



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VÁRZEA GRANDE
GERÊNCIA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS AO CURSO DE DIREITO**

**LIMITAÇÕES ÀS CLÁUSULAS EXORBITANTES DO CONTRATO
ADMINISTRATIVO**

**Várzea Grande
2016**

RODOLFO DUTRA HAUBERT

**LIMITAÇÕES ÀS CLÁUSULAS EXORBITANTES DO CONTRATO
ADMINISTRATIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Univag, como requisito parcial para a obtenção do título de graduado em Direito.

Orientadora: Fabiana Curi

**Várzea Grande
2016**

RESUMO

O presente trabalho tem por desiderato a análise das cláusulas exorbitantes, instituto fundamental e obrigatório no contrato administrativo e a possibilidade de limitá-las, reduzindo a sua aplicação.

A cláusula exorbitante sem dúvida é um mecanismo de defesa ao erário público, projetando a administração pública num patamar mais elevado que o privado, ou seja, deixando a administração pública em vantagem em uma relação contratual, contudo, de acordo com a pesquisa, mostrar-se-á que as cláusulas exorbitantes podem ter sua aplicação limitada ou até mesmo deixar de aplicá-las.

Palavras – chaves: Contrato Administrativo, Cláusula exorbitantes, limitações.

1 – INTRODUÇÃO

A teoria geral dos contratos por meio de seus princípios e orientações preconiza que em toda relação contratual deverá haver equilíbrio entre as partes, ou seja, que não serão admitidas cláusulas que deixem um polo em desvantagem ao outro. Entretanto, esse equilíbrio só ocorre em contratos de natureza privada, uma vez que o direito administrativo permite a inclusão de cláusulas que deixem o polo privado em situação de desvantagem perante a administração pública.

Nesta corrente, fica claro que as cláusulas exorbitantes não podem ser aplicadas em contratos de natureza privada, sob pena de nulidade ou serem tidas como cláusulas não escritas, o que não ocorre no contrato administrativo que permite cláusulas que posicionam o polo privado em evidente desvantagem como a rescisão unilateral, exigência de garantias, aplicação de penalidades pela própria administração, retomada do objeto, restrições a uso da exceção do contrato não cumprido, fiscalização da execução do contrato.

Na primeira parte do trabalho trataremos de contrato administrativo, dissertando sobre seus conceitos, definições e características.

Logo após, veremos as cláusulas exorbitantes, suas naturezas, tipos, aplicações, conceitos e finalidades. Por seguinte, analisaremos as possibilidades de limitação das cláusulas exorbitantes e de sua não aplicação, listando três exemplos.

E por derradeiro, foi feita a pesquisa de campo, que consiste em entrevistas a advogados públicos no intuito de serem esclarecidos de maneira prática os efeitos das cláusulas exorbitantes.

Também foi entrevistada a figura do polo privado, *in casu*, foi entrevistado o diretor de uma empreiteira em virtude da mesma celebrar inúmeros contratos com a administração pública e por poder retribuir informações com propriedade acerca das cláusulas exorbitantes estarem em seu desfavor.

Após as referências bibliográficas encontra-se em anexo um contrato administrativo com suas cláusulas exorbitantes destacadas.

2 – LIMITAÇÕES ÀS CLÁUSULAS EXORBITANTES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1 – Contratos Administrativos

É todo ajuste que a Administração firma com o particular ou outra entidade administrativa visando sempre o interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração não obedecendo ao princípio da igualdade entre as partes tampouco do equilíbrio contratual.

Entre suas características mais notórias, podemos destacar as seguintes:

- a) Consensual, por se tratar de um acordo entre as partes, ou seja, um ato bilateral, e não uma imposição da administração pública.
- b) Oneroso, pois é convencionada uma remuneração nas licitações ou dispensas na forma da lei.
- c) Formal, pois é escrito, lavrado em um instrumento e obrigatoriamente obedecendo a requisitos formais estabelecidos por pela Lei 8.666/93.
- d) Comutativo, pois estabelece obrigações recíprocas.
- e) Intuitu Personae, o contrato deverá ser executado pela pessoa contratada, vedado à sub-rogação salvo nos casos de autorização previstas no edital ou no instrumento contratual.

