

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

AS CLÁUSULAS EXORBITANTES NO CONTRATO
ADMINISTRATIVO

IGOR RIBEIRO DE QUEIROZ

Rio de Janeiro
2019 / 1º SEMESTRE

IGOR RIBEIRO DE QUEIROZ

**AS CLÁUSULAS EXORBITANTES NO CONTRATO
ADMINISTRATIVO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Fábio Corrêa de Souza Oliveira.

Rio de Janeiro
2019 / 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

Q3c Queiroz, Igor Ribeiro de
 As cláusulas exorbitantes no contrato
 administrativo. / Igor Ribeiro de Queiroz. -- Rio
 de Janeiro, 2019.
 58 f.

 Orientador: Fábio Corrêa Souza de Oliveira.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

 1. Cláusulas exorbitantes. 2. Contrato
 administrativo. 3. Interesse coletivo. 4.
 Administração Pública. I. Oliveira, Fábio Corrêa
 Souza de, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

IGOR RIBEIRO DE QUEIROZ

**AS CLÁUSULAS EXORBITANTES NO CONTRATO
ADMINISTRATIVO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019 / 1º SEMESTRE

RESUMO

Esta monografia visa aprofundar o estudo sobre as cláusulas exorbitantes no contrato administrativo, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 8.666/93. A partir de então, a Administração Pública deve exercer o posicionamento de supremacia em relação ao contratado privado, de modo a preencher o interesse coletivo. Nesse sentido, serão expostas as principais cláusulas existentes no âmbito do contrato administrativo, além dos mais importantes princípios que regem a Administração Pública. Será apresentada, de igual maneira uma análise de caso para melhor compreensão do tema, além disso as divergências doutrinárias e o posicionamento do Poder Judiciário acerca do tema também serão trazidos à baila.

Palavras-chave: Administração Pública; Cláusulas Exorbitantes; Lei nº 8.666/1993; Contrato administrativo.

SUMÁRIO

Introdução	7
Principais conceitos norteadores da Administração Pública.	10
Contratos Celbrados Pela Administração	24
As Cláusulas Exorbitantes	31
Conclusão	54
Referências Bibliográficas	58

INTRODUÇÃO

O instituto das cláusulas exorbitantes é extremamente relevante no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito ao Direito Administrativo. No presente estudo será abordada a relevância das cláusulas exorbitantes no âmbito dos contratos públicos, além dos pontos positivos e negativos acerca do importante tema do Direito Público pátrio.

Inicialmente é essencial destacar o que de fato são as cláusulas exorbitantes. Originárias do ordenamento jurídico francês, as referidas cláusulas se caracterizam, de maneira resumida, por determinar uma posição de poder entre o contratante público e o contratado privado. Pelo exposto, depreende-se que a existência das cláusulas exorbitantes em um contrato estabelece uma relação de desigualdade, pelo fato de posicionar o contratado sob a autoridade do ente público contratante.

Essa relação, que será explanada de maneira mais extensa ao longo do presente estudo, se dá pelo fato de que a Administração pode incluir cláusulas que prevêm fiscalização do cumprimento dos contratos, sanções a serem aplicadas ao contratado que o obriguem a cumprir de maneira efetiva o estabelecido quando da celebração do referido contrato, bem como a possibilidade de rescisão unilateral, em caso de cumprimento indevido. De modo geral, pode-se afirmar que as cláusulas exorbitantes são um "agente garantidor" do interesse coletivo.

O Direito Administrativo está diretamente conectado com o conceito de interesse público. Entende-se que a Administração Pública deve seguir, em qualquer hipótese, aquilo que é mais interessante para a população de maneira geral. Assim, nos contratos que estabelece para prestações de serviços, por exemplo, devem sempre estar previstas cláusulas que estejam de acordo com as demandas do interesse público. Sabe-se, no entanto, que nem sempre os fatos se desenrolam como previsto em contrato e é justamente por isso que as cláusulas exorbitantes estão presentes nos contratos administrativos. Elas funcionam como uma maneira legal que a Administração dispõe para obrigar o contratante a cumprir com o estabelecido em contrato, independentemente de algum fator superveniente, garantindo, dessa forma, a satisfação do interesse público.

A existência das cláusulas exorbitantes permite que, dentro do contexto de um contrato administrativo, o contratante público modifique alguma relação contratual que se deteriorou ou se desenrolou de maneira diversa da esperada no momento da celebração.

Sendo assim, pode a Administração realizar alterações, fiscalizar a execução ou até mesmo rescindir um contrato de maneira unilateral, visando sempre o cumprimento de uma obrigação em prol do interesse público.

Sendo assim, podemos entender que as cláusulas exorbitantes nada mais são do que uma garantia de que o interesse público será levado em conta tanto no momento da celebração, como no momento da execução dos contratos públicos. Ora, tal idéia pode ser facilmente verificada a partir da ótica de supremacia existente entre o ente público contratante e o ente privado contratado.

Dessa maneira, podemos compreender a evidente relevância do tema no ordenamento jurídico brasileiro. É importante, de igual maneira, ressaltar que apesar de ser extremamente fundamental para o bom andamento das Licitações e outros contratos públicos, as cláusulas exorbitantes também fazem parte de uma discussão acerca de sua funcionalidade, a partir do ponto de vista do contratante privado.

Ao mesmo tempo que as cláusulas exorbitantes protegem a Administração Pública, elas geram um certo atrito na relação contratual Privado-Público. De certa maneira, é possível assentir que o instituto tema do presente trabalho gera uma certa insegurança jurídica àquelas pessoas que eventualmente contratem com a Administração. No entanto, grande parte da doutrina entende que a prerrogativa de realizar contratos com o Poder Público e, por assim dizer, explorar economicamente serviços de relevância para o interesse coletivo, acaba por justificar esse ônus para o contratante.

Além disso, evidencia-se ainda, que a Administração tem poderes unilaterais com relação aos contratos administrativos, mas tais poderes não são ilimitados e devem existir e ser utilizados dentro das previsões legais referentes a cada caso que se apresentar. Dessa forma, garante-se também que o polo passivo da relação contratual não possa ser onerado de maneira autoritária e/ou excessiva, visando, também, a manutenção de uma boa relação com a iniciativa privada.

Essa discussão está presente, de maneira óbvia e por toda a sua relevância e aplicabilidade prática, no cenário da jurisprudência pátria. Por esta razão, serão explorados na presente Monografia diversos julgados acerca do tema. É certo que somente a investigação

jurisprudencial é capaz de ilustrar de maneira concreta a utilidade das cláusulas exorbitantes dentro do contexto dos contratos e licitações públicas.

Outro ponto extremamente relevante e que merece destaque é a relação das cláusulas exorbitantes com a Lei nº 8.666/93. A referida legislação é o ponto de princípio da regulamentação das Licitações Públicas e dos contratos que envolvem a Administração Pública. Sendo assim, não há como discutir o instituto das cláusulas exorbitantes sem que haja um bom entendimento acerca da referida Legislação.

De igual maneira, um outro ponto bastante relevante com relação aos Contratos Administrativos é a questão do diálogo das cláusulas exorbitantes com as fraudes às Licitações. Por óbvio, os dois temas estão absolutamente interligados, principalmente dentro do contexto atual de um país que convive diariamente com escândalos de corrupção. Dessa forma, procura-se investigar se as cláusulas de privilégio são utilizadas com o intuito de exterminar as fraudes nas licitações ou se são mais um mecanismo estimulador de corrupção no sistema da Administração Pública no país.

Ainda no presente trabalho será realizado um estudo de caso que terá o condão de ilustrar de maneira clara a importância das cláusulas exorbitantes no dia-a-dia da Administração. Em meados do primeiro semestre do ano de 2019, tornou-se público o relevante entrave que se sucedeu na questão da cessão do estádio Jornalista Mário Filho, Maracanã, à concessionária Maracanã Entretenimento S.A., controlada pela construtora Odebrecht. Diante de diversas situações que serão abordadas no estudo do caso, o Governador do Estado do Rio de Janeiro entendeu por rescindir o referido contrato de cessão. Dessa forma, o embroglio envolvendo o Estado do Rio de Janeiro, a concessionária Maracanã S.A., o Fluminense Football Club e o Club de Regatas Vasco da Gama figurará com destaque no presente trabalho.

Assim, realizada a extensa análise acerca do tema e suas particularidades, o leitor poderá entender de maneira clara a verdadeira pertinência e relevância das cláusulas exorbitantes dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

PRINCIPAIS CONCEITOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As cláusulas exorbitantes são um instituto originário do ordenamento jurídico francês, extremamente importantes para a celebração de contratos públicos. Dessa maneira, para que seja possível compreender o que de fato é o conceito e sua definição, torna-se de grande pertinência a análise de outros institutos relevantes no contexto do Direito Administrativo.

É fundamental a compreensão de conceitos totalmente relacionados com o presente tema, como por exemplo as Licitações e os princípios norteadores da Administração Pública. Serão abordados, de igual maneira, os pontos mais importantes e pertinentes da Lei nº 8.666/93, principal referência legal do ordenamento jurídico brasileiro no contexto das contratações públicas.

De fato, a referida legislação regulamenta o Artigo 37, XXI da Constituição Federal e institui normas para a realização de licitações e outros contratos públicos. O referido Artigo é um dos principais norteadores do Direito Administrativo, de maneira geral. Nele podemos encontrar os mais importantes princípios pelos quais a Administração deve ser conduzida, além de conter a previsão de utilização das Licitações pelo Poder Público. Vejamos:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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.¹

Da simples leitura do Caput do mencionado artigo da Constituição Federal pode-se depreender que a Administração deve observar, em especial os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Obviamente, para que seja possível o completo entendimento, há que se fazer uma breve análise dos princípios norteadores do Direito Administrativo. Conforme demonstrado, a Lei das Licitações Públicas se baseia no respeito aos referidos princípios. É claro que tal idéia

¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23.03.2019

pode ser facilmente entendida partindo-se da análise do principal princípio norteador da Administração Pública.

O princípio da legalidade se caracteriza, de maneira ampla, pelo fato de que a Administração Pública somente pode praticar atos que sejam amparados por lei. Tal princípio encontra respaldo principalmente nos Artigos 5º, II e 37º da Constituição Federal. Veja-se:

Art 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (grifo do redator)²

De acordo com o anteriormente mencionado, o Art. 37 da Constituição Federal ressalta a importância da observância dos princípios norteadores da Administração Pública. A relevância do princípio da legalidade se demonstra a partir do momento em que se analisa que o agente público não pode ser obrigado a praticar atos que não estejam expressamente em lei. Desse modo, ressalta-se a importância do referido princípio no probo cumprimento dos atos administrativos por parte do agente público.

Há que se ressaltar, de igual maneira, que ao mesmo tempo que o princípio da legalidade é visto como uma garantia para o agente público, o instituto também pode ser entendido como uma limitação ao Poder Público. Dessa forma, como destaca Hely Lopes Meirelles, pode-se perceber claramente a imposição que a Lei exerce sobre o administrador.

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal (...)"³

Pelo princípio da legalidade pode-se entender que a Administração Pública está limitada àquilo que está expressamente autorizado por lei. Isso se denota pelo fato de que o Estado deve respeitar as próprias leis que edita. Hely Lopes Meirelles ressalta em uma das

² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23.03.2019

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30.Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

máximas mais reconhecidas do Direito Administrativo que enquanto, no âmbito privado, os cidadãos podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar nos campos em que há expressa autorização da lei.

Carvalhinho ressalta que:

"na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar."⁴

Dessa maneira, pode-se perceber que não há como pensar o Direito Administrativo sem o princípio da Legalidade. É, sem ressalvas, o mais relevante dentre todos aqueles que norteiam a Administração Pública, isso porque, conforme ressaltado, não há como o Poder Público executar qualquer tipo de ato sem que o mesmo esteja previsto em lei. Obviamente, pode-se entender também que os outros princípios fundamentais para a Administração se aplicam subsidiariamente a este

Outro importante princípio que merece destaque no presente estudo é o da impessoalidade. Realmente, a partir do momento em que o assunto do presente estudo aborda o tema das Licitações, o entendimento do princípio da impessoalidade se mostra de extrema valia. Decorrente do princípio da isonomia, o também chamado princípio da finalidade atesta que o administrador público somente realizará atos que tenham como objetivo atingir seu fim legal.

