadimplente sofrer sanções de ordem cível e administrativa, com a consequente suspensão provisória e a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração⁹².

As prerrogativas de aplicação das penalidades administrativas encontram-se disciplinadas no art. 58, inc.IV, em combinação com as sanções indicadas no art. 87. São elas: advertência (inc. I); multa (inc. II); suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não inferior a 2 (dois) anos (inc. III); declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos da punição ou até a reabilitação, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrer o prazo da sanção aplicada (inc. IV).

Sobre o tema, expõe HELY LOPER MEIRELLES⁹³:

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 139.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 272.

⁹² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 33.

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 215.

Enquanto nos contratos privados nenhuma das partes pode impor diretamente penalidades à outra, nos contratos administrativos a própria Administração valora as infrações e aplica as sanções correspondentes. É prerrogativa correlata à do controle do contrato, pois inútil seria o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida. Tal poder é extensão da faculdade de auto-executoriedade dos contratos administrativos aos contratos públicos, como privilégio da Administração. Com base nesse princípio, a Administração, quando contrata, fica sempre com a reserva implícita de aplicar as penalidades contratuais, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário, salvo para as cobranças resistidas pelo particular contratado.

As sanções de suspensão de participação em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade de contratar com a Administração (inc. IV) poderão ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos pela Lei de Licitações, tenham sofrido condenação definitiva por participarem de meios dolosos de fraude fiscal no recolhimento de tributos ou que tenham praticado atos ilícitos visando os objetivos da licitação⁹⁴. No caso de declaração de inidoneidade, cabe pedido de reconsideração à autoridade que aplicou a pena.

A pena de multa deve ser prevista no instrumento convocatório ou no contrato, e pode ser aplicada juntamente com qualquer uma das outras, ficando vedada, em qualquer hipótese, a acumulação de sanções administrativas.

Para a cobrança de multa, segundo DI PIETRO, “a administração pode reter a garantia e, se esta não for suficiente, pode deduzir o seu valor de importâncias devidas ao contratado; trata-se de decisões executórias do poder público, que independem de título fornecido pelo Poder Judiciário”⁹⁵.

Para toda essas penalidades deve ser formalmente intimado o acusado, a quem deve ser efetivamente garantidos, além da ciência dos fatos violadores da lei ou do contrato, o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, conforme o inc. LV, do art. 5º, da Constituição Federal e o art. 87, *caput*, da Lei n. 8.666/93.

2.9. RETOMADA DO OBJETO

Em virtude do princípio da contituidade do serviço público, subsiste à Administração Pública a cláusula exorbitante contida no art. 80 da Lei n.8.666/93, a

⁹⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 34.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 273.

qual garante meios para se assegurar a continuidade da execução contratual, sempre que da paralisação possa decorrer prejuízo ao interesse público e ao andamento do serviço público.

Essas prerrogativas aplicam-se somente nos casos de rescisão unilaterais⁹⁶, conferindo à Administração possibilidade de dar continuidade ao contrato, evitando maiores danos à coletividade. São elas:

- I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
- II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;
- III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
- IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

2.10. A INTANGIBILIDADE DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

A noção de equilíbrio econômico-financeiro surgiu a partir dos estudos da jurisprudência do Conselho de Estado Francês, órgão da jurisdição administrativa. O desenvolvimento da teoria que defendia a aplicação de um equilíbrio nos encargos e remunerações dos contratos administrativos teve lugar, em um primeiro momento, com relação aos contratos de concessão de serviço público, passando, em um momento posterior, a ser aplicado a outros contratos administrativos, adaptando-se e adquirindo novas feições.

A doutrina brasileira acolheu a concepção francesa. Todavia, a concepção original francesa foi modificada pelo ordenamento jurídico nacional, segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Para o autor, “no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário”⁹⁷.

Afim de se ter uma noção mais exata de como o instituto se configurou no Brasil, faz-se mister apresentar algumas definições produzidas por renomados administrativistas.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 275.

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 620.

EGON BOCKMANN MOREIRA⁹⁸ conceitua:

Como a própria expressão revela, equilíbrio econômico-financeiro significa a posição estável do projeto concessionário no que respeita à administração de seus recursos materiais (economia) e o capital disponível para tanto (finanças). Fala-se em equilíbrio porque se sabe que existirão oscilações: tanto sob um aspecto como noutro.

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá.

Segundo entendimento de MARÇAL JUSTEN FILHO⁹⁹:

[equilíbrio econômico-financeiro] indica uma espécie de “relação” entre encargos e retribuições gerada para as partes. Significa que os encargos correspondem (equivalem, são guais) às retribuições. A expressão equilíbrio esclarece que o conjunto dos encargos é a contrapartida do conjunto das retribuições, de molde a caracterizar uma equação.

No dizer de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁰⁰:

[equilíbrio econômico-financeiro] é a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração.

Como visto, a doutrina é uniforme e pacífica no tratamento do equilíbrio econômico-financeiro, apontando para a necessidade de seu resguardo. O ato estatal que introduz modificações na esfera do contrato poderá provocar o desbalanceamento da equação, na medida em que novas prestações produzam variação de encargos¹⁰¹.

A noção de equilíbrio econômico-financeiro transita há mais de sessenta anos pelas Constituições sucessivas e resguarda ao mesmo tempo a economia dos contratados e os interesses pela manutenção da capacidade de prestar o serviço

⁹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. Curitiba: Edição do autor, 2010, p. 463.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 145.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 245.