Segundo os pensamentos da Ilustre doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (pag.233, 20ª E.), externa seu posicionamento sobre contrato administrativo da seguinte maneira:

“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 que a administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.”

Entendemos que contrato administrativo seja toda contratação da administração pública visando interesse público seja em obras públicas, concessões de serviços, contrato de fornecimento, contratos de gestão entre outros.

Já no entendimento do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles (pag. 215, 36ª E.), a definição de contrato administrativo se resume em:

3 - CONCEPÇÃO DE CLÁUSULAS EXORBITANTES

Cláusulas exorbitantes são aquelas que atacam diretamente a isonomia contratual, deixando o polo privado em notória desvantagem à administração pública, colocando a administração pública em posição privilegiada garantindo-lhe diversas prerrogativas amparadas pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado.

Essas cláusulas em uma relação de contratação privada seriam ilícitas e consideradas cláusulas não escritas e por consequência cláusulas nulas por atacarem frontalmente os princípios preconizados pela Teoria Geral dos Contratos. Conforme ensinamentos do Mestre em Direito Administrativo pela UFRJ, José dos Santos Carvalho Filho (pag.191, 26ª Ed.), preceitua que:

“Cláusulas de privilégio, também denominadas cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada.

Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciadas pelos estudiosos do assunto, atualmente transparecem no texto legal sob a nomenclatura de “prerrogativas” (art. 58 do Estatuto). São esses princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos (art.54, Estatuto).”

Na correta lição de CAIO TÁCIO, “o princípio da igualdade entre as partes, que importa a regra da imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do outro contratante”.

O corolário dessa desigualdade pela própria lei atribui grandes vantagens prometidas à Administração.

Não menos importante, é de extrema valia ressaltar a definição das referidas cláusulas pelo intelecto do mestre Hely Lopes Meirelles (pag.217 Ed. 36):

Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita 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. É portanto a presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam “la maruqe du Droit Public”, pois como observa Laubadère: “C est em effet la

présence de Telles clauses dans un contrat que est Le critère par excellence son caractere administratif.

Vale ainda evidenciar, o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, pag. 256) acerca das cláusulas exorbitantes:

“São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.”

Elucidado as definições e conceitos acerca das cláusulas exorbitantes, inclusive destacadas pelo pensamento de renomados e respeitados doutrinadores administrativos, o próximo tópico abordará cada uma delas em seus conceitos e peculiaridades, prossigamos.

4 - GÊNEROS DE CLÁUSULAS EXORBITANTES

Nesta segunda parte do presente trabalho, será analisado cada cláusula, exibindo seu conceito, gêneros e sua aplicação, como exposto alhures, têm elas o condão de prevalecer sobre o polo privado para garantir o interesse público e proteger o erário.

São elas: alteração unilateral, rescisão unilateral, exigência de garantia contratual, fiscalização da execução do contrato, penalidades, retomada do objeto e restrição a uso da exceção do contrato não cumprido.

4.1 – Alteração Unilateral

O artigo 58, inciso I e o artigo 65 da Lei 8.666/93 autorizam a Administração Pública em alterar o instrumento contratual unilateralmente, situação esta que seria ilegal caso fosse praticada em um contrato de natureza privada.

Os referidos artigos autorizam a alteração unilateral em duas situações:

- a) Quando há modificação do projeto ou das especificações, com vistas à melhor adequação técnica aos fins do contrato, sendo esta a alteração qualitativa;
- b) Quando é preciso modificar o valor em virtude do aumento ou diminuição quantitativa do objeto contratual, sendo esta a alteração quantitativa.

Entretanto os atos da administração pública que alteram unilateralmente o instrumento contratual, para serem válidos, obrigatoriamente têm que observar alguns requisitos previstos na Lei 8.666/93.