Daiane Garcias Barreto defende que o princípio da impessoalidade *“Objetiva coibir a prática de atos que visem a atingir fins pessoais, impondo, assim, a observância das finalidades públicas. O princípio da impessoalidade veda portanto, atos e decisões administrativas motivadas por represálias, favorecimentos, vínculos de amizade, nepotismo, dentre outros sentimentos pessoais desvinculados dos fins coletivos.”*⁵ A bem da verdade, o princípio da impessoalidade é um dos principais responsáveis pela garantia do interesse público quando da prática de quaisquer atos administrativos.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.20

⁵ BARRETO, Daiane Garcias. Sinopses Jurídicas de Direito Administrativo, segunda ed. Edijur, São Paulo, 2012.

Com extrema relevância para a compreensão dos institutos das Licitações, está relacionado ao tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados. José dos Santos Carvalho Filho assinala que o princípio da impessoalidade *"objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica"*⁶.

Cumprido ressaltar, além do exposto, as principais características do princípio da eficiência, um dos princípios mais correlatos com o instituto das cláusulas exorbitantes. Para a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, percebe-se claramente a comunhão do mencionado princípio com a necessidade de observância do interesse coletivo pela Administração Pública.

“o princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público”⁷

Com relação ao princípio da moralidade pode-se afirmar que é um dos mais importantes ao se falar da realização de atos administrativos. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, defende que a moralidade é pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. Obviamente, se o agente público pratica um ato desprovido de moralidade, o seu vício já está caracterizado na origem. Tal entendimento, inclusive, é abalizado ao levar-se em consideração sua soma ao supramencionado princípio da legalidade. Explica-se: se um ato totalmente investido de legalidade, ou seja, praticado dentro das conformidades expressas em lei foi realizado de maneira imoral ele será considerado inválido.

O Autor Toshio Mukai define de maneira extremamente precisa o princípio da moralidade. Veja-se:

"A moralidade administrativa difere da moralidade comum porque ela busca e significa tão-só que o agente público atue na condição de um bom administrador, como alguém que, gerindo recursos alheios, o faz ciente de que não são seus, e,

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.20

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo. Editora Atlas, 2002. p. 102

portanto, atuando com eficiência, zelo, parcimônia, honestidade e, sobretudo, com a observância da boa-fé; enfim, o princípio da moralidade administrativa requer que o administrador público, na prática de cada ato de sua alçada e competência, saiba discernir entre aquilo que é do bem daquilo que é do mal e, além disso, tenha no seu agir a preocupação constante do bom administrador, aplicando a lei corretamente, no sentido sempre da satisfação do interesse público, fim último do Estado.”⁸

Já no que diz respeito ao princípio da publicidade pode-se dizer que é o responsável pela divulgação de todos os atos administrativos para que todos os administrados tomem ciência. Tal princípio é fundamental até pelo fato de que sem a publicidade, a sociedade não teria a possibilidade de fiscalizar a boa conduta dos agentes públicos quando da prática dos referidos atos.

Recorda-se que a própria Constituição Federal em seu Artigo 5º, XXXIII já formalizou o princípio da publicidade. Veja-se o dispositivo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIII - **todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral**, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;(grifo do redator)⁹

Por mais que o Artigo 37 da Constituição Federal¹⁰ tenha elencado os cinco princípios supramencionados em seu caput, o rol estabelecido, por óbvio, não é taxativo. Na realidade, o princípio que mais dialoga com o instituto das cláusulas exorbitantes, objeto do presente estudo, é o princípio do Interesse Coletivo.

É importante observar, ainda, o próprio princípio da supremacia do interesse coletivo. Na realidade, o referido princípio é o mais valioso para o Direito Administrativo, apesar de não estar contemplado em nenhum texto normativo. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a supremacia do interesse coletivo é pressuposto básico de qualquer ordem social e que, por esse motivo justifica a existência de diversas prerrogativas em favor da

⁸ MUKAI, Toshio. Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 4, p. 211-215, jul. / set. 1993

⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23.03.2019

¹⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23.03.2019

Administração Pública¹¹. Por óbvio, como demonstrado, uma dessas prerrogativas é a possibilidade de utilização das cláusulas exorbitantes quando da celebração de seus contratos.

Neste diapasão, ressalta ainda Maria Sylvia Zanella Di Pietro a importância da observância do princípio da supremacia do interesse da coletividade tanto no momento da criação da lei, quanto na fase de execução da mesma pela Administração Pública. A doutrinadora vai além e reforça que todas as normas do direito público têm a função específica de resguardar interesses públicos, tal a supremacia da vontade coletiva.

Dessa forma, tendo em vista a extrema relevância do princípio da supremacia do interesse coletivo, percebe-se que não há como se falar em realização de contratos públicos, sem que seja feita devida menção a tal princípio.

Tal afirmação pode ser facilmente compreendida pelo simples fato de que as referidas cláusulas existem, primordialmente, para que a Administração possa atuar em prol do interesse coletivo. Ora, sabe-se que até os dias atuais, ainda não foi possível obter uma definição precisa acerca do conceito de interesse público. Sabe-se por certo que o Direito é um importante instrumento garantidor da justiça social e do bem-estar coletivo. Dessa maneira, pode-se compreender de maneira simplória, que os interesses do conjunto de pessoas que perfazem a sociedade como um todo, podem ser entendidos como interesse coletivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello atesta que *"o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem"*¹². Diante do esposado pelo eminente Autor, pode-se inferir que o conceito de interesse público está intrinsecamente conectado à vontade da sociedade, que por sua vez está sempre em movimento, motivo pelo qual não se pode caracterizar tal conceito de maneira fechada, mas sempre observando as mudanças e transformações pelas quais a sociedade passa.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 20.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, p. 61

O Professor Gustavo Binebojm relata que o interesse coletivo é *"o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública."*¹³ Das palavras citadas, pode-se perceber que a Administração Pública tem o dever de satisfazer tal interesse. Essa função deve ser perseguida de maneira incessante pelo Poder Público sob pena de contrariar o princípio da finalidade pública.

Já Raquel de Carvalho assinala que *"a única superioridade que se entende legítima é aquela pertinente ao interesse comum do conjunto de cidadãos em relação ao interesse individual de cada uma das pessoas que integram uma dada sociedade."*¹⁴ Ora, sabe-se que um desses privilégios concedidos à Administração para que se possa perseguir o interesse público é a possibilidade da utilização das cláusulas exorbitantes no âmbito dos contratos administrativos.

Por essa razão, ressalta-se cada vez mais a importância da completa compreensão a respeito dos preceitos fundamentais do Direito Administrativo para que seja possível uma plena análise do instituto das cláusulas exorbitantes.

Da análise do inciso XXI do Artigo 37 da Constituição Federal¹⁵, pode-se perceber que a Administração Pública deve se utilizar de um modelo importante de contratação de prestação de serviços e obras. As Licitações são o principal instituto garantidor da igualdade de condições a todos os concorrentes dentro do processo de seleção do eventual prestador. Além disso, é no momento das Licitações que se estabelecem as condições que assegurarão o efetivo cumprimento das obrigações determinados quando da celebração do contrato público para que seja perseguido da melhor maneira possível o interesse coletivo.

Pela notoriedade da Lei 8.666/93, assim como das Licitações Públicas em relação ao conceito das cláusulas exorbitantes, faz-se necessária maior exposição do tema dentro do presente estudo. Por tal razão, passa-se a expor de maneira mais detalhada a respeito do assunto.

¹³ BINENBOJM, Gustavo. Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007. p. 151

¹⁴ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Editora Jus Podivrm. Salvador, 2008, p. 62

¹⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23.03.2019

Lei 8666/93 / Licitações Públicas

Conforme ressaltado, para melhor compreensão acerca do supracitado instituto é necessária uma breve análise da Lei 8.666/93. Publicada em 21 de junho de 1993 pelo então Presidente da República Itamar Franco, a referida Lei tem o condão de regulamentar o Artigo 37, XXI da Constituição Federal, que dispõe sobre as Licitações Públicas.

Cumprir destacar que a referida legislação se estende, de maneira geral, a todos os entes federativos. Dessa forma, em todas as suas esferas, a Administração Pública deve observar os preceitos das normas regulamentadoras quando da celebração de seus contratos, também em cumprimento ao princípio da legalidade.

A Lei 8.666/93 estabelece, por exemplo as principais modalidades de Licitações existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Em seu Artigo 22¹⁶, a referida Lei elenca as seguintes modalidades: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão. Além dos cinco modelos explicitamente citados nos incisos do referido artigo, também são modalidades de Licitação a Consulta e o Pregão, ambas regulamentadas por Legislações posteriores a Lei 8.666/93. No entanto, diante da falta de pertinência diante do tema objeto do presente estudo, não serão estabelecidas as características e peculiaridades de cada um dos modos, porém é importante frisar que todas elas estão sujeitas à aplicação das cláusulas exorbitantes.

Em contrapartida ao exposto, o Artigo 3º da Lei 8.666/93 dispõe sobre os objetivos das Licitações dentro do contexto da celebração de contratos pela Administração. Senão, vejamos:

"Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da

¹⁶ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos"¹⁷

Destrinchando-se o referido artigo em três partes, podemos entender de maneira clara a intenção do legislador de definir, como mencionado, os objetivos das Licitações. A primeira parte, qual seja "*A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia*" faz clara referência à necessidade de observância da igualdade entre os concorrentes que deverão ter a opção de ingresso, desde que preenchidos os pré-requisitos para tanto, sem mais qualquer tipo de distinção.

Da análise da segunda parte do caput do referido artigo percebe-se a importância da observância do interesse coletivo quando da celebração dos contratos públicos. Quando o legislador estabelece que "*a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*" é demonstrada de maneira veemente a supremacia do interesse coletivo em toda e qualquer contratação realizada pela Administração Pública.

A parte final do referido dispositivo é uma clara alusão ao Artigo 37 da Constituição Federal¹⁸. Ao mencionar que "*será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos*", o legislador reforça a importância da aplicabilidade dos princípios administrativos na celebração de contratos, bem como em qualquer ato administrativo praticado.

A razão de ser da Lei 8.666/93, de fato é a regulamentação das Licitações Públicas. Dessa forma, para melhor compreensão do conceito pode-se utilizar a precisa definição do eminente Autor Carvalho Filho. Veja-se:

"(...) podemos conceituar a licitação como o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam **a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com**

¹⁷ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

¹⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23.03.2019

dois objetivos - a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.¹⁹ (grifo do redator)

De início, tomando-se como base o ensinamento do citado Autor, pode-se perceber claramente a alusão ao já referido princípio da isonomia. Ao considerar que os agentes públicos devem selecionar a melhor proposta dentre todas as apresentadas pelos concorrentes, ressalta-se a igualdade entre os interessados diante do interesse da Administração Pública, que em seu fim precisa perseguir o interesse coletivo.

Além disso, o Autor relata os objetivos intrínsecos das Licitações. Em primeiro lugar ressalta o principal fim das Licitações, que é a celebração de contratos, e ainda ressalta o viés de concorrência explícito no conceito. Carvalho Filho destaca a presença da meritocracia dentro do contexto da concorrência entre os interessados na celebração do negócio. Evidente que essa meritocracia resiste pela simples necessidade de percepção do interesse público. Por óbvio, aquele que tiver as melhores condições de prestar um serviço de qualidade para a Administração, levando-se em conta diferentes princípios de pertinência, será o mais qualificado para prestar o serviço à sociedade.

Por se tratar de um processo fundamental de movimentação da máquina estatal, as Licitações precisam seguir um procedimento extrito para que se ateste sua legalidade. Assim, tendo em vista ser um ato de contratação da própria Administração, faz-se pertinente uma análise um pouco mais ampla com relação às modalidades de licitação existentes, além de outros aspectos pertinentes ao tema.

Sabe-se que a principal modalidade de Licitação Pública existente no ordenamento jurídico brasileiro é a Concorrência. Tal modelo é utilizado nas contratações de maior porte realizadas pela Administração. Ou seja, aqueles negócios que envolvem maiores valores, como grandes obras de infra-estrutura, devem ser contratados por Concorrência.

Existem algumas exceções à mencionada regra dos maiores valores, quando na realidade em alguns casos a quantia do contrato não é o mais relevante, mas sim sua natureza. Carvalho Filho cita como exemplo a compra de bens imóveis e certames de cunho

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.240

internacional²⁰. Com relação às empresas estrangeiras cumpre salientar, que para elas existem Licitações exclusivas.