¹⁰¹ GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. Contratos administrativos. In: HARGER, Marcelo (coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 273.

adequado, tanto em termos imediatos como em relação à sua expansão e melhoria¹⁰².

A Lei n. 8.666/93 disciplinou, no §2º do art. 58, a exigência de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em hipótese de modificação unilateral pela Administração. Disciplina o diploma que “as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

Não seria admissível, pois, que a prerrogativa exorbitante produzisse agravos econômicos ao particular, editado sob a legenda do interesse público. Para VERNALHA GUIMARÃES, “este entendimento deriva de um princípio de igualdade entre os encargos sociais”¹⁰³.

Sobre a temática, disserta o jurista lusitano MARCELO CAETANO¹⁰⁴:

O contrato assenta, pois, numa determinada equação financeira (o valor em dinheiro dos encargos assumidos por um dos contratantes deve equivaler às vantagens do outro) e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato da estipulação.

No ensino de EGON BOCKMANN MOREIRA, “a ideia mais importante está em que a disciplina (...)condensa um núcleo contratual que se pretende imune a futuras alterações”¹⁰⁵. Tradicionalmente, esse núcleo se define no respeito à equação econômico-financeira conforme estabelecido pelas condições contratuais; isto é, apresenta-se como figura inviolável em face da discricionariedade do poder público na persecução do interesse coletivo.

ABDUCH SANTOS cita interessante observação de GEORGES PÉQUIGNOT, que faz uma representação matemática da equação econômico-financeira. Para o jurista francês, o equilíbrio do contrato de direito privado é estático, $a = b$, na qual “a” equivale à obrigação assumida, e “b” à remuneração pactuada. Já no contrato administrativo, a proporção se dá pela fórmula $a/b = a'/b'$; isto é, se a Administração

¹⁰² SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 131-132.

¹⁰³ Idem. Ibidem.

¹⁰⁴ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 255-256.

¹⁰⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. Curitiba: Edição do autor, 2010, p. 465.

substitui a prestação por outra, a' , a remuneração original b deverá ser substituída em igual medida pela b' , visando o equilíbrio contratual¹⁰⁶.

Impossível não visualizar, nesse caso, a figura da balança. De um lado, posicionam-se os encargos; do outro, as retribuições. Não é finalidade do contrato administrativo fazer algum dos pratos pesar para um dos lados. A Administração não deve buscar vantagem pecuniária na relação com o particular, não se afigurando como razoável a exigência de que este continue a prestar o serviço em caso de prejuízo financeiro.

A consagração do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de direito administrativo, do ponto de vista do particular, assegura a obtenção do resultado econômico-financeiro projeto quando da elaboração da proposta que antecedeu a contratação. Do ponto de vista da Administração e da sociedade, contribui para a realização do interesse público e para a continuidade do serviço.

¹⁰⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 135.

CAPÍTULO 3 – AS CLÁUSULAS EXORBITANTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA

3.1. DO ESTADO NOVECENTISTA AO ESTADO MODERNO

Conforme tema amplamente tratado no capítulo segundo deste trabalho, o vocábulo “cláusulas exorbitantes” marca a assimetria das relações e a distinção entre os tipos de contratação pública e privada, destacando-se enquanto traço característico e típico do contrato administrativo. Para MOREIRA NETO¹⁰⁷, o desenvolvimento histórico do instituto foi marcado por três fases, quanto ao entendimento da sua natureza.

Na primeira fase, a distinção entre os contratos públicos e os contratos privados tinha razão de existir apenas para fins jurisdicionais, e não substantivos.

Na segunda fase, datada do início do século XX e com forte influência dos administrativistas franceses, começa a surgir um processo de substantivação dos contratos administrativos, levando a doutrina a compreender a categoria como realmente distintiva em sua própria natureza jurídica. Gaston Jèze se torna, à época, o grande teórico da desigualdade das partes no contrato administrativo, justificada pela existência do interesse público.

Tal noção, inserida na vigência do ideário do Estado Liberal, suscitou, a princípio, dúvidas e controvérsias. Questionou-se acerca da própria possibilidade da Administração contratar com particulares, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público. À época, as relações entre administração e administrados se dava perante atos administrativos unilaterais e, em grande parte, discricionários.

OTTO MAYER¹⁰⁸ foi um dos defensores da tese anti-contratualista. O reputado jurista alemão compreendia alguns atos, como a concessão e o contrato de funcionários, como uma função delegada de poder, emanada aos súditos por meio de ato administrativo de submissão. Basta observarmos sua definição do regime jurídico das concessões de serviço público:

(...)É um ato administrativo, uma disposição que determina discricionariamente o que deve ser de direito no caso individual. É um ato

¹⁰⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações no direito administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 413.

¹⁰⁸ MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 161.

jurídico de direito público. A possibilidade de que este ato crie direito e deveres é inquestionável.(...)Na relação jurídica criada pela concessão, as obrigações do concessionário, e, por consequência, os direitos correspondentes ao Estado, aparecem em primeiro plano.(MAYER, 1982, tradução nossa)

Não obstante, firmar-se-á a concepção de contrato administrativo como figura autônoma em relação aos preceitos tradicionais da teoria do contrato privado. Naquele, a Administração detém prerrogativas para assegurar a consecução do interesse público, desde que assegurados os interesses pecuniários do particular contratado.