Há de ser respeitada a natureza do contrato, ou seja, o seu objeto, a título de exemplo: se foi adjudicado à contratada o objeto de realizar uma ponte, a alteração não poderá determinar que fosse feito a pavimentação de determinada rodovia.

Também deverá estar presente o interesse público e como é um ato discricionário deverá ser motivado pelo agente público. O equilíbrio econômico financeiro do contrato deverá ser respeitado, pois não pode haver lesões à contratada o que poderia vir a impedir da mesma ter condições financeiras de concretizar o objeto licitado. Importante destacar que quando for alteração quantitativa deve respeitar as alterações em no máximo 25% do valor contratual, se valendo de supressões ou adições pois o desrespeito à essa porcentagem poderá incidir em alteração do objeto, vindo a ferir diretamente o princípio da isonomia refletindo no procedimento licitatório.

Sobre o poder de alterar unilateralmente o contrato, Hely Lopes Meirelles ensina:

“Imobilizar as cláusulas regulamentares ou de serviço, nos contratos administrativos, importaria impedir a Administração de acompanhar as inovações tecnológicas, que também atingem as atividades do Poder Público e reclamam sua adequação às necessidades dos administrados.”

4.2 – Da Rescisão Unilateral

A Administração Pública possui também a prerrogativa de rescindir o instrumento contratual de forma unilateral desde que para isso exista razões de interesse público.

Os artigos 58 II c/c 79, e 78 I a XII e XVII da Lei 8.666/93 são quem dão supedâneo a tal prerrogativa.

Existindo razões de interesse público para rescindir unilateralmente o contrato, deverá a Administração Pública notificar o contratado para que este exerça seu direito de defesa, ou seja, deverá ser respeitado a garantida constitucional do contraditório e a ampla defesa sob pena de nulidade do ato administrativo.

A rescisão unilateral não é ato discricionário, pois se vincula às hipóteses do artigo 78 da Lei em destaque.

4.3 – Da Garantia Contratual

Outra cláusula exorbitante é a prerrogativa que possui a Administração Pública em exigir uma garantia do contratado, como forma de segurança do cumprimento do objeto adjudicado e também pode ser usada em casos de penalidade na modalidade multa que veremos logo mais.

A possibilidade de exigir a garantia contratual possuiu sua égide nos incisos e parágrafos do artigo 56 da Lei 8.666/93.

Sobre a perda da garantia contratual destaca o saudoso Hely Lopes Meirelles (228, Ed. 36):

“A perda da garantia se dá toda vez que seu ofertante faltar com o prometido à Administração, nos termos do edital ou do contrato, ou em consequência do desconto de débitos ou de multas em que o contratado incidir e não recolher no devido tempo. Nesses casos, a Administração poderá incorporar ao seu patrimônio a caução em dinheiro ou em títulos, até o limite devido pelo contratado, ou cobrar do fiador ou do segurador as respectivas garantias por eles prestadas. Reduzida ou perdida a garantia inicial, é lícito à Administração exigir sua recomposição para prosseguimento do contrato, sob pena de rescisão unilateral por inadimplência do contratado.”

Mister ressaltar, que só poderá ser cobrada a garantia contratual caso exista uma prévia previsão, esta estará inclusa no instrumento convocatório (edital de licitação) ou até mesmo no Instrumento contratual.

O valor da garantia contratual não poderá exceder o valor de 5% do objeto contratado como regra geral, entretanto quando o objeto contratual ensejar grande complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, essa porcentagem poderá ser firmada em 10%, como dito, dependendo do caso concreto.

4.4 – Da Fiscalização

A lei 8666/93 em seu artigo 58 inciso III autoriza que a administração por meio de portaria nomeie um fiscal para que acompanhe de perto toda a execução do contrato, com o desiderato de zelar pelo interesse público podendo, se for o caso

necessário, apontar defeitos detectados. O não cumprimento às solicitações feitas pelo fiscal para o controle de uma correta execução do objeto do contrato poderá ensejar em rescisão unilateral, conforme o disposto no artigo 78, VII da Lei de licitações.