Na verdade, existem dois tipos de Licitação: a nacional e a internacional, na primeira apenas concorrentes brasileiros podem participar, enquanto na segunda há a possibilidade de ingressos pelas empresas estrangeiras. Carvalho Filho resslata que "*esse tipo de licitação serve principalmente, para contratações voluptuosas, ou de produtos específicos para os quais seja insuficiente o mercado interno.*"²¹

No entanto, por mais que haja diferenciação entre os tipos de licitação envolvendo empresas nacionais ou estrangeiras, pode-se perceber que nas internacionais as garantias de pagamento oferecidas pela Administração devem ser exatamente as mesmas àquelas oferecidas às empresas brasileiras. O próprio Artigo 42, §3º da Lei 8.666/93 frisa a importância do preceito. Veja-se:

*Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.
§ 3º. As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.*²²

Outra evidência de que não subsistem diferenças de tratamento entre licitantes nacionais ou de fora do país é o posicionamento do Tribunal de Contas da União em julgamento do TC 028.518/2014-4. Veja-se:

SUMÁRIO: CONSULTA FORMULADA POR MINISTRO DA FAZENDA. CONHECIMENTO. LICITAÇÕES INTERNACIONAIS. INCOMPATIBILIDADE DAS REGRAS LICITATÓRIAS DO BIRD COM O § 4º DO ART. 42 DA LEI 8.666/1993. PREVALÊNCIA DAS PRIMEIRAS, CONFORME § 5º DO ART. 42 DA LEI 8.666/1993. RESPOSTA AO INTERESSADO. ARQUIVAMENTO.

29. A jurisprudência do TCU corrobora esse entendimento, acrescentando, ainda, que o empréstimo internacional **não pode conter cláusulas conflitantes com a Constituição, que os princípios constitucionais prevalecem em caso de conflito com as normas dos organismos de financiamento e que cabe a aplicação**

²⁰ ²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.281

²¹ ²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.281

²² BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

subsidiária dos ditames da Lei 8.666/1993 (Acórdãos 601/2003, 2.065/2006 e 2.369/2006, todos do Plenário).

47. Apresentadas essas conclusões, cabe analisar o Acórdão 2.238/2013 – Plenário, que provocou a presente Consulta. Esse acórdão é resultante de Representação (TC 008.590/2013-3), relativa à licitação pública internacional conduzida pelas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), com recursos do BIRD, para a aquisição de religadores automáticos trifásicos. **O representante apontou, entre outras irregularidades, a ausência de equalização dos valores ofertados pelas licitantes.**

10.6. Consoante asseverou a instrução, ‘o TCU tem **jurisprudência consolidada no sentido de que a aplicação das regras de aquisição específicas de organismo internacional não afasta a observância dos dispositivos da Lei 8.666/90193** no que não for conflitante com estas, sempre se considerando os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, conforme Acórdãos 153/2003, 2.239/2007 e 1.347/2010, todos do Plenário’.

Cumpra observar que é considerada licitação internacional aquela em que a Administração promove a divulgação no exterior, convocando empresas constituídas e regidas por leis de países estrangeiros para participar do certame. Somente quando a divulgação do certame for feita no exterior, será ele considerado internacional”(AC - 1866-30/15 - P - Processo nº 028.518/2014-4. Relator: José Mucio Monteiro - Data da Sessão 29/07/2015). (grifos do redator)

Além disso, mostra-se pertinente ressaltar duas das principais características da Concorrência. Por se tratar, em regra, de um modelo utilizado para contratações de maior valor econômico, há a necessidade de realização de um procedimento formal. Nesse tipo de licitação é exigível uma fase de habilitação preliminar, momento em que as condições de cada participante interessado são avaliadas pelos agentes públicos responsáveis pelo procedimento. Outro ponto relevante a ser observado é a necessidade de maior publicidade conferida ao mencionado processo de licitação, até para que seja garantida a participação do maior número possível de concorrentes.

Outro modelo de licitação bastante relevante é o da tomada de preços. Carvalho Filho assevera que "é a modalidade de licitação entre interessados previamente cadastrados nos registros dos órgãos públicos e pessoas administrativas, ou que atendam a todas as exigências para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas."²³ Do mesmo modo, atesta o Artigo 22, §2º da Lei 8.666/93²⁴.

Além da necessidade de cadastramento junto à Administração Pública, a tomada de preços pode ser caracterizada como uma modalidade menos formal que a Concorrência. Tal

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.282

²⁴ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

afirmação pode ser entendida ao levar-se em consideração que os valores envolvidos nesse tipo de licitação são menores do que aqueles praticados na primeira modalidade já exposta.

Ao mesmo tempo, tendo em vista a necessidade de prévio cadastramento dos interessados, a publicidade conferida a esses processos é mais restrita. Pode-se dizer que a tomada de preços é uma modalidade de licitação bastante semelhante à Concorrência, porém pertinente em celebrações de contratação de menor porte.

Uma discussão relevante dentro da comparação entre as modalidades de Concorrência e Tomada de Preços é a da possibilidade de substituição. Frisa-se que caso seja do interesse da Administração, existe a possibilidade de escolha pelo modelo mais formal em detrimento da Tomada de Preços, mesmo que o valor da contratação seja compatível com o modelo menos voluptuoso. No entanto, é importante asseverar que não há possibilidade de substituição da Concorrência pela Tomada de Preços. Carvalho Filho assinala que *"isso significa que pode ser escolhida modalidade mais formal do que o seria a pertinente, mas nunca modalidade mais informal"*.²⁵

Além das duas modalidades já expostas, faz-se pertinente uma explanação acerca da modalidade Convite. Reconhecida como a menos formal de todas, além da ausência de edital como pressuposto de admissibilidade da referida forma de contratação, tal modelo é utilizado para contratações de menor porte financeiro. Com relação à forma de convocação concernente a tal modalidade Carvalho Filho atesta que:

"o instrumento convocatório denomina-se carta-convite, e é nesta que são colocadas, sucintamente, as regras da licitação. As cartas-convite são remetidas, no mínimo, a três interessados no ramo a que pertence o objeto do contrato, os quais são livremente escolhidos pelo administrador, entre empresas cadastradas ou não".²⁶

É justamente por conta dessa discricionariedade do agente público na escolha do envio da carta-convite que reside uma polêmica com relação ao modelo de Convite. É nesse modelo que subsistem as maiores facilidades para a prática de atos de improbidade administrativa, tendo em vista a celeridade e ausência de formalidades dentro do âmbito do Convite.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.284

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.284

Outro ponto relevante com relação ao Convite se dá com relação ao número de interessados na contratação. Existem situações em que a Administração pública não logra êxito em selecionar três candidatos exigidos para a realização do Convite. Dessa forma, é válido o Convite realizado para apenas dois candidatos, ou até mesmo a realização da licitação com apenas um interessado. Obviamente que a Lei 8.666/93 determina, em seu Artigo 22, §7º a necessidade de justificativa plausível por parte do ente administrativo para o Convite com menos de três interessados. Veja-se:

"§ 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite."²⁷

Contra a corrente que entende pela obrigatoriedade de repetição do Convite no supracitado caso, Carvalho Filho defende que aqueles interessados que apresentaram sua proposta para ingresso na licitação não podem ser prejudicados pela falta de interesse de outros contratantes aptos a participar do contrato.

Em contrapartida, nos casos em que existirem mais de três concorrentes, é necessário que seja realizado um revezamento na escolha do envio de convites. O mesmo Artigo 22 da Lei 8.666/93, em seu parágrafo 6º ressalta a necessidade de abertura de oportunidades para novos concorrentes quando ocorrer a necessidade de contratação de objetos semelhantes. Veja-se:

"§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações."²⁸

Carvalho Filho argumenta que *"o legislador tentou, com tal dispositivo, evitar o favorecimento de somente algumas empresas e permitir que outras, já cadastradas, tenham a*

²⁷ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm > Acesso em 14.04.2019

²⁸ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm > Acesso em 14.04.2019

chance de também participar do certame".²⁹

Os modelos de licitação explicitados, ilustram de maneira satisfatória o caráter das licitações dentro do ordenamento jurídico. Pode-se perceber, de maneira clara que trata-se de um processo equânime, com concorrência entre os interessados em celebrar o contrato e que permite o fomento da indústria nacional e das relações internacionais. Pela ausência de pertinência permite-se suprimir as outras modalidades de Licitação existentes e o efetivo procedimento pelo qual ocorrem as Licitações.

Expostas as noções básicas a respeito das Licitações Públicas, faz-se pertinente a abordagem do tema das contratações públicas. É importante estabelecer diferenças e definir exatamente de que modo e em que momento a Administração pode se utilizar das cláusulas exorbitantes.

CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO

Ultrapassadas as questões preliminares, relacionadas aos princípios da Administração Pública, faz-se necessário um estudo um pouco mais abrangente acerca dos contratos celebrados pelo Poder Público. No presente capítulo serão abordadas as principais características dos contratos concernentes ao Direito Público.

Inicialmente, imperioso destacar a existência de dois tipos de contrato envolvendo a Administração Pública. A doutrina destaca que existem claras diferenças entre os contratos da Administração e os contratos administrativos. Os contratos da Administração são aqueles celebrados entre o Poder Público e um particular, pessoa jurídica ou física. Na realidade, a principal característica de um contrato da Administração é a relação de horizontalidade entre as partes. O referido instituto tem previsão legal no Artigo 62, §3º da Lei 8.666/93. Veja-se:

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.285

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

³⁰

Da leitura do referido dispositivo legal pode-se depreender algumas características fundamentais que permeiam os contratos da Administração. Em primeiro lugar, ressalta-se que tais contratos são regidos, primordialmente pelo Direito Privado, ou seja, a sua forma, execução e celebração se dão nos moldes previstos para as celebrações de contrato aplicadas normalmente no ordenamento jurídico, sem condições especiais para a Administração Pública.

Os incisos do referido Artigo citam como contratos da Administração aqueles que tenham a Administração como usuária exclusiva do serviço público, como por exemplo o pacto entre algum ente federativo e uma empresa de fornecimento de energia, que irá fornecê-la para alguma repartição pública. Além disso, destaca-se a possibilidade de um contrato de locação de um imóvel para utilização da própria Administração.

Essa ausência de prerrogativas especiais para a Administração Pública quando da celebração dessa modalidade de contrato pode ser entendida quando da análise da perspectiva do papel da supremacia do interesse coletivo nos contratos celebrados pelo Poder Público. Como visto, os contratos da Administração são pactos que visam a execução de algum serviço que tenha somente o Poder Público como usuário. Assim, a partir dessa perspectiva pode-se compreender facilmente a razão da ausência de prerrogativas especiais ao Poder Público. Como o usuário exclusivo do serviço ou bem contratado é a Administração, não há que se falar em preenchimento e persecução do interesse coletivo.

Além disso, a própria Constituição Federal se encarregou de destacar que os contratos da administração são realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista que realizam atividades econômicas. O Artigo 173, § 1º, inciso II da magna-carta faz alusão ao referido:

³⁰ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;³¹

Diante do exposto, pode-se inferir com facilidade que as cláusulas exorbitantes não estão presentes na modalidade de contratação exposta. Como não há posição de supremacia do interesse coletivo, as cláusulas que existem precipuamente para garantir a devida execução dos contratos não estão presentes nesse instituto.

Destrinchado o conceito de contrato da Administração, cumpre analisar de maneira mais detalhada o instituto dos contratos administrativos. É fundamental esclarecer que os contratos administrativos são regidos por normas de direito público e têm como objeto alguma atividade que repercute no interesse da coletividade. Por essa razão, a posição da Administração perante os outros contratados é de supremacia, pelo fato de que o cumprimento das obrigações fixadas no pacto realizado implica diretamente em benefícios para a coletividade. O Artigo 54 da Lei 8.666/93 se encarregou de estabelecer e positivar o conceito dos contratos administrativos. Veja-se:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.³²

Da análise do referido Artigo, infere-se que os preceitos existentes no Código Civil brasileiro se aplicam ao Direito Administrativo, no entanto, há de se ressaltar que a observância dos referidos preceitos se dá de maneira subsidiária no contexto dos contratos administrativos.

³¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23.03.2019

³² BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

Ao analisar o instituto dos contratos administrativos, podem ser elencadas as características mais importantes, que na realidade ajudam a compreensão desse tipo de contrato celebrado pela Administração pública.