ODETE MEDAUAR¹⁰⁹ resume as modificações ocorridas no instituto:

Formou-se a teoria de um contrato diferenciado do modelo privado, de um contrato em que a Administração contratante dispõe de certas prerrogativas para assegurar o atendimento do interesse geral, sem o sacrifício dos interesses pecuniários do particular. As cláusulas exorbitantes, assim denominadas na concepção francesa porque se distanciavam dos preceitos vigentes para os contratos privados, permitiam à Administração a modificação unilateral do contrato, desde que assegurada a equação financeira do contrato; possibilitavam a rescisão unilateral; conferiam à Administração amplo controle e acompanhamento da execução do contrato e o direito de impor sanções ao particular contratado; e impedia que este invocasse a *exceptio non adimpleti contractus* a seu favor.

Assim, para LUIS BAETA FUNGHI¹¹⁰, o direito administrativo, em seu nascedouro, não possui um propósito garantístico, especialmente quanto aos “administrados”, consubstanciando-se em um direito a favor da Administração Pública, que estabelece categorias em privilégio desta na regulação das relações jurídico-administrativas, “formando um direito que respalda a atuação autoritária do poder público”.

De qualquer forma, a crise do modelo de concessão de serviços públicos desenvolvido na passagem dos séculos XIX e XX e, sobretudo, o surgimento do Estado-providência tiveram como efeito, em um primeiro momento, o completo obscurecimento da colaboração dos particulares na realização das tarefas públicas.

Apesar da origem no “direito da administração”, verificou-se um processo de transformação, no qual se operou a exclusão paulatina de privilégios especiais ao

¹⁰⁹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 207-208.

¹¹⁰ FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.257, maio/ago. 2011, p. 215.

ente público, transformando-se em “direito administrativo”, em um direito regulador das relações jurídico-administrativas.

A partir dessa concepção, difundiu-se as teorias do contrato administrativo na Europa ocidental e na América Latina. Durante algumas décadas, as linhas teóricas tradicionais prevaleceram como base intacta da atuação administrativa. Os tipos contratuais, em número restrito, pouco variaram, e parecia predominar a atividade administrativa por atos unilaterais¹¹¹.

Todavia, mudanças significativas começaram a surgir nas décadas de 70 e 80 do século XX, e alguns elementos da elaboração clássica passaram a ser revisitados. Dessa época, alargam-se as aplicações da contratualidade administrativa, de modo que essa torna-se o *modus operandi* de atuação do ente público, consoante lição de JOSÉ CASALTA NABAIS¹¹². Senão, vejamos:

(...)o contrato administrativo conheceu um desenvolvimento importantíssimo ao ser erigido em instrumento privilegiado da actuação da Administração pública nos vastos e complexos domínio económico-sociais em que a intervenção estadual foi requerida. Efectivamente, abandonada, por um lado, a crença no automatismo social que caracterizou a compreensão das relações Estado/sociedade no sec. XIX e, reconhecida, por outro lado, a incompatibilidade essencial entre as exigências impostas pela manutenção de uma *sociedade aberta* e a actuação administrativa segundo o modelo clássico da acção autoritária nos domínios económico-sociais – dirigismo económico –, a Administração viu-se progressivamente forçada a recorrer, na sua quotidiana acção de conformação social, à chamada “acção concertada”, a qual, frequentemente, desemboca em actuação contratual. Não admita assim que, por toda a parte, se multipliquem os contratos (acordos ou protocolos), através dos quais a Administração obtem o concurso dos agentes económico e sociais para a materialização das política económicas e sociais de que ela é o primeiro e principal suporte.

O recuo do Estado-providência (ou Estado social) e a devolução à sociedade de um papel ativo na condução dos negócios públicos exigiram o desenvolvimento de novas formas de concretização das relações administrativas. Os modelos imperativos do início do século já não se mostravam suficientes para atender as demandas do fenômeno administrativo¹¹³.

Nesse contexto, ainda, ocorre o dismantelamento entre o público e o privado. A “pedra-de-toque” que fundamentava o poder exorbitante da Administração, o

¹¹¹ FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.257, maio/ago. 2011.

¹¹² NABAIS, José Casalta. **Contratos Fiscais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 56-57.

¹¹³ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 264.

interesse público, sofreu variações em sua concepção rígida e imutável; processou-se o fim na crença de existência de um interesse público superior e autônomo, abrindo espaço para a consideração dos demais interesses sociais. Surge, desse modo, uma das características do Estado contemporâneo: a colaboração entre o público e o privado¹¹⁴.

Essa ideia é defendida há algum tempo pelo jurista francês Laubadère, para quem o particular contratado apresentava-se como colaborador do serviço público, figurando o contrato administrativo como meio de colaboração entre Administração e particular¹¹⁵. ODETE MEDAUAR afirma que o aumento do uso de módulos convencionais, contratuais ou consensuais foi um dos fatores de atenuação do caráter unilateral e impositivo da atividade administrativa, consagrando a chamada *Administração concertada*¹¹⁶.

Não por acaso, os termos privatização, desestatização, liberalização, desregulamentação, desregulação passam a fazer parte do vocábulo do direito na modernidade. Utiliza-se, aqui, o termo em seu vocábulo amplo, para designar todas as medidas que reduziram a atuação do Estado na ordem social, com a transferência, total ou parcial, de atividades ao setor privado, como se ilustra pelos exemplos de venda de estatais, quebra de monopólios públicos, forte utilização das concessões e permissões de serviço público, aumento das parcerias público-privado, incentivo à auto-regulação, emergência do denominado terceiro setor, entre outras¹¹⁷.