Segundo os ensinamentos do Ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles:

“Acompanhamento da execução do contrato – O acompanhamento da execução do contrato é direito e dever da Administração e nele se compreendem a fiscalização, a orientação, a interdição, a intervenção e a aplicação de penalidades contratuais. Esse acompanhamento deverá ser feito necessariamente por um representante da Administração especialmente designado, sendo permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo.”

4.5 – Das Penalidades

No caso de descumprimento das obrigações da contratada avençadas no instrumento contratual, poderá a Administração Pública aplicar penalidades em desfavor do pólo privado, aplicar-se-á as penalidades no caso de inexecução parcial ou total do objeto adjudicado.

São elas: Advertência, que será feita através de notificação, multa, que poderá ser retirado da própria garantia contratual, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Essas possibilidades de penalidades estão elencadas no rol do 87 da Lei 8.666/93.

4.6 – Retomada do Objeto

Em alguma eventual situação que a execução do objeto seja paralisada e em se tratando de um relevante interesse público e respeitando o Princípio da Continuidade do Serviço Público, para assegurar a continuidade da execução do contrato, após a rescisão unilateral, poderá a Administração pública para garantir e execução do contrato, retomar o objeto contratado e continuar sua execução.

Conforme orientações da Maria Sylvia Zanella Di Pietro (pag. 255 Ed. 20), aduz o seguinte:

“Além das medidas executórias já analisadas, o artigo 80 da Lei nº 8.666/93 prevê, ainda, como cláusula exorbitante, determinadas prerrogativas que tem por objetivo

assegurar a continuidade da execução do contrato, sempre que a sua paralisação possa ocasionar prejuízo ao interesse público, e, principalmente, ao andamento do serviço público essencial; trata-se, neste último caso, de aplicação do Princípio da Continuidade do Serviço Público.

Essas medidas, que somente, são possíveis nos casos de rescisão unilateral, são as seguintes:

I Assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local 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 artigo 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 recorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

4.7 – Restrição à Exceção do Contrato não Cumprido (Restrições ao Uso da Exceptio Non Adimpleti Contractus).

Nos moldes do direito privado quando uma parte descumpra suas obrigações contratuais o outro polo também poderá descumprir amparado na “exceptio non adimpleti contractus” (exceção do contrato não cumprido), com fulcro no art. 477 do Código Civil.

Ocorre que no Direito Administrativo o polo privado não poderá usar-se deste instituto em decorrência do Princípio da Continuidade do Serviço Público bem como o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado.

Segundo os entendimentos do Saudoso mestre Hely Lopes Meirelles acerca da restrição à exceção do contrato não cumprido, preconiza o seguinte:

“Exceção do contrato não cumprido: a exceção de contrato não cumprido – exceptio non adimpleti contractus, usualmente invocada nos ajustes de Direito e Privado, não se aplica em princípio, aos contratos administrativos quando a falta é da Administração. Esta, todavia, pode sempre arguir a exceção em seu favor, diante da inadimplência do particular contratado.”

Nota-se, portanto, na aplicação desta cláusula, o desequilíbrio contratual em face do privado, pois apenas a Administração Pública possuiu a prerrogativa de invocar tal princípio o seu favor, sempre consubstanciado e sob a égide do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

5. – Possibilidade de Limitação das Clausulas Exorbitantes

Como demonstrado alhures, a Administração Pública poderá valer-se das cláusulas exorbitantes para garantir o interesse público e proteger o erário, bem como, posicionar-se em um patamar de vantagem sobre o privado.

Passaremos ao estudo de algumas possibilidades de limitação das cláusulas exorbitantes ou até mesmo deixar de aplicá-las.

5.1 – Contrato Semipúblico

Essa hipótese se refere à natureza do contrato, pois se sabe que a administração firma inúmero contratos com o privado, ocorre que o contrato semipúblico poderá ter natureza privada, é cediço que o contrato privado não comporta cláusulas exorbitantes.

A natureza do contrato semipúblico é híbrida por comportar normas de direito administrativo e normas do direito privado.