Inicialmente, ressalta-se a necessidade do posicionamento da Administração Pública como a verdadeira representante do Poder Público. Para tanto, obviamente, a Administração deve arcar com a responsabilidade de exercer o princípio do interesse público incessantemente quando da celebração dos referidos contratos, muito também pela posição de supremacia que lhe é conferida.

Outra característica observada é a necessidade de preenchimento da finalidade pública desses contratos. Conforme anteriormente exposto, tal princípio assegura que a Administração Pública somente realizará atos que tenham como objetivo atingir seu fim legal. O princípio da finalidade pública, além de ser um dos principais agentes garantidores da legalidade na realização dos atos administrativos, também dialoga de maneira constante com a prevenção às fraudes no contrato administrativo.

Ainda relacionado ao princípio da legalidade, percebe-se a importância da observância à forma prescrita em lei para a realização dos contratos administrativos. A referida característica é evidenciada pelo fato de que dialoga constantemente com a Lei 8.666/93, tendo em vista que a forma prescrita para a formação de contratos administrativos, de maneira geral são as Licitações.

Além disso, o referido princípio deve ser levado em conta ao considera-se as questões de fraudes envolvendo as modalidades de contratos supramencionadas. O tema das fraudes aos contratos públicos e como as cláusulas exorbitantes fazem parte desse contexto também será abordado nos presente estudo à frente. De igual maneira, será estabelecido o paralelo com a necessidade de observância do procedimento legal, que figura como a normatização do processo de contratação no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro aspecto evidenciado como sendo fundamental na identificação dos contratos administrativos é o fato de que eles têm natureza jurídica de contrato de adesão. Isso porque as cláusulas fixadas em determinado contrato são estabelecidas pelo Poder Público

contratante e devem ser aceitas em sua totalidade pelo particular interessado em contratar com a Administração.

É importante ressaltar que esse aspecto do contrato administrativo evidencia de maneira clara a importância da observância do princípio da legalidade. Tal afirmação torna-se compreensível a partir da análise do exposto acerca de tal característica contratual. Ora, se as cláusulas contratuais não podem ser ajustadas ou alteradas pela outra parte contratante, é notória a supremacia de uma das partes dentro da relação estabelecida.

Em busca de destrinchar amplamente os contratos administrativo, também é possível ressaltar a característica *intuito personae* dessa modalidade contratual. É relevante a vedação à subcontratação no âmbito dos contratos administrativos. Excetuando-se os casos em que tal possibilidade está expressamente prevista no edital de contratação, a realização desse método para a execução de um serviço público é extensamente passível de punição como será demonstrado em momento oportuno no presente estudo.

Por fim, grande parte da doutrina brasileira afirma que uma das principais características dos contratos administrativos é a presença das cláusulas exorbitantes. Logicamente, como exposto, as referidas cláusulas denotam a supremacia da Administração em relação ao particular. Além disso, as cláusulas exorbitantes são uma das principais exceções à prática costumeira dos Contratos regidos pelo Código Civil Brasileiro e que acabam por ser um dos principais agentes diferenciadores entre os contratos administrativos e os contratos regidos pelo direito privado. Alguns autores defendem a tese de que as cláusulas exorbitantes seriam aquelas consideradas ilegais na esfera dos contratos firmados entre particulares. Essa discussão também será abordada em momento mais oportuno dentro do presente trabalho.

Como amplamente exposto, as cláusulas exorbitantes são o principal motivo para a possibilidade de posicionamento da Administração Pública em supremacia perante o contratado. Essa tese se justifica pelo fato de que as cláusulas são as principais agentes garantidoras do interesse público e da execução dos contratos administrativos em prol da vontade da sociedade e acabam por gerar essa supremacia da Administração Pública.

Antes de adentrar de fato no tema das cláusulas exorbitantes, é necessário que seja realizada a abordagem de alguns outros temas, para completa compreensão do tema. Nessa linha, devido a pertinência e a total correlação entre o tema dos contratos e das Licitações Públicas, será feita uma breve análise do processo de contratação pública dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação à direção do processo licitatório, pode-se dizer que é fundamental a existência de uma comissão de licitação. Tal comitê é responsável pelo processamento e julgamento das licitações, garantindo um processo probo e isonômico. A lei estabelece que tais comissões sejam formadas por três membros, sendo pelo menos dois deles servidores públicos. Ainda, é vedada a continuidade desses mesmos três membros na comissão por período superior a um ano, tendo em vista a necessidade de rotação dessa comissão, obviamente para garantir a lisura do processo. Em complemento ao suscitado, Carvalho Filho ressalta que *"Na hipótese de concurso, o julgamento estará a cargo de pessoas de reputação ilibada e indubitável conhecimento da matéria em pauta, não se exigindo, por exceção, que sejam servidores públicos."*³³

Outro ponto extremamente importante para o instituto das Licitações Públicas, já mencionado no presente estudo é o Edital. É por esse meio que a Administração Pública publiciza aos interessados no processo licitatório sobre as condições em que se dará a contratação. No Artigo 40 da Lei das Licitações Públicas estão elencados os fatores que devem estar presentes em um Edital. Veja-se:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:³⁴

Tal Artigo traz diversos incisos que aprofundam o conteúdo que deve ter presença garantida em um Edital de Licitação. É importante destacar que a observância desses fatores é

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.288

³⁴ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

primordial no contexto do processo licitatório, para que seja garantida de maneira completa a publicidade do processo.

Hely lopes caracteriza o ato como "*a lei interna da concorrência e da tomada de preços*"³⁵. Em complemento à reconhecida definição do Autor, Carvalho Filho resalta que o "*edital traduz uma verdadeira lei porque subordina administradores e administrados às regras que estabelece*".³⁶ Ainda, a própria Lei 8.666/93 estabelece a importância do Edital no âmbito do processo administrativo. Veja-se:

"**Art. 41.** A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."³⁷

Em contrapartida, pode-se perceber que a jurisprudência pátria não entende que vícios no edital, que podem ser sanados não ensejam a nulabilidade do contrato. Veja-se o voto no Ministro Luiz Fux no julgamento do RESP 950489 / DF:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DAS ATIVIDADES INERENTES AOS CEMITÉRIOS. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. CAPITAL SOCIAL MÍNIMO ESCRITURADO. ART. 55, VI E XIII DA LEI N. 8.666/93. SANEAMENTO POSTERIOR. NULIDADE DO CONTRATO NÃO DECRETADA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO.

1. Os princípios que norteiam os atos da Administração Pública, quando em confronto, indicam **deva prevalecer aquele que mais se coaduna com o da razoabilidade.**

2. No balanceamento dos interesses em jogo, entre anular o contrato firmado para a prestação de serviços de recuperação e modernização das instalações físicas, construção de osuários, cinzários, crematório e adoção de medidas administrativas e operacionais, para a ampliação da vida útil dos 06 (seis) cemitérios pertencentes ao Governo do Distrito Federal, ou admitir o saneamento de uma irregularidade contratual, para possibilitar a continuidade dos referidos serviços, **in casu, essenciais à população, a última opção conspira em prol do interesse público.**

3. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios objetivando a decretação de nulidade do contrato celebrado com a empresa vencedora da Licitação realizada pela Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil - NOVACAP (...) **não configura mera irregularidade, ao revés, constitui vício grave capaz de nulificar o Contrato Administrativo, mercê de violar o disposto no art. 55, incisos VI e XIII, da Lei 8.666/93.**

5. Outrossim, convém ressaltar que a eventual paralisação na execução do contrato de que trata a presente demanda, (...) após a conclusão do procedimento licitatório in

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 12ª ed., São Paulo, 1999. p. 112

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.288

³⁷ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm > Acesso em 14.04.2019

foco, **poderá ensejar a descontinuidade dos serviços prestados pela empresa licitante, em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.**

6. In casu, merece destaque as situações fáticas assentadas pelo Tribunal a quo, insindicáveis nesta Corte, assim sintetizadas: (...) (b) o Consórcio DCB, vencedor do procedimento licitatório sub examine, comprovou todos os requisitos para participação no certame, (...).

7. Deveras, o Ministério Público Federal, na qualidade de custos legis, destacou que: **"o princípio da continuidade dos serviços públicos admite o saneamento de uma irregularidade contratual, no intuito de atingir o interesse público.** Correta a decisão do Tribunal a quo que entendeu possível a correção posterior de uma exigência prevista no edital de licitação (capital social mínimo de empresa) para preservar o bem comum dos administrados". (fl. 662)

8. Recurso Especial desprovido." (Resp 950.489/DF, Relator: Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 03/02/2011, DJe 23/02/2011" (grifos do redator)

Do voto demonstrado, pode-se perceber que, apesar de as regras descritas no Edital de uma licitação serem de extrema importância, podem ser deixadas de lado em prol da persecução dos princípios norteadores da Administração Pública. O Ministro Luiz Fux relata a necessidade de constante observação dos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade do serviço público.

Expostas as características principais do Direito Administrativo e do modo pelo qual a Administração deve gerir seus contratos, pode ser realizada a exposição mais aprofundada acerca das cláusulas exorbitantes e a maneira como elas influenciam na gestão dos contratos administrativos.

AS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Inicialmente, estabelecidos os principais conceitos acerca do direito administrativo e formalizado um breve entendimento sobre os contratos dos quais a administração faz parte, faz-se pertinente o amplo estudo das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo.

Sabe-se que, por conta da necessidade de preenchimento dos princípios da supremacia do interesse público e continuidade do serviço público, a Administração Pública precede de algumas prerrogativas quando da celebração de seus contratos. Conforme demonstrado, a Administração pode contratar de duas formas. No âmbito dos contratos administrativos uma das prerrogativas é a possibilidade de utilização das cláusulas exorbitantes.

Outra das mencionadas prerrogativas garantidas à Administração se dá pelo fato de que ao Poder Público contratante é conferida uma posição de superioridade em relação ao contratante privado. Dessa forma, pode-se concluir que as cláusulas exorbitantes são uma das maneiras de a Administração conseguir se manter nessa posição preponderante e, por consequência, praticar seus atos em prol do interesse coletivo.

Conforme anteriormente explicitado, as cláusulas exorbitantes são reconhecidas por parte da doutrina como dispositivos contratuais que não poderiam existir em contratos nomais entre dois particulares. Os autores que defendem essa tese acreditam pela ilegalidade dessas cláusulas no âmbito dos contratos privados pelo fato de que elas conferem essa superioridade a um dos contratantes, o que é vedado pelo Código Civil.

Sabe-se que, por meio desses dispositivos, a Administração Pública pode fiscalizar a execução dos contratos dos quais faz parte, pode rescindi-los unilateralmente, alterar cláusulas durante e a vigência do contrato, inadimplir, dentre outras prerrogativas que serão abordadas no presente capítulo. A doutrina brasileira entende que dentro do contexto dos contratos administrativos o princípio da isonomia é relativizado, de modo que nos momentos em que há desigualdade entre as partes - e tal premissa é válida em virtude da persecução do interesse coletivo - há a extrema necessidade de tratamento desigual entre as partes contratantes. Obviamente, a presença das cláusulas exorbitantes em um contrato faz com que tal desigualdade se torne evidente.

Ainda nesse sentido, o Autor Vicente Paulo³⁸ afirma que as cláusulas exorbitantes seriam sinônimo de prerrogativas especiais da administração pública nos contratos administrativos, mais especificamente, derivadas do princípio da supremacia do interesse público. Por assim dizer, o eminente Autor ressalta que possuem fulcro na necessidade de garantir o atendimento do interesse coletivo, que deve ser o fim maior da Administração Pública.

É cediço ressaltar que, além da própria legislação vigente e do abalizado posicionamento da doutrina a respeito do tema, a jurisprudência pátria também tem firme posicionamento no sentido de que as cláusulas exorbitantes somente podem estar presentes no

³⁸ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 17ª edição. São Paulo : Método. 2009

âmbito dos contratos administrativos. Veja-se o julgado do Distrito Federal que demonstrou que apenas há aplicabilidade das cláusulas exorbitantes dentro do contexto do contrato administrativo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CLÁUSULAS EXORBITANTES. CONTRATO DE SUBEMPREGADA. AUTONOMIA DA VONTADE E VINCULAÇÃO AO CONTRATO. CONTRATO ENTRE PARTICULARES. CORREÇÃO MONETÁRIA. MORA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS RECURSAIS.

1. Nas situações em que o objeto do contrato administrativo é subcontratado, ou seja, o ente privado vencedor do certame licitatório subcontrate os serviços de outro ente privado, **são distintas as relações que envolvem o ente público daquelas realizadas entre particulares.**

2. Ainda que se possa aferir vínculo de existência entre os contratos, **as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo não perpassam ou integram o acordo de subempreitada firmado os entre particulares.**

(..)