É diante desse cenário que a terceira fase ganha existência, marcando a vigência do regime exorbitante na atualidade, a qual vai proceder a uma revisão da doutrina substantivadora do contrato administrativo, ante a demonstração de que é possível e, até, eficiente a gestão privada dos serviços públicos. Argumenta-se que, na concepção que se quer moderna de Direito Administrativo, as cláusulas exorbitantes não representam mais que meras modulações contratuais, inseridas sempre que a matéria administrativa se mostre exigível, ou seja, em se tratando de obras e de serviços públicos.

¹¹⁴ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 265.

¹¹⁵ LAUBADÈRE, 1956, *apud* MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 209.

¹¹⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 209.

¹¹⁷ *Idem*. p. 97.

Esta nova perspectiva apresentada, porém, não se refletiu de modo imediato na disciplina dos contratos administrativos, com sua legislação rígida e suas cláusulas exorbitantes. As prerrogativas da substantivação clássica francesa permanecem como regra pouco mutável na relação entre administração e administrados. Nos dizeres de LUÍS BAETA FUNGHI¹¹⁸:

(...) ainda persistem as categorias que reafirmam a autoridade da ação administrativa, como as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, (...) o que possibilita que ainda sejam diagnosticadas necessidades de mudança no direito administrativo, especialmente para adequá-lo às premissas do estado democrático de direito.

Diante de tais constatações, o presente estudo representa um exercício de reflexão, que visa contribuir para abalizar a relevância, as vantagens e as desvantagens das cláusulas exorbitantes na contemporaneidade.

Inserido o estudo da disciplina em seu viés dogmático e legal nos capítulos antecedentes, cabe agora questionar: qual a função das cláusulas exorbitantes em uma Administração que se quer conceber mais consensual, menos autoritária e mais democrática? Quais os efeitos de sua aplicação no Estado moderno?

Este trabalho não possui a pretensão de conferir resposta completa ou, mesmo, inovadora sobre o tema. Tendo em vista a atualidade da discussão, esse capítulo final pretende expor algumas linhas de pensamento já desenvolvidas na doutrina, de modo a, pelo menos, indicar a significativa transformação por que passa a teoria administrativa e enquadrar a temática no Estado moderno.

3.2. NOÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

Em consonância com a ideia de redução do unilateralismo e dos atos imperativos, na atual configuração do Direito Administrativo é possível conceber a ideia de uma administração consensual, voltada para a utilização de mecanismos de consenso, ou seja, “mecanismos que propiciem o acordo entre os sujeitos

¹¹⁸ FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.257, p. 216, maio/ago. 2011.

envolvidos na ação administrativa, tanto os governantes, quanto os governados, sobre as bases da ordem a que estarão submetidos, respeitando-se a legalidade”¹¹⁹.

A nova abordagem, para ODETE MEDAUAR¹²⁰, busca ver, na situação do contrato administrativo, as partes como parceiras em colaboração, na qual o particular apresenta-se como colaborador do serviço público, figurando o pacto como um instrumento de colaboração entre Administração e co-contratado.

Para tanto, subjacente a este modo de atuar, encontra a ideia de troca de ponto de vista, a substituição lógica da “Administração por autoridade” pela “Administração por consenso”, em que as decisões unilaterais devem dar lugar a soluções obtidas por meio de concordância entre as partes, em um ambiente de maior consenso e de participação¹²¹.

Igualmente interessante citar o pensamento de SABINO CASSESE¹²², Professor Catedrático da Universidade La Sapienza, em Roma, que disserta sobre as transformações do Direito Administrativo:

A supremacia do direito administrativo vem se erodindo. Primeiramente ela cessa de ser um atributo permanente da administração e do direito administrativo e se torna um privilégio que deve ser concedido em cada caso pela lei. Depois, à supremacia e à unilateralidade substituem-se o consenso e a bilateralidade. Enfim, o cidadão não é mais posto em uma situação de subordinação, tendo seus direitos face à Administração assegurados em leis específicas e na própria Constituição.

PATRÍCIA BAPTISTA¹²³ elenca algumas qualidades advindas da consensualidade no âmbito administrativo:

(...) a atividade consensual contribui para aumentar a transparência das atividades administrativas. É preferível, por óbvio, que os interesses privados associados à Administração Pública sejam devidamente identificados em um acordo formal do que, como ocorre por vezes, acertados em prévias negociações de bastidores e, depois, trazidos a público disfarçados de interesses da coletividade. Nessa perspectiva, o consenso se apresenta como instrumento moralizador e de imparcialidade da

¹¹⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 337.

¹²⁰ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 209.

¹²¹ Idem. Ibidem.

¹²² Apud. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 342.

¹²³ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 267.

Administração Pública. Além disso, o consenso confere maior lastro à autoridade que nele busca seu fundamento, colaborando para a construção de uma nova legitimação da Administração Pública. E, finalmente (...), assegura uma maior estabilidade nas relações administrativas, aumento o grau de segurança jurídica das partes envolvidas.

MOREIRA NETO¹²⁴ contrapõe a gestão administrativa coordenativa da gestão subordinativa. Para o autor, a “subordinativa é unilateral, hierarquizada e linear, sendo suas manifestações tradicionais praticamente esgotadas”, enquanto que a “coordenativa é multilateral, equiordinada e radial, apresentando manifestações novas e em plena expansão”.