Sobre contratos com a administração regidos pelas normas privadas, escreveu Hely Lopes Meirelles:

“A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado, e freqüentemente os realiza, em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambas as hipóteses haverá interesse e finalidade pública como pressupostos do contrato, mas no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública (contrato administrativo atípico, com já o conceituou o extinto TFR), e somente no segundo haverá contrato administrativo típico. Daí a necessária distinção entre contrato semipúblico da Administração e contrato administrativo propriamente dito, como já o fez a lei. (art. 62§3º, I).

Nota-se com clareza que no contrato semipúblico se por alguma eventual situação for inserido cláusulas exorbitantes, estas podem ser limitadas, pois a natureza jurídica do contrato, por se tratar de privada, não comporta este tipo de cláusula.

5.2 – Princípio da Legalidade e as Clausulas Exorbitantes

Quando houver violação aos princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, princípios estes que norteiam todos os atos administrativos, o contrato administrativo poderá ser anulado pela própria administração amparado no Princípio da Legalidade, a própria administração poderá reaver seus atos viciados e retificá-los, para o mesmo norte aponta a Súmula Vinculante do STF nº 473 que preconiza o seguinte:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Em 2003 no julgamento do Resp 275.820/DF decidiu acerca da questão o ex ministro Franciulli Netto:

Os parâmetros utilizados pela Secretaria de Administração-Geral do Ministério da Saúde para fixação dos valores a serem pagos pelo fornecimento de cada unidade domedicamento CAPD - Diálise Peritoneal Ambulatorial Contínua não obedeceram os critérios legais de conversão entre Cruzeiro Real, URV e Real, na forma estabelecida pela Lei n. 9.069/95, fruto da conversão da Medida Provisória n. 596/94.

A Portaria n. 103, de 22 de junho de 1994, com efeitos a partir de 1º de julho do mesmo ano, desatende ao parâmetro legal de conversão da moeda, a refletir no pagamento do medicamento fornecido pela impetrante, estipulado em R\$ 10,00 por unidade.

Nem se alegue a existência de cláusula exorbitante no contrato de fornecimento, qual seja, a possibilidade de alteração unilateral por parte da Administração. Sabem-no todos que o administrador deve pautar a sua atuação pelo princípio da estrita legalidade, consagrado pela Carta Política de 1988 (art. 37, caput). Dessa forma, não poderia o Secretário de Assistência à Saúde do Ministério optar pela adoção de coeficiente superior aos R\$ para conversão em Reais, o que levou ao pagamento do produto por preço inferior ao estipulado por lei (R\$ 10,96 por unidade), em nítido prejuízo ao administrado contratado.

É direito do contratado auferir justa remuneração pelo serviço prestado, sob pena de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A alteração da unidade monetária não poderia redundar em redução do valor pago pelo medicamento em consequência da adoção de critério de conversão da moeda superior ao legal, ainda que sob a alegação de redução do repasse de verbas ao Ministério da Saúde.

Assiste à impetrante, pois, o direito ao recebimento das faturas emitidas pelo fornecimento do remédio de acordo o valor fixado na Portaria n. 85, de 18.05.1994, que obedeceu ao critério legal de paridade estabelecido pela Lei de conversão n. 9.069/95.

Recurso especial conhecido, em parte, e, na parte conhecida, provido.

Desta feita, verificou-se que o Princípio da Legalidade pode ser invocado contra a própria Administração, ainda que a administração pública tenha a prerrogativa das cláusulas exorbitantes na relação contratual, estas mesmas cláusulas não podem extrapolar a lei que regulamenta a contratação, uma vez extrapolada a lei estas cláusulas tornar-se-ão ilegais, logo, declaradas nulas.

5.3 – Equilíbrio Econômico Financeiro e as Clausulas Exorbitantes

Toda alteração unilateral contratual que venha a acarretar aumento nas obrigações da contratada, deverá a Administração Pública nivelar economicamente a contratada, garantindo o equilíbrio econômico financeiro do contrato, para que remanesça condições do pólo privado em continuar a execução da avença.