5. Apelação não provida. (TJ - DF 20110110182472 DF 0005507-84.2011.8.07.0001, Relator: FLÁVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 24/10/2018, Terceira Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 29/10/2018 página 389/398)

Diante da análise do julgado, pode-se perceber que é evidente a distinção entre os contratos que envolvam entes privados, apenas e aqueles que a Administração Pública é parte. No supracitado voto, percebe-se de maneira clara a alusão ao fato de que as cláusulas exorbitantes não devem integrar um acordo firmado somente entre particulares. Isso se dá pelo fato de que, em virtude da necessidade de observância do interesse coletivo, a Administração pode se valer de dispositivo que a deixe em posição de supremacia perante os entes privados, conforme mencionado.

A Lei 8.666/93, ao definir os contratos administrativos, positivou quais são as possibilidades que a Administração Pública tem de se utilizar das cláusulas exorbitantes, ou até mesmo, quais seriam os dispositivos caracterizados como cláusulas de privilégio. Veja-se o Artigo 58 da referida Lei:

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

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

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

III - **fiscalizar-lhes a execução**;

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

V - nos casos de serviços essenciais, **ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato**, na hipótese da

necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.³⁹

O motivo pelo qual insere-se a integralidade do referido Artigo e seus incisos se dá pela simples causa de que as cláusulas exorbitantes encontram-se positivadas no referido dispositivo. Obviamente, as principais possibilidades de aplicação das cláusulas exorbitantes no âmbito dos contratos administrativos serão abordadas no presente estudo. Com relação àquela disposta no inciso V do supracitado Artigo, atesta-se que não será estudado de maneira ampla no presente estudo, tendo em vista seu caráter de extrema peculiaridade.

Fiscalização da Execução do Contrato

A melhor doutrina brasileira defende que a a fiscalização da execução dos contratos administrativos não é apenas uma prerrogativa da Administração Pública, mas sim um poder-dever. Desse conceito, pode-se entender que todos os contratos das quais a Administração faz parte devem ser obrigatoriamente fiscalizados pela Administração, para que seja possível o devido cumprimento dos mesmos. A própria Lei 8.666/93 garante que tal premissa seja de fato executada pela Administração. Veja-se:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Ao destrinchar-se o referido dispositivo, pode-se perceber a importância da prerrogativa de fiscalização dos contratos, bem como do conceito de que trata-se de um poder-dever, conforme explicitado.

Em princípio, nas primeiras palavras do supracitado Artigo vê-se que de fato é algo que precisa ser cumprido de maneira obrigatória. Quando o legislador afirma que "*a execução do contrato deverá*" entende-se que a fiscalização é uma condição de validade de todos os contratos da Administração. Vale ressaltar que não só aqueles contratos de prestação continuada devem sofrer a fiscalização, mas também aqueles que se esgotam de imediato. Tal

³⁹ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

premissa é válida até mesmo para que a Administração possa fiscalizar inclusive a eventual produção de bens de consumo contratados.

Ainda, percebe-se que o legislador definiu que o processo de execução deve, além de ser fiscalizado pelo Poder Público, deve também acompanhar a integralidade de seu processo. Por *acompanhamento* pode-se aduzir que é dever também da Administração o zelo e a supervisão de todos os momentos e andamentos da fase de execução. Com relação ao termo *fiscalizar* deve-se compreender que é a necessidade de realizar diligências em prol do bom cumprimento do contrato, bem como comunicar ao gestor dos contratos os casos de infração.

O legislador também definiu que existe a necessidade de fiscalização por parte de *um representante da Administração*. Obviamente, existem casos em que a Administração sequer nomeia um fiscal, ou até mesmo casos em que nomeie uma comissão de fiscalização. No entanto, o legislador fez menção ao numeral um, pelo simples fato de que existe a clara necessidade de haver um determinado servidor, figurando como representante da Administração. A verdade é que esse preposto da Administração deve se caracterizar por uma pessoa proba e com notório saber acerca do objeto da contratação.

Não é vedada a criação de comissões fiscalizadoras. No entanto, tal possibilidade se dá em casos de contratações mais complexas, que envolvam diferentes assuntos dentro de si mesmas. Por exemplo, no caso de uma contratação de obra pública, pode-se haver a necessidade de contratação por parte de um engenheiro, que entenda da execução propriamente dita, pode-se haver também a necessidade de contratação de um preposto que entenda de tributos, que saiba fiscalizar a correta contribuição pertinente àquela obra. Assim, ressalta-se que as comissões podem ser criadas para fiscalização, mas não há possibilidade de fiscalização do mesmo setor da obra por duas pessoas diferentes.

Por fim, o legislador menciona a necessidade de que o preposto vinculado à Administração Pública deve ser *especialmente designado*. Dessa maneira, impõe-se que cada contrato tenha um fiscal específico. Mesmo assim, ainda é aceito que o mesmo servidor possa acumular a tarefa de fiscal em mais de um contrato da Administração.

Dessa forma, percebe-se que o poder de fiscalização, de fato é um poder-dever da Administração Pública. No entanto, como é sabido, a Administração Pública brasileira fecha

os olhos às legislações e age em desconformidade com a necessidade de observância do correto processo em todas as suas esferas. Por esse motivo, a própria Lei 8.666/93 prevê que o fiscal tem responsabilidade solidária com a empresa por possíveis danos causados pela execução irregular do contrato. E nesse sentido, se posiciona a jurisprudência. Veja-se:

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, em 26/2/2008, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 43, inciso I, da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 1º, inciso II, 17, inciso IV, 143, inciso III, 237 e 250 do Regimento Interno, em conhecer da representação adiante relacionada, para, no mérito, considerá-la improcedente e mandar fazer a determinações propostas, de acordo com os pareceres emitidos nos autos, autorizando o subseqüente arquivamento do(s) processo(s):

1. determinar à Fundação Nacional de Saúde que:

1.1. **fiscalize a execução do contrato com a empresa Stange Viagens e Turismo Ltda.**, principalmente com relação aos itens “2”, “6”, “10” e “12” da minuta do contrato, relativos a “obrigações da contratada”, “pagamento”, “penalidades” e “rescisão”, **lembrando que o fiscal do contrato tem responsabilidade solidária com a empresa por possíveis danos causados pela execução irregular do contrato**, conforme art. 16, § 2º, da Lei n.º 8.443/1992;(ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 380/2008 - Primeira Câmara - Processo nº 021.481/2007-0 - Relator: Guilherme Palmeira - Data da Sessão 26/02/2008) (grifos do redator)

Assim, resta evidente que há possibilidade de sanção ao fiscal pelo não cumprimento de seu dever de fiscalização. Por fim, frisa-se, de igual maneira o que estabelece o Artigo da 70 da Lei 8.666/93, que também demonstra a responsabilidade do fiscal no âmbito dos contratos da Administração. Veja-se:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.⁴⁰

Sob a perspectiva do contratante privado, entende-se que o não atendimento das determinações de autoridades fiscalizadoras pode ensejar rescisão unilateral do contrato, conforme depreende-se do inciso VII do Artigo 78 da Lei 8.666/93. Veja-se:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

⁴⁰ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;⁴¹

Diante do exposto, e tendo em vista o posicionamento jurisprudencial, doutrinário e da própria legislação, não há que se falar que o ordenamento jurídico não a real importância ao dever de fiscalização ao qual a Administração está obrigada e a importância do referido instituto dentro do âmbito dos contratos administrativos.

Possibilidade de Alteração e Rescisão de Cláusulas do Contrato Administrativo

As prerrogativas mais importantes, talvez, que a Administração Pública pode se utilizar no âmbito das contratações administrativas são as possibilidades de alterar e rescindir contratos de modo unilateral. Tal capacidade confere, de maneira mais eficaz, à Administração a oportunidade de exercer a posição de supremacia que lhe é garantida no contexto dos contratos administrativos.

Como as duas cláusulas se assemelham, de certo modo, as principais características de ambas serão abordadas no mesmo subcapítulo. Inicialmente, será discutida a possibilidade de alteração unilateral dos contratos administrativos por parte da Administração. Oportunamente, cumpre ressaltar que as alterações unilaterais devem sempre manter fidelidade ao interesse coletivo.

Tal afirmativa é oportuna por demonstrar que a Administração somente poderá exercer a referida prerrogativa quando convier ao melhor interesse da coletividade, caso contrário violará diversos princípios norteadores da Administração, como por exemplo o da finalidade pública. A Lei 8.666/93 prevê, em seus Artigos 58, I e 65, I, a e b, as oportunidades em que a Administração pode modificar cláusulas contratuais. Veja-se:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

⁴¹ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;⁴²

Pode-se perceber claramente a preponderância do interesse coletivo e compreender de que maneira as cláusulas exorbitante dialogam com o referido princípio norteador da Administração. O legislador, ao redigir o inciso primeiro do Artigo 58 da Lei de Licitações Públicas, afirma de maneira explícita que os contratos administrativos devem se adequar integralmente ao melhor interesse da sociedade, cabendo à Administração alterar suas cláusulas que impossibilitem o preenchimento do referido princípio.

Já no Artigo 62 estão elencadas possibilidades de alteração dos contratos por conta de mudanças qualitativas ou quantitativas com relação ao objeto contratual. Por alteração qualitativa pode-se entender que são aquelas que ocorrem quando houver modificação do projeto ou de suas especificações por conta de alguma necessidade superveniente. Enquanto isso, a alteração quantitativa é aquela que se dá por escassez ou abundância do objeto do contrato em comparação com o necessário para satisfação do interesse contratual.

Por certo, a Lei estabeleceu limites para alteração quantitativa do objeto, para prevenir más práticas durante a integridade do processo de Licitação, desde o processo seletivo até sua execução. Em regra, pode ocorrer uma alteração limitada ao percentual de 25%, para mais ou para menos. Isso se dá pelo fato de que, caso a Administração pudesse alterar a quantidade do contrato de maneira ilimitada, as fraudes no processo licitatório poderiam ocorrer com mais facilidade. Ora, poderia muito bem a Administração contratar um serviço com preço que exija um processo mais simples como o Convite, por exemplo, e depois alterar seus valores e transforma-la em uma contratação digna de Concorrência. Os parágrafos 1º e 2º do Artigo 65 da Lei 8.666/93⁴³ se encarregam de delimitar os percentuais de reajuste que podem ser aplicados.

⁴² BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

⁴³ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

Em contrapartida, as alterações qualitativas não sofreram essas limitações por meio de Lei. Dessa maneira, existem divergências na doutrina brasileira com relação às possibilidades de alterações qualitativas que podem ser realizadas no âmbito dos contratos administrativos. Existem autores que defendem que a única limitação a esse tipo de alteração é o limite à ofensa ao objeto do contrato.

Ao mesmo tempo, aqueles autores que defendem a limitação desse tipo de alteração vêm ganhando mais terreno dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Partindo-se do pressuposto que a ausência de limitação pode acarretar no mau uso do contrato e o desvio do interesse coletivo, o Tribunal de Contas da União na decisão 215/1999 definiu que as limitações às alterações qualitativas devem seguir os limites quantitativos, por analogia. Ainda assim, o Tribunal definiu algumas oportunidades em que a Administração pode exceder esse limites, desde que justificadamente. Veja-se:

- I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
- II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;
- III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;
- IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;
- V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;
- VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência".(Decisão 215/1999 - Plenário - Processo nº 930.039 / 1998 - 0 - Relator José Antonio Barreto de Macedo - Data da Sessão 12/05/1999)

É conveniente esclarecer também que as alterações unilaterais do contrato devem respeitar e zelar sempre pela manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro. Ressalte-se que, nos casos em que ocorrer o desequilíbrio do contrato, o próprio contratante privado pode ingressar com pedido de alteração de cláusulas para o reequilíbrio.

Muito por causa da existência dessa prerrogativa, alguns autores defendem que o postulado *pacta sunt servanda* não se aplica de maneira integral aos contratos administrativos. Tal afirmativa se dá justamente pelo fato de que o preceito, extremamente relevante ao Direito

Civil e Internacional, atesta que o contrato deve ser cumprido conforme estabelecido no momento da sua celebração. Logo, se há possibilidade de alteração do contrato, não há como se falar em *pacta sunt servanda*.