Ainda, apontam-se pontos favoráveis à adoção dessa nova perspectiva, que justificariam a preferência pela via da coordenação¹²⁵, em abandono à da manifesta imperatividade:

- 1º pelo potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (colaboração);
- 2º pelo potencial criativo e operativo dos próprios entes da constelação estatal;
- 3º pela redução dos custos para o Estado e sociedade (economicidade);
- 4º pela simplificação da máquina gestora do Estado (racionalidade);
- 5º pelo reforço da máquina reguladora do Estado (publicização);
- 6º pela renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Estado (modernização);
- 7º pelo atendimento às demandas reprimidas após o fracasso dos modelos de Estado monoclasa do Welfare State e do Socialista (eficiência);
- 8º pela racionalização da atribuição de competências ao Estado (subsidiariedade).
- 9º pela racionalização da distribuição de competências dentro do Estado (subsidiariedade).

Nessa perspectiva, as razões que autorizam a Administração consensual extrapolam a seara da contratualidade administrativa, abarcando inúmeras temáticas no âmbito de manifestação estatal, fazendo-se presente em diversos mecanismos, como por exemplo: o princípio do devido processo legal e sua maior incidência na atividade administrativa normativa, por meio de audiências e consultas públicas; as arbitragens envolvendo a Administração Pública; o orçamento participativo; as negociações envolvendo o reconhecimento da responsabilidade privada em matéria de defesa concorrência; os termos de ajustamento de conduta com o Ministério

¹²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações no Direito Administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 42.

¹²⁵ Idem. Ibidem.

Público; a participação popular na organização das cidades e na definição das diretrizes do sistema de saúde, da assistência social e da educação¹²⁶.

Importante ressaltar, contudo, que a tendência à horizontalidade no trato das relações, em um Estado social democrático, não pode substituir indiscriminadamente a atuação unilateral da Administração. A verdade é que existem áreas que não se acham sujeitas ao comércio jurídico e que não poderão ser objeto de consenso; não se pode abdicar de funções nem de poderes públicos necessários para a consecução dos objetivos constitucionalmente estabelecidos para a Administração.

Para não perder o foco em razão das várias abordagens que o tema permite, as considerações que seguem irão se restringir à aplicação da noção de consensualidade em matéria de contratos administrativo, e, em específico, das cláusulas exorbitantes.

3.3. ATUALIZAÇÃO CRÍTICA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Como já apontamos no capítulo primeiro, e cumpre retomar brevemente a discussão no atual estágio argumentativo, é clássica a discussão sobre a natureza contratual dos denominados contratos administrativos.

Em um primeiro momento, a doutrina mostrou-se contrária à ideia de que o Estado fosse capaz de celebrar contratos com particulares, mas apenas editar atos unilaterais de soberania. Após, passou-se a conceber a noção de que praticaria atos unilaterais de consentimento, também unilateral, do particular contratado. Finalmente, surge a variante de que o Estado, ao contratar, “praticaria um misto de ato unilateral (quanto às cláusulas regulamentares) e contrato privado (quanto às cláusulas financeiras)”¹²⁷, chegando-se à afirmação de uma espécie contratual sujeita a um regime especial, exorbitante do direito privado.

¹²⁶ O autor espanhol José Bermejo Vera faz alerta para a desmedida ampliação dos mecanismos participativos, o que pode acarretar em consequências negativas como o aumento de custos e a ampliação da burocracia. (VERA, José Barmejo. Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 409.)

¹²⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 341.

Tal noção vai se cristalizar e se difundir nos ordenamentos jurídicos, levando à aceitação pacífica da possibilidade do particular celebrar avenças com o ente público.

Todavia, majoritária doutrina ainda prende-se à ideia de que o contrato administrativo esteja sujeito a um regime jurídico especial, de “direito público”, trazendo como característica fundamental a previsão de certas prerrogativas exclusivas da Administração, as “cláusulas exorbitantes”, em que vigora a noção de desigualdade jurídica das partes.

Ao discorrer sobre o tema, aponta FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA¹²⁸:

Além de serem questionáveis os fundamentos teóricos dessa distinção de regimes aplicáveis à Administração e aos particulares enquanto partes contratantes, também é questionável se tais instrumentos são aptos a garantir o atendimento do interesse público. Quanto aos fundamentos teóricos, a principal objeção que a eles se levanta diz com a crítica da própria distinção entre direito público e direito privado, ou mesmo da distinção entre governantes (Estado ou Administração) e governados (particulares) enquanto indivíduos.

A crítica que se apresenta não é nova. Voz isolada em uma época de fortalecimento do poder público, Duguit, no início do século XX, manifestava-se contra a polarização dos contratos em “contrato de direito público” e “contrato de direito privado”. De forma energética, o francês, ao dissertar sobre os contratos administrativos, conclamava que o instituto “não responde a nada e tem o risco de conduzir a consequências lamentáveis”¹²⁹.

Não obstante, essa tese de Duguit foi repudiada, em 1924, por Otto Mayer, que retomava o conceito de imperatividade, revigorando a noção de supremacia da Administração Pública. Em 1951, Charles Eisenmann constatou que a sede da supremacia estaria sendo deslocada para o âmbito constitucional. No mesmo sentido, em 1965, Giannini aponta a marca revitalizadora das instituições públicas do segundo pós-guerra, decorrente da própria modificação na estrutura social. Hodiernamente, Sabino Cassese aponta que a ideia de imperatividade e de

¹²⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 342.