Existem casos que no desequilíbrio econômico financeiro, acaba por impossibilitar a alteração unilateral do contrato pela Administração, demonstrando mais um exemplo em que a cláusula exorbitante poderá ser limitada de seu emprego ou na sua totalidade abrangente.

Conforme julgou em 2001 o ex ministro do STF Franciulli Netto, no Resp nº 216.018/DF:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE EMPREITADA. PLANO CRUZADO. CONGELAMENTO CORREÇÃO MONETÁRIA. PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO.

A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico financeiro do contrato. Às prerrogativas da Administração advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se à proteção econômica do contratada, que garante a manutenção do equilíbrio contratual.

É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza.

Os termos iniciais da avença não de ser respeitados, e ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve ser ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento.

In casu, por expressa determinação legal, os contratos administrativos não poderiam sofrer qualquer reajustamento. O chamado “Plano Cruzado”, porém, não produziu os efeitos desejados e os preços voltaram a subir em razão da inflação.

A nota de empenho, trazida aos autos pela ré, é documento unilateral e não representa a concordância por parte da empresa em relação ao cumprimento das obrigações contratuais pela TERRACAP. O que ficou

incontroverso, na verdade, foi à entrega da obra e o pagamento do preço singelo, não a quitação.
Recuso especial conhecido e provido.
Decisão por unanimidade.

5.4 – Pesquisa de Campo

Neste tópico será entrevistado o polo administrativo no intuito de aproximar mais a realidade fática da aplicação das cláusulas exorbitantes.

5.4.1 Caso fosse deixado de aplicar as cláusulas exorbitantes pela administração pública em suas contratações, quais possíveis danos ocasionariam ao interesse público?

Esta pergunta é assalada de um entendimento profundo, em que a construção de uma resposta mais adequada se sustenta na própria formação do Estado como ele é hoje, revisitar a filosofia e a história para conseguirmos ter um real entendimento das razões que sobejam a existência das cláusulas exorbitantes.

O criação do Estado remonta da necessidade que o Homem encontrou em controlar o convívio de diversos sociais de um mesmo território, e, como forma de se estabelecer um certo limite e ordenamento nas atitudes dos sociais nesse ambiente, foi um fato evolutivo que surgiu da simples necessidade do homem de se relacionar com os outros humanos de outros territórios e controlar seus direitos e deveres perante estes, para que a sua comunidade não fosse prejudicada, extrai-se desta premissa a imperatividade do Estado ser o responsável pelo controle do público, com ingerência no privado.

O Estado, para Maquiavel, não tem mais função de assegurar a felicidade e a virtude, segundo afirmava Aristóteles. Também não é mais - como para os pensadores da Idade Média - uma preparação dos homens ao Reino de Deus. Para Maquiavel o Estado passa a ter suas próprias características, faz política, segue sua técnica e suas próprias leis. Logo no começo de O príncipe, Maquiavel escreve: "Como minha finalidade é a de escrever coisa útil para quem a entender, julguei mais conveniente acompanhar a realidade efetiva do que a imaginação sobre esta". Maquiavel afirma:

"Há uma dúvida se é melhor sermos amados do que temidos, ou vice-versa. Deve-se responder que gostaríamos de ter ambas as coisas, sendo amados e

temidos; mas, como é difícil juntar as duas coisas, se tivermos que renunciar a uma delas, é muito mais seguro sermos temidos do que amados..”

Preconiza-se deste pensamento a soberania, a imperatividade, a vontade do Estado sobre o particular, assim nasce a crescente corrente de que deve o Estado zelar pelo coletivo, pela vontade do interesse público, passa o Estado ser a exteriorização, a vontade do povo, para o povo e pelo povo, em que, não lhe compete transigir direitos, ações que tem como corolário o coletivo, direitos indisponíveis.

O Estado torna-se o representante legal do povo, sua vontade deve representar a vontade e o interesse público, nasce então um dos princípios do direito público Administrativo o da indisponibilidade, esta por sua vez, garantida com a supremacia do interesse público sobre o privado, outro principio que redunde e garantir que a vontade estatal se concretize.