Diante do exposto, percebe-se que as possibilidades de alteração do contrato administrativo são diversas, no entanto, o zelo e a devida fiscalização dessas alterações devem ser sempre levados ao extremo, tendo em vista que, se usado de maneira negligente, esse mecanismo pode desencadear fraudes e má execução dos contratos administrativos.

Com relação à possibilidade de rescisão unilateral do contrato sabe-se que a Administração pode utilizar-se dessa prerrogativa para cancelar o contrato tanto por motivo de interesse coletivo, como pelo descumprimento de cláusulas e obrigações por parte do contratado. A Lei 8.666/93 delimitou as possibilidades de rompimento do contrato em seus Artigos 78 e 79. Veja-se:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

§ 1º A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

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

I - devolução de garantia;

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

III - pagamento do custo da desmobilização.

§ 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.⁴⁴

Tem-se como pertinente a demonstração de boa parte do termo escrito na legislação para que se possa demonstrar o lastro de situações em que a Administração pode se utilizar da prerrogativa de rescisão unilateral do contrato. Da leitura dos dezoito incisos do referido Artigo 78 e do próprio Artigo 19, pode-se perceber de maneira clara a intenção do legislador em combater, além do descumprimento de obrigações contratuais, como também a má prática, as fraudes e outros tipos de crime contra a Administração.

Em contrapartida, a decisão de rescisão precisa ser motivada. De acordo Celso de Mello " a rescisão unilateral do contrato - pela Administração, como é evidente -, tal como a modificação unilateral, também, só pode ocorrer nos casos previstos em Lei (cf. Art. 58, II c/c Arts. 78 e 79, I) e deverá ser motivada e precedida de ampla defesa (Art. 78, + único)"⁴⁵. Ou seja, deve ser dada ao particular a oportunidade de prestar sua defesa.

Em que pese a divergência doutrinária acerca da questão, em recentíssimo julgado do Supremo Tribunal Federal, restou decidido que a rescisão unilateral de contrato independe de processo administrativo prévio. Veja-se a ementa da Decisão de Agravo Interno no Recurso Ordinário:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. RESCISÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO. ALTA RELEVÂNCIA E AMPLO CONHECIMENTO. ART. 78, XII, DA LEI N. 8.666/93. DEVER DE INDENIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO. AÇÃO JUDICIAL ESPECÍFICA. SÚMULAS N. 269 E N. 271 DO STF. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil

⁴⁴ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm > Acesso em 14.04.2019

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

de

2015.

II - É possível a rescisão unilateral de contrato administrativo, devidamente justificada por razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, independente de prévio processo administrativo, a teor do inciso XII do art. 78, da Lei n. 8.666/93.

Precedentes.

III - A rescisão unilateral de contrato administrativo por interesse público enseja o dever de indenização, pelo Poder Público, dos danos emergentes e lucros cessantes, pretensão que deve ser objeto de ação judicial específica, porquanto, consoante as Súmulas n. 269 e n. 271 do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo de ação de cobrança, tampouco produz efeitos patrimoniais pretéritos.

(...)

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no RMS 41.474/RO, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 16/11/2018) (grifos do redator)

Da análise do excerto do referido julgado, percebeu-se que a Administração pode, de fato, rescindir os contratos de maneira unilateral e, principalmente, imediata. Quando a Decisão se refere a ausência de necessidade de processo administrativo para rescisão de contrato. Ao mesmo tempo, o julgado também estabelece que tal rescisão também pode dar causa à obrigação de indenização em sede judicial. Cabe, dessa forma, à própria Administração demonstrar os motivos que levaram-na a romper o contrato.

Dessa forma, expostas cláusulas que desestabilizam a segurança jurídica do contrato, de certa maneira, passa-se ao estudo das consequências que podem ser implicadas ao mau contratante privado.

Aplicabilidade de Sanções ao Particular pela Administração

Sabe-se que uma das consagradas cláusulas exorbitantes existentes no ordenamento jurídico é a possibilidade de a Administração aplicar sanção aos particulares contratantes pela má execução do contrato administrativo. A Lei 8.666/93 estabelece que o Poder Público pode aplicar sanções aos contratados para que o objeto contratual seja entregue da melhor maneira possível à sociedade. Obviamente, essas sanções devem estar previstas no Edital e no próprio contrato firmado. Essa prerrogativa está definida na Lei de Licitações Públicas em seu Artigo 87. Veja-se:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

- II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.⁴⁶

Embora a legislação tenha estabelecido que a *Administração poderá aplicar ao contratado as seguintes sanções* pode-se ter a falsa impressão de que esta é uma escolha. No entanto, é certo que é um dever da Administração aplicar as devidas sanções aos contratados que não dêem o devido retorno quando do cumprimento das obrigações contratuais. Ressalte-se que o não cumprimento do dever de aplicar sanções atenta contra o princípio da moralidade da administrativa e pode levar o administrador público responsável pela omissão a sofrer consequências legais.

Como visto, a Lei 8.666/93 estabelece quatro tipos de sanções que podem ser aplicadas pela Administração. São elas a advertência, a aplicação de multa, a suspensão temporária do direito de licitar e impedimento de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público. Primordialmente, pode-se perceber que existe um escalonamento de gravidade entre as sanções que podem ser aplicadas. A primeira e menos grave é a advertência, enquanto a sanção última e mais grave é a declaração de inidoneidade e impossibilidade de contratação. Deve-se ressaltar que as sanções não devem ser aplicadas somente em casos de falha na execução ou da própria inexecução do contrato, mas em todos os casos de ilicitude verificado durante o processo contratual.

Veja-se como o TRF - 03 já se posicionou a respeito da aplicabilidade de sanções por parte da Administração, no âmbito dos contratos administrativos.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO RETIDO REITERAÇÃO INOCORRÊNCIA. LITISPENDÊNCIA COM MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA OSTENSIVA. ROUBO. NEGLIGÊNCIA E CULPA IN ELEGENDO. COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO PARCIAL PELA CONTRATADA CARACTERIZADO. APLICAÇÃO DE MULTA.

⁴⁶ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

POSSIBILIDADE. CLÁUSULAS EXORBITANTES. ART. 58, III E IV, ART. 66, CAPUT E ART. 87, II, DA LEI N.º 8.666/93. PEDIDO DE CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. PREJUDICADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO.

4. A Caixa Econômica Federal lançou o Edital de Licitação n.º 004/2000 para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de vigilância ostensiva, sagrando-se a parte autora, Centurion Segurança e Vigilância Ltda., vencedora no processo de licitação, razão pela qual firmou com aquela empresa pública o Contrato n.º 25, de 03 de abril de 2002.

5. Durante a execução do contrato, mais precisamente em 07 de setembro de 2002, ocorreu um roubo no almoxarifado do referido banco, (...) o prejuízo decorreu do comportamento culposo da parte autora, razão pela qual esta deveria responder pelos prejuízos causados em razão de ações criminosas (...)

6. **Nos termos do que dispõe o art. 58, III e IV, art. 66, caput e art. 87, II da Lei n.º 8.666/93, a Administração tem a prerrogativa de aplicar sanções administrativas, nos moldes dos contratos por ela firmados com particulares, sempre que presentes os requisitos legais, utilizando-se das "cláusulas exorbitantes" inerentes aos contratos administrativos.**

(...)

12. **Sendo legítima a aplicação da penalidade em comento, ante a comprovação, tanto da previsão da penalidade aplicada, quanto do motivo ensejador daquela, não prospera a alegação de nulidade.**

(...)

14. Não comprovando a apelante a ilegalidade dos descontos realizados sobre os seus pagamentos, resta prejudicado o pedido de condenação da ré ao pagamento de indenização, no montante de R\$ 500.000,00, a título de danos morais.

(...)

17. Agravo retido de fls. 644/646 não conhecido. Agravo retido de fls. 564/569 não provido. Apelação parcialmente provida.(AC 00101438120084036100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/05/2016)

Outro importante ponto a ser observado no presente estudo é a possibilidade de acumulação de sanções a um mesmo contratante. Note-se que até pela mesma falta o contratante pode receber mais de uma sanção. É muito comum uma sanção de advertência combinada com obrigação de pagamento de multa.

Além disso, uma discussão importante acerca da aplicabilidade de sanções se dá pelo fato de que a legislação não definiu exatamente em que casos utilizar cada tipo de sanção. Dessa maneira, resiste o temor de que os administradores se valham dessa ausência normativa para aplicar sanções mais brandas do que o necessário. Tal atitude é uma clara violação de diversos princípios que regem a Administração Pública e devem ser coibidos de maneira veemente.

Outro ponto controvertido com relação às sanções que podem ser aplicadas pela Administração envolve os incisos III e IV do Artigo 87 da Lei 8.666/93⁴⁷. Como o legislador não especificou de modo expreso como se dará a restrição do ente privado em relação à suspensão de contratação e declaração de inidoneidade, a doutrina se posiciona de maneira divergente. Enquanto determinada corrente acredita que a suspensão aplica-se somente ao Órgão da Administração que aplicou a sanção e a declaração de inidoneidade é validade para a Administração Pública como um todo, outros autores defendem que a suspensão deve se estender, nos mesmos moldes da declaração de inidoneidade, a toda a Administração Pública.

No entanto, em que pesem as diversas teorias abalizadas sobre o tema, o Supremo Tribunal de Justiça e o próprio Tribunal de Contas da União já definiram seus posicionamentos a favor da extensão da suspensão a todos os Órgãos da Administração.

Proteção ao Particular

A polêmica que envolve as cláusulas exorbitantes se torna tão relevante pelo fato de que elas são responsáveis pelo posicionamento de superioridade da Administração em face do particular contratante, conforme amplamente exposto no presente estudo. Dessa forma, para que essa supremacia não se torne algo extremamente preponderante e que impossibilite qualquer tipo de garantias para o particular, existem algumas ressalvas a essa preponderância que devem ser levadas em conta.

Como exposto, as cláusulas exorbitantes são as responsáveis pela possibilidade de a Administração Pública rescindir, fiscalizar, cobrar a execução dos contratos dos quais é signatária etc. No entanto, para que essas prerrogativas possam ser de fato exercidas, a Administração deve arcar minimamente com as obrigações fixadas quando do momento da contratação.

Um dos princípios basilares dos Contratos dentro contexto do ordenamento jurídico brasileiro é o do "exceptio non adimplenti contractus". Os Artigos 476 e 477 do Código Civil

⁴⁷ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

de 2002 são a base legal do referido princípio, que é o principal resguardo do equilíbrio contratual entre as duas partes contratantes. Pelo princípio, pode-se entender que uma parte contratante não pode exigir da outra o cumprimento da obrigação contratual se ela própria estiver inadimplente. Veja-se como o princípio foi positivado na referida legislação.

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.⁴⁸

Pode-se perceber, que a despeito de a legislação cível ter consagrado o referido princípio como um grande norteador dos Contratos, a observância do mesmo não se dá de maneira semelhante nos contratos administrativos. Obviamente, as cláusulas exorbitantes são as principais responsáveis pela relativização do "exceptio non adimplenti contractus", conforme já exposto no presente trabalho.

Por esse fato, o ordenamento jurídico brasileiro vem tratando a questão do excesso de privilégios da Administração com um pouco mais de cautela nos últimos anos. Sabe-se que os autores clássicos do Direito Administrativo consideravam que o mencionado princípio não estivesse presente nos contratos administrativos, em prol da continuidade do serviço público.

Tal preceito pode ser entendido como “[...] exige que a atividade administrativa seja prestada de forma contínua, não comportando intervalos, não apresentando lapsos ou falhas, sendo constante e homogênea”⁴⁹. Os autores clássicos consideravam que, em virtude da continuidade do serviço público, os contratantes particulares seriam obrigados a executar o pactuado a despeito da contrapartida da Administração Pública, lhes cabendo apenas o pleito de indenização pelos prejuízos eventualmente causados pela inadimplência do Poder Público.