¹²⁹ DUGUIT, 1930 *apud* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 343.

supremacia do Direito Administrativo foi longeva pelo fato de os Estados permanecerem hipertrofiados e hegemônicos durante longo período na história moderna¹³⁰.

3.3.1. Vantagens das cláusulas exorbitantes no Estado Moderno

Em um contexto de economia semidirigida, as cláusulas exorbitantes conferiam vantagem inegável ao Estado. Com a expansão da atuação do Estado, no modelo denominado *welfare state* na Europa e com o estabelecimento do socialismo na União Soviética, há um privilégio que se concede ao Direito público em detrimento do privado.

Com o questionamento da eficácia de tutela do Estado Liberal no pós-guerra, o Estado de Bem-Estar Social se avulta em concomitância com a segunda geração de direitos, chamados coletivos e sociais exatamente pelo fato de se dirigirem à sociedade, protegendo-a dos abusos do capital. A liberdade não é mais tratada com o espaço não regrado pelo Estado, mas é antes o campo disciplinado para o coletivo, sujeito a recorrentes intervenções¹³¹.

Evidentemente, diante dessa conjuntura de economia fechada, explicava-se a baixa preocupação com a competitividade por capitais e tecnologias; subsistiam políticas públicas dirigistas cujo intento se orientava pela busca da auto-suficiência estatal, numa lógica de substituição de importações e estatização da economia

Nesse cenário – de construção dos direitos coletivos e sociais pelo ente público –, a previsão de prerrogativas contratuais à Administração Pública lhe proporcionava deter a palavra final para ditar qual seria o interesse público prevalente. Mesmo nas suas relações negociais, de caráter predominantemente privado, o poder público não se despia em momento algum do monopólio de determinar o que constitui o interesse público, entrenchando poder nas suas próprias mãos.

¹³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, P. 573-574.

¹³¹ PIRES, Maria Coeli Simões. A revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um exercício em prol da democratização do sistema administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (coord.). **Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 153-154

Com efeito, A segunda vantagem estaria relacionada ao princípio da supremacia do interesse público, o qual deveria prevalecer diante de outros direitos ou interesses em jogo. Dessa forma, as prerrogativas da Administração Pública se justificam para fazer preponderar o interesse público sobre os interesses privados.

3.3.2. Desvantagens das cláusulas exorbitantes no Estado Moderno

Tomando por base lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “essas vantagens perdem sentido e estão em vias de desaparecer nos quadros atuais da economia de mercado, demandante de alta competitividade para trair capitais, tecnologia, mercados e cérebro, levando o Estado a atuar não mais como mero executor, mas como formulador político de instrumentos de fomento”¹³².

Percebeu-se que o Estado não deve mais ter o papel único de executor de prestações materiais aos administrados, mas deve ter a função de regular e fomentar as atividades prestacionais que possam atender aos interesses privados. As cláusulas exorbitantes apresentam-se, assim, contraditórias ao novo modelo de Direito Administrativo, pois os interesses públicos e privados não são mais opostos e excludentes.

Outra desvantagem que se coloca diz respeito à insegurança jurídica advinda da possibilidade de a Administração Pública instabilizar o vínculo contratual através das suas prerrogativas inerentes. O ente privado nunca pode esperar estabilidade no contrato administrativo, visto que há a possibilidade de ser surpreendido pela atuação unilateral do ente público, o que gera uma constante tensão no equilíbrio e na execução do pacto.

Ainda, conforme exposto no capítulo segundo desta monografia, é prerrogativa da Administração, unilateralmente, rescindir, modificar ou aplicar sanções na avença. Evidentemente, os contratados embutem nos preços cobrados o custo do risco da eventual aplicação dessas cláusulas; com isso, o Estado paga mais pelos serviços com relação ao particular não tutelado pela Lei 8.666/93.

A esse respeito, vejamos explicação de MARÇAL JUSTEN FILHO¹³³:

¹³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações no Direito Administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 418.

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de rodovias – a experiência brasileira. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 234.

Um ponto de grande relevância reside no reconhecimento de que a incerteza e a insegurança quanto a os efetivos custos de transação produzem a elevação dos preços. Em outras palavras, o agente econômico “precifica” sua própria insegurança. A elevação da margem de risco reflete-se no aumento dos preços praticados por um agente econômico, até atingir o ponto em que o risco é tão elevado que o sujeito prefere evitar a realização do negócio.

A Economia reconhece que os custos de transação são reduzidos na medida em que uma contratação é completa e dispensa inovações posteriores. A exaustão da disciplina contratual no momento da avença gera a redução da incerteza e da insegurança – logo, a diminuição dos custos de transação. Isso permite ampliar o número de agentes econômicos interessados em participar da contratação e a prática de preços mais convidativos.