Observa-se que tais princípios teriam o condão de tornar a coisa pública realizável, imperativa, indene de flexibilizações, indene de negociações que por ventura privilegiasse o privado em detrimento do público (povo), verifica-se que o Estado não pode se subjugar a vontade do particular, para tanto, deve garantir através de princípios, normas e regras legais que sua vontade prospere sobre o particular.

Nesse sentido, a lei de Licitações e Contratos caminhou em conformidade com tais princípios, orientando o administrador que estabelece em suas cláusulas contratuais sua vontade em detrimento do particular, desta forma, teria a possibilidade de garantir a efetiva execução do objeto, poderia garantir que a contratação (escolha) se realizasse de forma segura a administração, garantir que a efetividade técnica, a imparcialidade, a impessoalidade se fizessem presentes em cada contratação.

As cláusulas exorbitantes, por si só, remetem ao paradoxo dialético (ESTADO/PARTICULAR) que teve sua fundamentação principiológica relativizada quando a vontade do Estado atingisse direitos fundamentais, nos demais casos sempre prevalecera a vontade do Estado, a ausência de tais cláusulas colocaria o Estado na mesma situação de igualdade com o particular, o que não seria razoável e temerário.

As cláusulas redundam na busca do Estado em manter-se no controle do atingimento público de suas ações e políticas, a razão de ser estatal, exorbitar significa superar, no caso do direito público quando cria cláusulas exorbitantes, impõe uma superioridade ao direito privado contratual, deixado de igualar situações entre os contratantes.

Assim, concluo que as cláusulas exorbitantes, existem como reflexo histórico e filosófico do Estado em manter a ordem, o interesse público, a paz, segurança e acima de tudo colima-se com o dever precípua do Estado em atingir seus feitos, por isso necessárias e totalmente pertinentes, sejam elas nas cláusulas contratuais, sejam elas no edito de Desapropriação, não se pode apequenar o Estado, não se deve transformá-lo em lugar comum, o meu o seu o nosso interesse depende da grandeza estatal e de suas prerrogativas como Estado.

Os interesses macros estatais encontram-se protegidos justamente por estar prerrogativas, garantir o interesse público sem elevar a supremacia de tais interesses, seria inócuo.

ERLON SALES – Advogado Público OAB/MT – 16094.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando a parte final do presente trabalho de conclusão de curso, remanesceu de forma cristalina que a cláusula exorbitante é um instituto imprescindível à execução do contrato administrativo, haja vista, a proteção ao erário e, sobretudo o interesse público.

Contudo, as cláusulas exorbitantes não são supremas e absolutas, embora tenham um amparo legal que permite inúmeras vantagens sobre o polo privado as cláusulas exorbitantes devem respeitar o Princípio da Legalidade sob pena de tornarem-se nulas.

Dependendo do caso concreto as cláusulas exorbitantes podem perder sua abrangência ou até mesmo não serem aplicadas, quando aplicadas nos contratos atípicos da Administração Pública, no caso, contrato semipúblico, que possui sua natureza jurídica híbrida, por permitir normas de direito público e normas de direito privado ou na causa do aumento de responsabilidade da contratada sem uma devida compensação econômica.

Por derradeiro insta ressaltar que a cláusula exorbitante pode ser limitada ou declarada nula caso desrespeite alguém princípio insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, entretanto ela existe e se torna necessária nas contratações público privada, para que seja garantido o interesse da coletividade, visando sempre à conveniência e a oportunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PIETRO, Sylvia Zanella Di, Maria, **DIREITO ADMINISTRATIVO**, 20ª edição.

MEIRELLES, Hely Lopes, **LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO**, 13º Ed.

MEIRELLES, Hely Lopes **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**, 36º Ed.

MELLO, Celso Antônio, **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 29ª Ed.

STF/ Julgamento Resp nº 216.018/DF

STF/ Julgamento Resp 275.820/DF

Súmula Vinculante do STF nº 473