Na contramão do pensamento clássico, a própria Lei 8.666/93 estabeleceu, em seu Artigo 78, inciso XV que a continuidade do serviço público não pode se dar a despeito de qualquer fato. Veja-se:

48 BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código de Direito Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: & lt;http://www.in.gov.br/mp_leis/leis_texto.asp?Id=LEI%209887>. Acesso em: 22.06.2019

⁴⁹ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 6 ed. Niterói: Impetus, 2012. p.55

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;⁵⁰

Percebe-se que o mencionado inciso prevê que a inadimplência da Administração que seja superior a noventa dias pode ensejar a rescisão do contrato administrativo, ressalvados os casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

De igual maneira, a jurisprudência pátria também se posiciona no sentido de que não se pode perseguir a continuidade do serviço público a qualquer custo. Veja-se o excerto do julgado do RESP nº 87904 DF:

[...] 10. O Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que **a regra de não aplicação da exceptio non adimpleti contractus, em sede de contrato administrativo, não é absoluta**, tendo em vista que, após o advento da Lei 8.666/93, passou-se a permitir sua incidência, em certas circunstâncias, mormente na hipótese de atraso no pagamento, pela Administração Pública, por mais de noventa dias (art. 78, XV). A propósito: AgRg no REsp 326.871/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 20.2.2008; RMS 15.154/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 2.12.2002. Além disso, não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido de que as empresas necessitariam pleitear judicialmente a suspensão do contrato, por inadimplemento da Administração Pública. Isso, porque, conforme bem delineado pela Ministra Eliana Calmon no julgamento do REsp 910.802/RJ (2ª Turma, DJe: 06.08.2008), **‘condicionar a suspensão da execução do contrato ao provimento judicial, é fazer da lei letra morta’**. (STJ - REsp: 879046 DF 2006/0109019-2, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 19/05/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 18/06/2009) (grifos do redator).

É importante também destacar o posicionamento da doutrina com relação ao resguardo dos interesses do particular nos contratos administrativos nos casos de inadimplência da Administração Pública. Observe-se o posicionamento da eminente autora Sylvia Zanella di Pietro a respeito do tema:

O rigor desse entendimento tem sido abrandado pela doutrina e jurisprudência, quando a "inadimplência do poder público impeça de fato e diretamente a execução do serviço ou da obra" (cf. Barros Júnior, 1 9 8 6 : 74); além disso, torna-se injustificável quando o contrato não tenha por objeto a execução de serviço público, porque não se aplica, então, o princípio da continuidade [...].⁵¹ (grifos do redator).

⁵⁰ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.284

Diante do exposto, pode-se perceber que o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro com relação à inadimplência da Administração Pública na celebração dos contratos administrativos já sinaliza algumas prerrogativas para o particular.

Uma discussão relevante acerca da inadimplência da Administração é trazida à baila pelo Autor Ricardo Silva das Neves. O escritor chama atenção para o fato de que o Poder Público contratante se utiliza do prazo de 90 dias de inadimplência previsto pela Lei para postergar o pagamento de sua contrapartida até a data limite, garantindo a obrigatoriedade de execução do contrato pelo particular e possibilitando o pagamento com atraso por parte da Administração. Veja-se o posicionamento do referido Autor acerca da questão suscitada:

"Chega-se ao cúmulo de algumas entidades estabelecerem um procedimento extraoficial para pagamento de seus fornecedores/prestadores de serviço já considerando como natural o prazo de 90 (noventa) dias como o limite máximo possível para atraso. Isso porque, de acordo com o inciso XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/93, é causa de rescisão contratual ou suspensão das obrigações pelo contratado o atraso dos pagamentos devidos pela Administração superior a 90 (noventa) dias.

Com efeito, ao se aproximar o limite de tempo disposto em norma para pagamento em atraso ao contratado sem ensejar a rescisão ou suspensão do fornecimento ou serviço, a Administração efetua o pagamento. E tudo isso, diga-se, na maior parte das vezes sem qualquer atualização monetária dos valores pagos em atraso.

O inadimplemento por parte da Administração Pública deveria ser algo excepcional, não usual e, essencialmente, temporário, e não em subterfúgio para exercício de um alegado controle dos gastos públicos. Se o serviço ou fornecimento foi licitado é porque existia, minimamente, a previsão de dotação orçamentária e/ou planejamento financeiro prévio para seu custeio."⁵²

Essa reiterada prática, apesar de não ser surpreendente, é uma clara violação a alguns princípios fundamentais e norteadores da Administração Pública. A conduta de aguardar o limite do prazo para efetuar o pagamento das contraprestações contratuais é um claro desvio dos princípios da legalidade, moralidade e boa-fé objetiva.

⁵² NEVES, Ricardo Silva das. Atraso de Pagamentos por parte da Administração Pública - Ações e Cuidados Necessários. 2016. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=326889>> Acesso em 21.05.2019.

Ainda, por mais que a Administração não seja uma boa pagadora e faça de tudo para postergar suas obrigações, não há que se falar em depreciação do particular dentro dessa relação. O fato de os particulares poderem ter o privilégio de explorar economicamente atividades realizadas em prol do interesse público é suficiente para justificar o ônus suportado pelos contratantes privados.

Além disso, pode-se ressaltar que os valores envolvidos em contratos administrativos geralmente são voluptuosos, gerando lucros exacerbados para os prestadores de serviços. Frise-se ainda o fato de que a prestação de serviço envolvida no contrato administrativo, seja ela continuada ou com uma finalidade restritiva se dá sem a concorrência existente dentro do setor privado. Após a realização das Licitações, o particular será o prestador de serviço exclusivo, não tendo que se preocupar com a concorrência existente em outros setores, desde que o serviço seja prestado de maneira satisfatória.

Tal conclusão fica ainda mais evidenciada sob a análise dessa relação a partir do princípio da função social do contrato. Normatizado pelo Artigo 421 do Código Civil brasileiro⁵³, o referido instituto é o responsável pela garantia da proteção das partes e da coletividade, além da preservação da equivalência entre as obrigações ajustadas. Sob a perspectiva dos contratos administrativos, que visam atingir o interesse coletivo, de maneira primordial, remarca-se que a função social do contrato administrativo deve dialogar constantemente com a supremacia do interesse público.

Sendo assim, o entendimento de que os prejuízos sofridos pelo particular na celebração dos referidos contratos não merece prosperar, tendo em vista a patente persecução das garantias necessárias à satisfação da vontade da Administração Pública equanto representante da sociedade.

Dessa forma, fica ressaltada a relação de contrapartidas que se dá quando das celebrações dos contratos administrativos. Os prejuízos e bônus suportados pelo particular no âmbito desses tipos de contratos fazem a relação valer a pena tanto para a Administração Pública, como para o particular e para a própria sociedade.

⁵³ BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código de Direito Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: & lt;http://www.in.gov.br/mp_leis/leis_texto.asp?Id=LEI%209887>. Acesso em: 22.06.2019

Análise de Caso

No presente sub-capítulo será realizada uma breve análise do notório embroglio envolvendo o Estado do Rio de Janeiro, a concessionária Maracanã S.A, o Fluminense Football Club e o Club de Regatas Vasco da Gama figurará com destaque no presente trabalho. Em março do corrente ano, o Governador Wilson Witzel rescindiu o contrato de concessão do estádio celebrado com a Concessionária Maracanã Entretenimento S.A.

No ano de 2013, em virtude da necessidade de reforma do Estádio Jornalista Mário Filho, o Maracanã, por conta da realização da Copa do Mundo de Futebol do ano de 2014, foi celebrado contrato de concessão do complexo do Maracanã ao Consórcio Maracanã Entretenimento S.A.. Na ocasião, a empresa, braço da construtora Odebrecht Engenharia & Construção, se comprometeu a realizar a reforma do complexo e a geri-lo pelos próximos 35 anos. Note-se que o referido conglomerado compreende o próprio estádio Maracanã e o Ginásio Gilberto Cardoso, Maracanãzinho.

A reforma estabelecida em contrato previa, além de considerável quantia a ser gasta nas obras propriamente ditas, quase seiscentos milhões de reais, como também o dispêndio de quatro milhões e quinhentos reais anuais pela manutenção do contrato de concessão. Em contrapartida, a concessionária poderia explorar a utilização de todo o espaço com a realização de atividades de entretenimento, como por exemplo partidas de futebol e concertos musicais.

Interessado em mandar os jogos de seu time principal de futebol no estádio, o Fluminense Football Club assinou, por sua vez, contrato de aluguel do logradouro para a realização das torcidas. Vale destacar que o referido contrato é objeto de ação judicial em trâmite na 37ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

Isso exposto, sabe-se que ao longo dos seis anos de vigência do contrato de concessão, alguns acontecimentos foram trazidos à tona e tornaram-se de conhecimento geral muito pelo fato de a mídia ter dado a devida publicidade em decorrência do grande interesse coletivo. Dessa forma, diante da ausência de confidencialidade provocada pela própria mídia ao longo

do corrente ano, tem-se como pertinente a análise de casos em discussão, mesmo tratando-se de ações atualmente em trâmite.

Ainda à época das Olimpíadas de 2016, sediadas na cidade do Rio de Janeiro, a Procuradoria Geral do Estado ajuizou ação civil pública em face da concessionária objetivando o correto cumprimento das obrigações avençadas no momento da celebração do contrato. Ocorre que o Órgão apurou que a Concessionária, em virtude de alteração contratual unilateral, a empresa estaria deixando de adimpli-lo corretamente e requerendo o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Além disso, a concessionária também teria demonstrado ausência de interesse em manter a concessão, após a utilização do Complexo pelo Comitê Rio-2016, organizador dos Jogos Olímpicos.

Por tal motivo requereu medida liminar que obrigasse a concessionária a retomar a prestação de serviço conforme disposto. Em Decisão da 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro foi concedida a tutela antecipada requerida nos seguintes termos:

"A conduta parece incompatível com a finalidade do contrato de concessão, com o já mencionado princípio da continuidade do serviço público e com as próprias cláusulas do Termo de Autorização de Uso, interpretadas em conjunto. Por esses motivos, tenho que a 'probabilidade do direito', nesta primeira análise, está também caracterizada, autorizando, assim, a concessão da tutela de urgência, na forma do art. 300, NCPC. Do exposto, CONCEDO A TUTELA DE URGÊNCIA para determinar à ré a retomada imediata dos serviços de gestão, operação e manutenção do Estádio Mário Filho (Maracanã) e do Ginásio Gilberto Cardoso (Maracanãzinho), dando prosseguimento ao contrato de concessão n.º 27/2013, com as providências necessárias à contratação dos serviços de manutenção, conservação e segurança capazes de viabilizara a sua utilização pelos usuários do serviço, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) pelo descumprimento da presente decisão. Cite-se e intime-se. Autorizo o cumprimento do mandado pelo OJA de plantão." (Processo nº 0008987-27.2017.8.19.0001)

Enquanto isso, conforme explicitado, ainda em 2013, a concessionária firmara contrato de utilização do estádio com Fluminense Football Club. No acordo, estabeleceu-se que o clube poderia gerir o estádio nas oportunidades em que desejasse atuar como mandante nas partidas da equipe realizadas no Rio de Janeiro, mediante prestação pecuniária de aluguel.

No referido contrato restou firmado que a torcida do clube ocuparia o setor sul das arquibancadas do estádio nas oportunidades em que fosse mandante. No entanto, como é sabido, a questão de posicionamento das torcidas nas arquibancadas foi motivo de polêmica

entre os quatro grandes clubes do Estado do Rio de Janeiro desde a inauguração do estádio em 1950.

Alguns anos após a celebração do referido contrato, diante da alegada inadimplência do Fluminense Football Club com relação ao aluguel do estádio, formou-se um tormento público em torno da questão. Em fevereiro do ano de 2019, o Club de Regatas Vasco da Gama, levando em conta a imposição da Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro para a realização da Final da Taça Guanabara, que se daria entre Vasco e Fluminense, no Maracanã, solicitou a venda de ingressos para a sua torcida no setor sul das arquibancadas, tendo em vista o fato de que jogaria a referida decisão com status de mandante.

Tal requisição foi deferida tanto pela concessionária como pela Federação de Futebol. No entanto, irrisignado com a decisão que entendeu ser contrária ao estabelecido no contrato de aluguel do estádio, o Fluminense peticionou nos autos da outrora referida ação distribuída em 2017 requerendo medida liminar que obrigasse o posicionamento de sua torcida no setor sul. Cumpre ressaltar que esse embroglio envolvendo a determinação da localização dos torcedores foi iniciado a menos de uma semana da partida.