Ademais, citando o magistério do paulista FERNANDO DIAS DE MENEZES¹³⁴, esse elenca um rol dos malefícios com origem no uso indiscriminado das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *In verbis*:

- a) de estímulo à ineficiência da Administração, muitas vezes acomodada, v.g., na facilidade de poder alterar ou rescindir unilateralmente os contratos – o que pode induzir a celebração de contratos insuficientemente planejados, com objetos mal dimensionados, em suma, com elementos que dificultam sua boa execução;
- b) de geração de contratos mais onerosos para a Administração, pois evidentemente nos preços das contratações estatais está incluído o custo adicional decorrente da incerteza gerada pelas cláusulas exorbitantes;
- c) de legitimação de práticas autoritárias dos governantes, incompatíveis com o Estado de Direito; tais práticas podem se caracterizar tanto pelo uso das medidas unilaterais – de índole autoritária, ainda que fundamentadas na lei –, ou, pior ainda, na coação moral decorrente da ameaça do uso de tais medidas;
- d) de facilitação de desvios em relação à probidade administrativa, no curso da execução dos contratos, posto que ao administrador resta aberta a possibilidade de, por exemplo, alterar ou não certas cláusulas contratuais; nesse caso, o agente ímprobo tanto pode receber vantagens indevidas para não o fazer, como para fazê-lo, atendendo exclusivamente ao interesse do particular contratado, em detrimento do interesse público.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹³⁵, em similar sentido, também expõe as inconveniências do atual sistema de cláusulas exorbitantes :

- 1o. a imprecisão e a insegurança de direitos resultantes do manejo público das prerrogativas da Administração nas transações, pela ambivalência de sua origem e justificativa, ou seja, o fato de decorrerem ou da natureza dos contratos (relativas) ou da natureza da própria administração pública (absolutas);
- 2o. o agravamento dos custos de transação pelo aumento do

¹³⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 344.

¹³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações no Direito Administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 582.

risco, enquanto a redução e a abolição dessas cláusulas minimiza o chamado risco soberano; 3o. o déficit de transparência da transação, pois as prerrogativas são genericamente estabelecidas nas leis, sem evidente relação com as situações fáticas específicas e as peculiaridades de cada contrato; e 4o. o sacrifício da confiança legítima do administrado na transação, pois as prerrogativas tanto podem servir a propósitos legítimos como disfarçar intenções ilegítimas, como a difundida e gravosa corrupção pelo temor.

Para além das desvantagens acima expostas, MARIA JOÃO ESTORNINHO¹³⁶ alerta que, longe de ser um sinal de modernidade, o contrato administrativo ao estilo francês encobre técnicas autoritárias de Administração, e o uso desmedido de cláusulas exorbitantes desfavoráveis ao particular põe em xeque o esforço, desde meados do século passado para cá, por relações estáveis e duradouras, celebradas em um ambiente de colaboração, visando a melhoria nos serviços como um todo.

3.4. A REVISÃO DO FUNDAMENTO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

A par das críticas que se pode realizar sobre a aplicação das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, fato é que essas prerrogativas foram, desde cedo, acolhidas pela legislação e pelo pensamento jurídico brasileiro. Veremos, pois, propostas formuladas na doutrina para melhor adequar o fundamento dessas cláusulas à modernidade.

Com o Estado democrático que se inaugurou, principalmente, a partir Constituição Federal de 1988, não mais parece coerente a fundamentação das cláusulas exorbitantes como instrumentos de imperatividade sobre o qual se reveste o Estado enquanto agente único e legitimado para buscar a satisfação do interesse público.

GUSTAVO BINENBOJM¹³⁷ realiza uma desconstrução do princípio clássico da supremacia do interesse público à luz do vigente sistema constitucional:

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que o “princípio da supremacia do interesse público” também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a

¹³⁶ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 201.

¹³⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 95.

dissociação do interesse privado, colocando-se em cheque o conflito pressuposto pelo “princípio”; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional

Por sua vez, MARÇAL JUSTEN FILHO defende a existência de não apenas um, mas vários interesses públicos, que devem servir como critérios para verificação de resultados e não como pressuposto das decisões administrativas, afirmando que “o núcleo do direito administrativo não é o poder (e suas conveniências), mas a realização dos direitos fundamentais. Qualquer invocação genérica ao ‘interesse público’ deve ser repudiada como incompatível com o Estado Democrático de Direito”¹³⁸.

Como se observa, tem-se colocado em crítica a tradicional concepção do interesse público como fundamento axiológico da atuação estatal. Se fosse possível admitir um princípio de supremacia, abstraindo-se todos os problemas metodológicos que isso implicaria, a preferência recairia sobre os direitos fundamentais, privilegiando a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento de concepções utilitaristas de Estado, pautadas em um interesse público genérico.

Em ensaio sobre o tema, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹³⁹:

Tampouco seria uma supremacia, por definição, do interesse público *in genere* sobre quaisquer outros, pois os *direitos fundamentais*, por serem conaturais ao homem e às suas intengíveis personalidade e dignidade, precedem a quaisquer outros, só admitindo aplicação ponderada: a que maximize o atendimento de todos os interesses em conflito.

De posse dessa noção, não se pretende excluir, em absoluto, a competência do Estado tutelar os denominados interesses públicos. Importante ressaltar que o ente público continua detentor de faculdades e competências próprias que lhe conferem a autoridade imprescindível para a concretização das funções públicas.

Contudo, a consequência dessas outorgas ao Estado não afasta a possibilidade de conceber tais interesses de forma não excludente ou absolutamente contraposta aos interesses particulares.

¹³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, P. 71.

¹³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (coord.). **Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 79.

Não se trata, igualmente, de colocar no mesmo patamar interesses públicos e privados; a convivência destas duas ordens de interesses não deve basear-se em idéias de excludência e necessária contraposição¹⁴⁰. Ao contrário, deve-se procurar “a supremacia do interesse público com o menor sacrifício para os interesses privados envolvidos, buscando encontrar soluções que não deixem desamparado o interesse público, mas, na medida do possível, satisfaçam também os interesses privados ou lhes causem a menor restrição possível”¹⁴¹.

MENEZES DE ALMEIDA defende esse posicionamento para fundamentar uma reinterpretação restritiva das cláusulas exorbitantes, consignando que “é do interesse do direito e da sociedade, antes de ser interesse público ou interesse particular, que um contrato seja bem-sucedido, (...) que seu objeto seja adequadamente oferecido à população”¹⁴².

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO já afirmava que o fiel cumprimento das cláusulas contratuais administrativas representa, para ambas as partes, um “respeito mútuo de interesses”¹⁴³, em que Estado e particular se satisfazem em igual medida do correto adimplemento do pacto.

Nesses lindes, o público não se coloca como antítese do privado, e as duas áreas não podem ser consideradas focos de recíprocas lesões. No Estado Democrático de Direito, cabe descartar a identidade entre a esfera pública e aquela de incidência do poder estatal, numa visão reducionista da legitimidade de manejo do interesse geral¹⁴⁴.

O fundamento substantivo das prerrogativas especiais conferidas à Administração, nesse contexto, seria deslocado do eixo da imperatividade substantiva. O Estado vai abandonando a pretensão de ser dirigente e mentor da sociedade, para lançar-se na missão de ser dela instrumento e parceiro; a imperatividade deixa de ser critério para ser ferramenta.

¹⁴⁰ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 138.

¹⁴¹ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Idem. p. 136.

¹⁴² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 345.

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 581.

¹⁴⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. A revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um exercício em prol da democratização do sistema administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (coord.). **Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 153-154.

Sucintamente, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹⁴⁵ expõe o percurso histórico do conceito de prerrogativa para a satisfação do interesse público:

Desde a *arbitrariedade* das “razões de Estado” (de sua origem absolutista), passando pela definição da *discricionariedade*, então, *substantivamente insindicável* (do Direito Administrativo clássico), até a revisão da *discricionariedade*, já entendida como *amplamente sindicável*, que é a hoje assente no Direito Administrativo pós-moderno.

A passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação marca, assim, o atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre sociedade e Estado, e põe em evidência a missão instrumental que lhe cabe, “tudo para que jamais e a qualquer pretexto se volta a invocar supremacia téticas ou *raisons d’État* para sobrepor quaisquer interesses aos direitos fundamentais”¹⁴⁶.

Com isso, abrem-se novos campos para a expansão de um Direito Administrativo renovado, porque mais conforme com os ideais do Estado Democrático de Direito e com as aspirações de uma sociedade que se mostra cada vez mais aberta, dinâmica e competitiva.

¹⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, P. 574.

¹⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (coord.). **Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 79.

CONCLUSÃO

As cláusulas exorbitantes tiveram inicial desenvolvimento na conjuntura do modelo jurisdicional francês do século XIX, em um cenário de necessária centralização dos poderes do Estado. Importadas para o direito positivo brasileiro, as prerrogativas conferidas à Administração foram disciplinadas, principalmente, pelas Leis n. 8.666/93 e n. 8.987/95.

Sua aplicação reflete, sob certo ângulo, a noção de supremacia do Estado em relação ao particular, em que aquele é considerado como o único legitimado para a persecução e atingimento do interesse público. Todavia, com as significativas mudanças ocorridas na ordem econômico-social durante o século XX, houve um aumento da contratualização com os particulares.

Nesse contexto, surge a noção de Administração consensual ou Administração concertada, a qual busca ver, na situação do contrato administrativo, as partes como parceiras para o atingimento dos interesses coletivos, figurando o pacto como um instrumento de colaboração entre Administração e co-contratado.

Por fim, não se propõe uma neutralização completa das prerrogativas conferidas à Administração Pública, mas sim um restringimento das suas aplicações, tendo em vista as inúmeras desvantagens do uso indiscriminado desses poderes. O fundamento substantivo das cláusulas exorbitantes deve ser deslocado do eixo da imperatividade para o da ponderação nas relações entre Estado e particulares, visando o efetivo atendimento das demandas sociais e econômicas do século XXI.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- ARAÚJO, Edmir Netto. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo**. São Paulo: Edição do autor, 1986.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Ed. Forense, 1970.
- CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CERVO, Amado Luiz. A Ação internacional do Brasil em um mundo em transformação: conceitos, objetivos e resultados. In: ALTEMANI, Henrique; LESSA, Antônio Carlos(Org.). **Relações Internacionais do Brasil: temas e agendas**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981.

FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.257, maio/ago. 2011.

GOMES, Orlando. **Contratos**, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. **Alteração Unilateral dos Contratos Administrativos (interpretação de dispositivos da lei 8.666/1993)**. São Paulo: Malheiros.

GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. Contratos administrativos. In: HARGER, Marcelo (coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, vol. IV, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de rodovias – a experiência brasileira. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. Curitiba: Edição do autor, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: a lei geral de licitações/LGL e o regime diferenciado de contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações no Direito Administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (coord.). **Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos: comentários à lei n. 8.666/9**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NABAIS, José Casalta. **Contratos Fiscais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PIRES, Maria Coeli Simões. A revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um exercício em prol da democratização do sistema administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (coord.). **Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- VERA, José Barmejo. Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.). **Uma**

avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. São Paulo: Renovar, 2003.