Nos autos da Ação em trâmite na 37ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro foi deferida a medida requerida pelo Fluminense. Veja-se trecho da motivação do deferimento da liminar:

"Sendo assim, nao so em decorrencia do inafastavel respeito do que ate o momento vigora como manifestação jurisdicional, mas igualmente sensível ao triste cenario que opera como realidade nao so em nossos estadios, mas na vida social rotineira, impoe-se o deferimento da tutela de urgencia, a fim de que a parte ré dê cumprimento ao contrato em sua integralidade garantindo que a torcida da parte autora se posicione no setor sul do Maracana, sob pena de multa de R\$50.000,00 por hora de venda de ingresso em desacordo ao ora estabelecido, determinando-se por outro lado expedicao de oficio ao Clube de Regatas Vasco da Gama e Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro, comunicando-se a presente decisao, a fim de que a venda de ingressos no setor sul seja reservada aos torcedores do Fluminense, autorizando-se que o patrono da parte retire oficio junto ao cartorio. Intime-se COM URGENCIA pelo plantao diurno, na forma do artigo 192, inciso IX da Consolidação Normativa."(Processo nº 0072675-60.2017.8.19.0001)

O Vasco da Gama, que já havia vendido aproximadamente quinze mil ingressos para o setor, distribuiu Agravo de Instrumento em face da Decisão objetivando sua cassação. Assim, na persecução da garantia da segurança pública na data do jogo, a Decisão de Agravo definiu

que a partida seria realizada com portões fechados. Veja-se a Decisão da 16ª Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro:

"E, ainda, deve ser levado em conta o fato de que mais de 11 mil ingressos já foram vendidos, segundo documentos trazidos pelo Agravante Vasco, sendo parte expressiva desses destinada ao setor sul do estádio. Lamentavelmente, portanto, a decisão que extirpe como prudente e razoável é determinar a realização do jogo a portas fechadas, sem a presença de torcidas, de modo a evitar a violência no evento, que se revela como risco iminente. Ademais, trata-se de medida pedagógica para as partes envolvidas (Vasco da Gama, Fluminense e Consórcio Maracanã), para que, na organização de eventos futuros, façam prevalecer os valores que envolvem o esporte, pautando-se pelo diálogo e civilidade. Por tais fundamentos, DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR para atribuir efeito suspensivo à decisão agravada e determinar que a partida entre os Clubes Fluminense e Vasco da Gama, marcada para o dia 17 de fevereiro de 2019, seja realizada a portas fechadas, sem a presença de torcidas, determinando-se a devolução dos valores pagos pelos torcedores que já adquiriram os ingressos." (Agravo de Instrumento nº 0072675-60.2017.8.19.0000)

Por fim, ainda com o jogo em andamento, o Club de Regatas Vasco da Gama assumiu o risco de descumprimento de ordem judicial e abriu os portões para os torcedores que já estavam nos arredores do estádio.

Em vista de tamanhas proporções que o entrave tomou, em consequência da ingerência da Concessionária Maracanã Entretenimento S.A no curso do processo de concessão o Governador do Estado do Rio de Janeiro rescindiu o contrato administrativo unilateralmente, utilizando-se das prerrogativas das cláusulas exorbitantes. O Governador se posicionou no sentido de que em decorrência do descumprimento do contrato o Estado deveria retomar o Maracanã e garantiu que esse processo se daria sem prejuízo para a realização das partidas de futebol, principal atividade fim do estádio. Insta salientar que Wilson Witzel concedeu a administração do estádio ao Clube de Regatas do Flamengo e ao Fluminense Football Club pelo período de 180 dias, até que seja realizado novo processo licitatório. Witzel pretende realizar uma Parceria Público Privada para dar continuidade ao que deveria ser realizado pelo Consórcio Maracanã Entretenimento S.A..

Ainda, além da rescisão, o Governador declarou a inidoneidade da referida Concessionária, proibindo-a de contratar com a Administração pelo período de dois anos.

Da análise do presente caso, pode-se perceber a importância das cláusulas exorbitantes dentro do contexto da gestão pública e da Administração como um todo. Percebe-se que em apenas um episódio foram acionadas as referidas cláusulas de privilégio por diferentes Órgãos

da Administração. Em determinado momento, a Procuradoria Geral do Estado ressalta que houve alteração de cláusula contratual de modo unilateral durante a vigência do contrato. Além disso, ao exercer a função de fiscalização do referido contrato, também prerrogativa concedida à Administração por meio de cláusulas exorbitantes, invoca a todos os meios possíveis ressaltando a necessidade de restabelecimento de seu cumprimento pelo correto preenchimento do interesse público. Ainda, em ato do Governador do Estado, rescinde unilateralmente o contrato de concessão e, por fim, aplica ao contratante particular a mais grave sanção existente no ordenamento jurídico brasileiro.

A pertinência da exposição do caso mostra-se pertinente por ilustrar de maneira extremamente palpável a influência das cláusulas exorbitantes, que garantem a supremacia da Administração Pública quando da celebração dos contratos administrativos para que seja possível a incessante busca pelo preenchimento do interesse público.

CONCLUSÃO

No início do estudo acerca das cláusulas exorbitantes e de sua importância dentro do contexto dos contratos administrativos foram estabelecidos alguns objetivos primordiais. Partindo do princípio que tais cláusulas cumprem fundamental papel no bom andamento da gestão administrativa, revelou-se de grande valia o estudo dos mais importantes princípios norteadores do Direito Administrativo, por assim dizer, da própria Administração Pública.

Constantes, em sua maioria, do Artigo 37, XXI da Constituição Federal foram estudados de maneira mais aprofundada os cinco mais relevantes dentre os mencionados princípios. Foram abordados os princípios da legalidade, da moralidade, da finalidade pública, da continuidade do serviço público, do interesse coletivo, dentre outros. Ainda assim, restou amplamente demonstrado que todos os princípios devem convergir e direcionar a atuação da Administração em prol do interesse coletivo.

Sem sombras de dúvidas, esse é um dos principais fundamentos do estudo como um todo. Conforme explicitado, ainda subsistem muitas controvérsias acerca da exata definição do princípio. No entanto, é quase uníssono que os atos da Administração devem se voltar a todo momento para o interesse coletivo. É a vontade da sociedade como um todo, o que trará

mais benefícios para a coletividade, trata-se, como visto, do principal objetivo fim da Administração.

Outro ponto que mereceu destaque no presente estudo foi o protagonismo das Licitações no âmbito das contratações públicas. Demonstrou-se que tal modelo oportuniza a contratação de serviços com contratantes privados por parte da Administração Pública. Foi alvo do estudo, de igual maneira, o fato de que as Licitações foram criadas para promover um processo de contratação probo e isonômico do ponto de vista dos particulares interessados em contratar e explorar serviços pautados no interesse coletivo.

Nessa linha, fez-se necessária, para a plena compreensão do tema, a realização da diferenciação entre os contratos administrativos e os contratos da Administração. Em primeiro lugar, expõe-se que os contratos da Administração são regidos, primordialmente pelo Direito Privado, ou seja, a sua forma, execução e celebração se dão nos moldes previstos para as celebrações de contrato aplicadas normalmente no ordenamento jurídico, sem condições especiais para a Administração Pública. Já os contratos administrativos são regidos por normas de direito público e têm como objeto alguma atividade que repercute no interesse da coletividade. Por essa razão, a posição da Administração perante os outros contratados é de supremacia, pelo fato de que o cumprimento das obrigações fixadas no pacto realizado implica diretamente em benefícios para a coletividade.

Viu-se que as cláusulas exorbitantes são, de fato, uma característica própria dos contratos administrativos. Dessa forma, se fez melhor a compreensão ao fato de que a Administração deve gozar de uma supremacia em relação ao contratante privado quando da celebração desses contratos. Isso decorre da patente necessidade de preenchimento do interesse coletivo por parte da Administração.

Importante destacar, de igual maneira, que a Administração vincula-se aos referidos princípios em todas as suas esferas. Muito por isso, pôde-se verificar que existe uma intensa e irrefreável comunicação desses princípios entre si, em todos os atos praticados pela Administração pública. Não há que se falar, por exemplo em preenchimento do interesse público por meio de um ato que foge ao princípio da finalidade pública, os Órgãos da Administração, por meio de seus agentes, devem sempre respeitar o princípio da moralidade administrativa.

Esse engessamento da Administração se dá para que a atividade administrativa possa transcorrer da maneira mais favorável possível ao interesse coletivo, mas sendo certo que o respeito aos outros princípios norteadores da Administração deve se dar de maneira tão essencial quanto merece o princípio do interesse público.

Além disso, diante da necessidade de exposição teórica dos assuntos mais essenciais do estudo, foi realizada uma análise mais ampla daquelas cláusulas exorbitantes que possuem maior destaque dentro do contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Foram demonstradas as particularidades de cada uma dessas prerrogativas concedidas à Administração quando da celebração de seus contratos administrativos, além de serem evidenciadas as situações em que cada uma dessas cláusulas pode ser aplicada no dia-a-dia da gestão administrativa.

Vale ressaltar que outro dos grandes objetivos do estudo também restou amparado ao longo do trabalho. Demonstrar o diálogo existente entre a possibilidade de utilização das cláusulas e o preenchimento do interesse público, talvez fosse o principal objetivo do estudo. As análises realizadas parecem ter cumprido de forma reiterada tal compromisso da Administração.

Não menos importante foi demonstrar que o contratante particular também possui direitos que devem ser resguardados no âmbito dos contratos administrativos. Por mais que contratar com a Administração para a execução dos serviços públicos possa parecer uma tarefa árdua e que posicione o particular em total desvantagem, ao longo do trabalho foram demonstrados casos em que a usurpação dos direitos do contratante particular se mostra tamanha que a sua proteção se demonstra desejada, até mesmo para que seja possível a perfeita execução do acordo realizado.

Ora, se as proteções ao particular visam o correto cumprimento das obrigações estabelecidas em contrato pode-se perceber, igualmente, a necessidade de preenchimento dos princípios da continuidade do serviço público e, por assim dizer, do próprio interesse coletivo.

Vale ressaltar que, apesar de exercerem papel de inferioridade perante a Administração, os particulares não merecem mais prerrogativas do que as que já detêm. Além da possibilidade de requerer o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e deixar de

cumpri-lo em casos de inadimplência da Administração, a própria prerrogativa de exploração de serviços que serão realizados em prol do interesse público já pode ser considerada um privilégio do setor privado. Imperioso ressaltar que os privilégios garantidos ao contratante privado nunca podem se sobrepor ao interesse coletivo.

Obviamente, tendo em vista a polêmica do tema tratado, foram expostas diversas teses doutrinárias à procura do melhor entendimento sobre o assunto. Dessa forma, restaram amparadas divergências e teses consolidadas extremamente relevantes para o deslinde da questão. Outro método utilizado no estudo para a dirimção de questões controversas foi a demonstração de diversos julgados no âmbito do Direito Administrativo, com o intuito de apontar como o Judiciário aborda as controvérsias que envolvem a Administração Pública.

Por fim, foi realizada uma breve análise de um caso real e extremamente pertinente ao tema. O embroglio que envolveu o Governo do Estado do Rio de Janeiro, o Consórcio Maracanã Entretenimento S.A. e o clubes de futebol cariocas, Fluminense Football Club e Club de Regatas Vasco da Gama, teve o condão de ilustrar da maneira mais clara possível a importância das cláusulas exorbitantes para a gestão administrativa no Brasil.

Tal método revelou, em um só caso, a presença das quatro principais cláusulas exorbitantes existentes no ordenamento jurídico brasileiro na conduta da Administração Pública, que visava o correto cumprimento de um contrato de concessão outrora celebrado, em prol do interesse público. Demonstrado, dessa forma, de que maneira a Administração Pública deve exercer sua supremacia no âmbito dos contratos administrativos.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23.03.2019

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30.Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 28. Ed. Rev., ampl. e atual. até 31 - 12 - 2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p.20

BARRETO, Daiane Garcias. Sinopses Jurídicas de Direito Administrativo, segunda ed. Edijur, São Paulo, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo. Editora Atlas, 2002. p. 102

MUKAI, Toshio. Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 4, p. 211-215, jul. / set. 1993

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 20.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, p. 61

BINENBOJM, Gustavo. Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007. p. 151

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Editora Jus Podivrm. Salvador, 2008, p. 62

BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 14.04.2019

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 12ª ed., São Paulo, 1999. p. 112

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 17ª edição. São Paulo : Método. 2009

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010

BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código de Direito Civil. Diário Oficial

[da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: & lt;http://www.in.gov.br/mp_leis/leis_texto.asp?Id=LEI%209887& gt;. Acesso em: 22.06.2019

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 6 ed. Niterói: Impetus, 2012. p.55

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.284

NEVES, Ricardo Silva das. Atraso de Pagamentos por parte da Administração Pública - Ações e Cuidados Necessários. 2016. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=326889>.> Acesso em 21.05.2019.